

# UCUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social, Segunda Cohorte

**La inversión de la carga de la prueba en materia laboral como garantía del debido proceso del trabajador en situación de vulnerabilidad: la obligación del empleador de descartar la discriminación como motivo de terminación de la relación laboral.**

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social.

**Autor:**

Pedro Andrés Ulloa Quizhpi

CI: 0104761747

Correo electrónico: pedro.a.ulloa@hotmail.com

**Directora:**

Dra. Katerine Betty Muñoz Subía

CI: 1713023297

Cuenca – Ecuador

30 de septiembre de 2022

## Resumen

La regla de la carga de la prueba en el derecho laboral ha estado gobernada por el principio liberal y civilista del *Onus Probandi* durante varios años, la constitucionalización del derecho al trabajo como un derecho fundamental transformó la visión de este, no limitándose a su protección patrimonial, sino proyectándose hacía la tutela de derechos intangibles tales como la igualdad, no discriminación, trabajo digno y demás. Discapacitados, mujeres embarazadas, con enfermedades catastróficas o adultos mayores, por su condición de vulnerabilidad han sido históricamente discriminados, impidiéndoles ingresar, mantenerse o regresar al mercado laboral.

El derecho laboral ecuatoriano introdujo la figura del despido discriminatorio como una garantía y protección de los derechos fundamentales del trabajador, tutelando la igualdad y no discriminación, sin embargo, el derecho laboral sustantivo ofrecía algo que el derecho laboral adjetivo no podía cumplir. La discriminación es un hecho que ocurre en la oscuridad y pretende quedar en impunidad, sin perjuicio de aquello, la prueba de este hecho recae sobre el trabajador, imponiendo una carga desproporcional frente a la del empleador. Por tal motivo, la Corte Constitucional del Ecuador impuso al empleador la obligación de probar de manera objetiva, lógica y razonable que el despido no haya sido con motivo del estado de vulnerabilidad del trabajador. Este precedente constitucional ha surgido de los conflictos del derecho laboral público y en la justicia constitucional, este estudio analizará su aplicación y pertinencia para aquellos trabajadores bajo el Código de Trabajo que acuden a la justicia ordinaria para hacer respetar sus derechos.

# UCUENCA

**Palabras claves:** Carga dinámica de la prueba. Inversión de la prueba. Estado de vulnerabilidad. *Onus Probandi*. Discriminación. Estabilidad laboral reforzada.

## Abstract

The burden of proof statement in labor law has been governed by the liberal and civil principle of the *Onus Probandi* for several years, the constitutionalization of the right to work as a fundamental right, has transformed the vision of it, not being limited to its patrimonial protection, but projecting towards the protection of intangible rights such as equality, non-discrimination, decent work and among others. Handicapped people, pregnant women, people with catastrophic illnesses or the elderly, due to their vulnerability, have historically been discriminated, preventing them from entering, staying or returning to the labor market.

The Ecuadorian labor law introduced the figure of discriminatory dismissal as a guarantee and as protection of the worker's fundamental rights, protecting equality and non-discrimination. However, the substantive labor law offered something that the adjective labor law could not fulfill. Discrimination is a fact that occurs in the dark and intends to go unpunished, notwithstanding that, the proof of this fact falls on the worker, imposing a disproportionate burden compared to that of the employer. For this reason, the Constitutional Court of Ecuador imposed on the employer the obligation to prove in an objective, logical and reasonable manner that the dismissal was not due to the worker's state of vulnerability. This constitutional precedent has arisen from the conflicts of public labor law and in constitutional justice, this study will analyze its application and relevance for those workers under the Labor Code who go to ordinary justice to enforce their rights.

**Keywords:** Dynamic burden of proof. Reversal of proof. State of vulnerability, *Onus Probandi*. Discrimination. Reinforced job stability.

## Tabla de contenido

Resumen.....	2
Abstract.....	4
Cláusula de Propiedad Intelectual.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Autorización de publicación.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Dedicatoria.....	9
Agradecimiento.....	10
Introducción.....	11
Primer capítulo: La indebida carga de la prueba de despido intempestivo de trabajadores en situación de vulnerabilidad.....	14
1.1. La permanencia histórica del paradigma civilista en la prueba del despido intempestivo en el Ecuador.....	14
1.2. La aplicación de teorías modernas de la carga de la prueba en el derecho laboral con ideologías sociales y paternalistas.....	25
1.3. Las garantías normativas de la inversión de la prueba del despido intempestivo y la estabilidad reforzada de trabajadores dentro de categorías sospechosas en el Ecuador.....	35
Segundo capítulo: Análisis comparativo de la carga de la prueba del despido intempestivo en la legislación colombiana.....	41
2.1. La regulación normativa de la carga de la prueba en el derecho laboral en la legislación comparada: Colombia. ....	41
2.2. La evolución jurídica de la carga de la prueba en el despido intempestivo en las dos últimas décadas en la legislación comparada: Colombia. ....	51
2.3. La construcción jurídica de garantías normativas con ideología de carácter social y paternalista de la prueba en el despido intempestivo de las altas cortes judiciales.....	57

Tercer capítulo: Lineamientos jurídicos para la inversión de la carga de la prueba en el despido intempestivo de trabajadores en situación de vulnerabilidad. .... 67

3.1. Los perjuicios procesales por la falta de aplicación de la inversión de la prueba de despido intempestivo en el derecho laboral ecuatoriano. .... 67

3.2. La fundamentación y motivación jurídica de la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia del Ecuador para la aplicación de la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba para trabajadores en situación de vulnerabilidad. .... 79

3.3. Lineamientos normativos para la prueba del despido intempestivo en los trabajadores dentro de categorías sospechosas para corregir la indebida aplicación del *Onus Probandi*. .... 104

Conclusión ..... 121

Bibliografía ..... 125


## Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

---

Pedro Andrés Ulloa Quizhpi, en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "*La inversión de la carga de la prueba en materia laboral como garantía del debido proceso del trabajador en situación de vulnerabilidad: la obligación del empleador de descartar la discriminación como motivo de terminación de la relación laboral.*", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 30 de septiembre de 2022



Pedro Andrés Ulloa Quizhpi

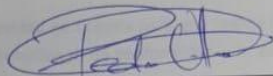
C.I: 010476174-7

## Cláusula de Propiedad Intelectual

---

**Pedro Andrés Ulloa Quizhpi**, autor/a del trabajo de titulación *"La inversión de la carga de la prueba en materia laboral como garantía del debido proceso del trabajador en situación de vulnerabilidad: la obligación del empleador de descartar la discriminación como motivo de terminación de la relación laboral."*, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuneca, 30 de septiembre de 2022



**Pedro Andrés Ulloa Quizhpi**

C.I.: 010476174-7



## Dedicatoria

A mi abuelo, Jorge Alejandro Quizhpi, su nombre y sus recuerdos viven en mi corazón y razón, sus consejos y experiencia se convirtieron en sabiduría para mi juventud, su humor y sonrisas me trajeron alegría, su cariño y comprensión me enseñaron la bondad y la humildad, su devoción y compasión me mostraron la lealtad y paciencia; y, su esfuerzo y dedicación me guiarán para ser un buen profesional y una mejor persona.

A mi familia, Juan Carlos, Priscila, Sebastián y, en especial, a mi madre, Lucia, quienes siempre me han acompañado y apoyado en este camino.

## Agradecimiento

Un agradecimiento a todos los docentes que fueron parte de este estudio de posgrado, con sus enseñanzas y experiencias supieron dedicar su tiempo y conocimientos a mi persona. Y, un especial agradecimiento a la Dra. Katerine Muñoz Subía por acompañarme y guiarme durante este trabajo de investigación, una gran persona y excelente académica.

## Introducción

Mediante este estudio, se pretende insertar para el debate de la comunidad jurídica la siguiente interrogante: ¿La regla del *Onus Probandi* es una herramienta eficiente y adecuada para probar la discriminación de trabajadores despedidos que están inmersos en al menos una de las categorías sospechosas del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República? La cuestión está focalizada a un grupo específico de trabajadores, aquellos que se encuentran en estado de vulnerabilidad como son los discapacitados, mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, adultos mayores, personas con enfermedades catastróficas, entre otros, pues son colectivos con mayor probabilidad de sufrir actos discriminatorios, puesto que históricamente se han creado fuertes construcciones sociales a fin de anular o disminuir su participación en los ámbitos sociales y especialmente, en el campo laboral. Estas desigualdades también se han visto plasmadas en las contiendas judiciales entre empleador y trabajador, sin embargo es obligación del derecho procesal superar estas inequidades a través de la práctica de la prueba de las partes y la valoración del juzgador.

En el primer capítulo de este estudio se analizará sobre la indebida permanencia de la regla del *Onus Probandi* en la prueba del derecho laboral en el Ecuador, que ha constituido una regla liberal y privatista forjada en el principio de igualdad formal que abstrae al ser humano de su realidad, adecuada para el derecho civil donde sus relaciones son entre iguales, no para el derecho laboral donde sus relaciones son asimétricas. Como lo han mencionado varios procesalistas, “tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo” (Devis Echandía, 2015, p. 13), la regla clásica del *Onus Probandi* limita las probabilidades de demostrar un hecho cuando existe desigualdad entre los sujetos procesales, entonces surge las teorías modernas de la Movilidad de la Carga de la Prueba. Varias legislaciones latinoamericanas en

la normativa que regulan materias de carácter social, como por ejemplo la laboral y seguridad social en México, Uruguay, Colombia, Perú y otras, han adoptado estas teorías de modernas sobre la carga de la prueba han permitido reducir o alivianar el esfuerzo probatorio de un trabajador que para proteger sus derechos constitucionales y legales debe probar un hecho como la discriminación que suele encubrirse en conductas aparentemente lícitas y no lesivas, haciendo no solo difícil, sino imposible justificar esta situación, por ello, estas teorías modernas permiten garantizar una tutela efectiva para el trabajador e impiden que estas conductas lesivas queden en la impunidad.

En el segundo capítulo se analizará como derecho comparado la evolución, implementación y aplicación de la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba en el Código General del Proceso de Colombia, que en su artículo 167, no como una regla sustituta, sino como una regla que perfecciona y complementa a la del *Onus Probandi*, faculta al juez como director del proceso modular las cargas procesales, dependiendo de quien esté en mejor posición para aportar la prueba debe aportar en el proceso.

En efecto en materia laboral, la Corte Constitucional de Colombia justifica la necesidad de aplicar la teoría de la Movilidad de la Carga a través de la inversión de la prueba en contra del empleador cuando un trabajador goza de la garantía de estabilidad laboral reforzada por su condición de vulnerabilidad, debido a que al estar inserto en una categoría sospechosa, sería una imposición exorbitante exigir al trabajador despedido por discriminación probar el ánimo prejuicioso del empleador, resultando en una negación de la justicia.

En el tercer y último capítulo se describirá la forma en que el principio del *Onus Probandi* ha estado presente como regla de la carga de la prueba en materia laboral en el Ecuador, y los perjuicios que ha implicado como herramienta para probar la discriminación de aquellos grupos vulnerables que han sido despedidos. Adicionalmente, se analizará la

fundamentación y motivación que ha utilizado la Corte Constitucional del Ecuador en los pronunciamientos de sus sentencias, decretando la inversión de la carga de la prueba para que sea el empleador quien deba descartar la discriminación como motivo o causa de la terminación de la relación laboral en el caso de trabajadores en estado de vulnerabilidad. Finalmente, se analizará la pertinencia y la necesidad de la observancia de las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador emitidas con efectos *erga omnes* o *inter comunis* y su aplicación para que los trabajadores que están regulados por el Código de Trabajo y que acuden a la justicia ordinaria hacer valer su derecho a la igualdad y no discriminación, toda vez que las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador han tenido lugar en la justicia constitucional donde la carga de la prueba para justificar la discriminación es del empleador, mientras en la justicia ordinario la obligación es del trabajador como demandante.

## **Primer capítulo: La indebida carga de la prueba de despido intempestivo de trabajadores en situación de vulnerabilidad.**

En este capítulo, primero, se analizará la indebida permanencia histórica del paradigma civilista en la prueba del despido intempestivo y, a su vez, la ideología contraria de aquel con el derecho del trabajo. Segundo, se expondrá la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba y su concordancia y complemento con los principios e ideología del derecho del trabajo. Para finalmente, mencionar aquellos casos judiciales a través de los cuales la Corte Constitucional del Ecuador y la Corte Nacional de Justicia de Ecuador han adoptado la doctrina de la Carga Dinámica de la Prueba en el despido de trabajadores víctimas de discriminación con motivo de una categoría sospechosa y, así, demostrar que la aplicación del principio del *Onus Probandi* no es eficaz como carga de la prueba en el proceso laboral.

### **1.1. La permanencia histórica del paradigma civilista en la prueba del despido intempestivo en el Ecuador.**

La teoría del *Onus Probandi* como principio de la carga de la prueba, supone que quien alega un hecho debe probarlo. Este principio se encuentra contemplado en el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, sin embargo es insuficiente e ineficaz para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en los casos de despido intempestivo de trabajadores víctimas de discriminación con motivo de categorías sospechosas.

En consonancia con lo anterior el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República dispone:

*Art. 11. – El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2) Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)*

De tal manera que la vulneración de un derecho fundamental, como lo es el derecho al trabajo, puede darse cuando no se respeta o considera: la igualdad y no discriminación, vida y trabajo digno, entre otros principios y derechos.

Es por eso imperioso que la regla clásica del *Onus Probandi* debe ser complementada y perfeccionada con la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, que, lamentablemente no contempla la legislación procesal ecuatoriana.

Para resolver la hipótesis expuesta, en este capítulo, en primer lugar se analizará la crisis del modelo liberalista del sistema dispositivo sobre la regla de la carga de la prueba del *Onus Probandi*, modelo clásico que está fundado en el principio de igualdad formal y, que a vez, es el fundamento ideológico de esta regla. Posteriormente, se analizará la aplicación de la Carga Dinámica de la Prueba como garantía a la tutela judicial efectiva para superar las desigualdades procesales y la necesidad de aplicar la garantía de la estabilidad laboral reforzada para aquellos

trabajadores en situación de vulnerabilidad que son despedidos bajo el criterio de una categoría sospechosa.

El principio del *Onus Probandi* en la legislación procesal ecuatoriana es la regla general para la aplicación de la carga de la prueba en todas las materias que regula el Código Orgánico General de Procesos, incluyendo al derecho de trabajo, motivo por el cual, cuando se trata de garantizar derechos constitucionales del trabajador que son vulnerados ante un despido de un trabajador en estado de vulnerabilidad con criterios de categorías sospechosas, la jurisprudencia de las altas cortes del Ecuador ha tenido que crear reglas para la prueba para superar estas deficiencias probatorias que generan más desigualdades sociales entre trabajador y empleador, en lugar de corregirlas.

Siguiendo el orden de ideas establecido, primero, se analizará la crisis moderna por la cual atraviesa la teoría clásica del *Onus Probandi* como regla para la prueba del derecho del trabajo y su debate con la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba.

Andrés Bordalí (2020), en su obra *La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas*, indica que, el principio del *Onus Probandi* es insuficiente para la prueba del despido intempestivo en el proceso laboral, explicando que, en la época de la codificación de las leyes del Derecho Moderno, época posrevolución francesa, los líderes políticos de aquella época proclamaron a un Estado francés liberado de la monarquía y ofrecieron una nueva forma de gobierno con el lema de Igualdad, Libertad y Fraternidad. Para ese entonces, el principio de igualdad se convertiría en el pilar ideológico para la codificación de las leyes, sin embargo, el autor critica que, aquella igualdad no era más que una ficción que tuvo que ser creada por el derecho para calmar y pacificar el conflicto social de aquella época, donde los privilegios sociales y políticos estaban en un puñado de grupos privilegiados y debía pasar a manos de



todo el pueblo ese sentir de igualdad. La ley proclamó la igualdad de todos los ciudadanos. Por lo que, fue inevitable que esta ficción de igualdad se traslade al campo jurídico. Entonces, es correcto suponer que los principios y premisas jurídicas del proceso judicial se construyeron sobre un principio de igualdad, que no era más que una ficción, abstrayendo al ser humano de su realidad.

Continuando con los estudios del autor, Andrés Bordalí (2020) analiza como el principio del *Onus Probandi* está construido bajo una ideología liberal de un estado *laissez faire*, a la luz del principio de igualdad formal, que con el paso de los años, varias legislaciones europeas y latinoamericanas han modificado o superado esta teoría, por la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba que se ha edificado bajo el principio de igualdad material, dejando atrás toda abstracción del ser humano de su realidad, así como del derecho, propendiendo a alcanzar una igualdad real entre los sujetos procesales.

Por su parte, Raúl Fernández (2020) en su obra *La prueba en el proceso laboral* indica que durante las últimas décadas, muchas legislaciones han visto la necesidad de abandonar el principio clásico y liberal del *Onus Probandi*, con el propósito de democratizar el dominio y acceso a los medios probatorios en una contienda judicial. Estas legislaciones han adoptado las ideologías y los axiomas de un Estado Social de Derecho que, supone un rol más activo del juez y con un rol de buscar la verdad histórica, con el propósito de superar y corregir las desigualdades entre las personas que acuden al sistema judicial para solucionar sus conflictos, alcanzando una verdadera igualdad material y formal. El autor concluye su trabajo reflexionando sobre la necesidad de un cambio hacia la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, ya que durante la codificación del Derecho Moderno, la concepción del juicio civil liberal fue la concepción general para todos los procesos en el derecho, que actualmente resulta insuficiente e ineficaz para el principio de igualdad material.

El autor Damaska (2000), en su obra *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*, en la misma línea de ideas expuestas, indica que cuando un Estado construye sus normas procesales en base a una ideología liberal y privatista, “las partes son tratadas “abstractamente”, separadas de sus diferencias personales (substantivas) y como portadores equivalentes de derechos procesales” (pp. 185-186), ocultando o maquillando la realidad social, política y económica que existe entre las partes procesales en una contienda judicial que se convierte en: falta de información, desigualdad en el acceso a la prueba, pobreza, inequidad y otras situaciones que pueden causar indefensión a la parte más débil de la relación procesal.

Como se puede observar, el pensamiento de los autores confluye en un mismo punto: el principio del *Onus Probandi* como regla para la carga de la prueba fue idealizado en un modelo de Estado liberal bajo la ficción de una igualdad formal. Los autores mencionan la necesidad de modificar o superar el principio del *Onus Probandi* para el proceso judicial teniendo en cuenta que *per se* la naturaleza de la relación entre empleador y trabajador genera desigualdades y asimetrías. Por lo tanto, en forma general, pretender aplicar un principio como el *Onus Probandi*, construido bajo la ideología de la igualdad formal, es aumentar la desigualdad en una contienda judicial entre empleador y trabajador. En efecto, las personas son iguales, pero la igualdad puede variar, las leyes en algunas ocasiones vulneran esa igualdad y de ahí la necesidad de que el ordenamiento jurídico mediante sus disposiciones encuentre un equilibrio para encontrar la tan ansiada igualdad material.

Existe un consenso universal en la doctrina y la jurisprudencia en el derecho del trabajo al considerar al trabajador como la parte débil de la relación contractual, por lo general, el empleador es quien posee los medios de producción, imparte órdenes, impone sus condiciones y demás actos de poder que ejerza, además, también es quien posee el dominio de la prueba,

es quien mantiene bajo su posesión: contratos de trabajo, roles de pago, permisos, formularios y cualquier otro medio de prueba, incluyendo la prueba del despido. Es por eso, que de manera general, es lógico pensar que, y así lo ha demostrado la historia, el trabajador siempre se encuentra en la penosa y compleja tarea de probar el despido como forma de terminación de la relación laboral para garantizar su derecho al trabajo.

Si bien en el contrato individual de trabajo existen obligaciones recíprocas como la prestación de los servicios lícitos por parte del trabajador y el pago de una remuneración de quien se beneficia con la labor del primero, el empleador, se está frente a una igualdad matemática; es decir por una prestación existe una contraprestación. En el caso del trabajador, tanto más si se encuentra en una situación de vulnerabilidad, es necesario que en aplicación de un principio de justicia social se otorgue o dote a éste de ciertas ventajas procesales para alcanzar una igualdad material, en una relación proporcionalmente geométrica, es por eso que, el legislador ha determinado jornadas especiales, e indemnizaciones superiores en caso del rompimiento de la estabilidad, entre otros aspectos.

Continuando con el análisis de otros autores, Marlon Meza (2003), en su obra *Autonomía del derecho procesal del trabajo en la ley orgánica procesal del trabajo, y la aplicación supletoria del proceso civil al laboral*, concuerda con el resto de autores, la ideología civilista que trae consigo la prueba en el derecho laboral no es más que una ficción que algunos países no han superado, que contrarresta la ideología y la consecución de los ideales y principios del derecho laboral como un derecho tuitivo y protector de la parte más débil que es trabajador, al presumir que tanto trabajador y empleador tienen la misma probabilidad de vencer en una contienda judicial por sus propios medios.

Andrés Bordalí (2016) considera que la intervención de un principio de tipo liberal como el *Onus Probandi* en la prueba de un procedimiento laboral está condenado a caer o, al

menos, a ser modificado, se trata de ficción que se creó por necesidad, en una época distinta a la actual.

Durante las últimas décadas varias legislaciones han hecho eco de estas críticas al principio del *Onus Probandi*, y han decidido modular la regla clásica de la carga de la prueba. Legislaciones como Colombia, Argentina, Chile, España, Austria, Alemania han adoptado la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el procedimiento y prueba laboral, no suplantado una teoría por otra, sino complementándola, es decir subsistiendo ambas reglas en un mismo sistema probatorio. Para lograr este cometido, estas legislaciones han impuesto un discurso político y jurídico con ideologías de un Estado Social de Derechos y la protección a la constitucionalización del derecho del trabajo, entendiendo que el trabajador presta su labor con su persona misma, lo que involucra su capacidad física e intelectual; derecho del trabajo del que se derivan los derechos humanos como la vida, la prohibición del trabajo forzoso, la no discriminación, entre otros. Es por ello que en el ámbito procesal la regla del *Onus Probandi* no puede seguir siendo la única en el juicio cuando existen diversas desigualdades entre los sujetos o intervinientes en la contienda judicial, entonces no se puede seguir aplicando una teoría que nació años atrás en el Estado Moderno.

Si bien la adaptación de nuevas reglas sobre la Carga Dinámica de la Prueba ha tenido lugar en varias legislaciones hispanoamericanas y europeas, hasta la actualidad, el Ecuador ha mantenido el principio del *Onus Probandi* como la única regla para la carga de la prueba en una contienda judicial en materia laboral, salvo un único caso a nivel legislativo que se introdujo con Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo para Prevenir el Acoso Laboral, publicada en el Registro Oficial el 9 de noviembre de 2017. A excepción de dicho caso, la legislación ecuatoriana no contempla ningún otro caso.

Para Ernesto Forero (2017), en su obra *Trazos en la construcción de un derecho procesal laboral colombiano*, indica que los procedimientos laborales difieren de los civiles por su contenido social, las actuaciones laborales demarcan una clara desigualdad entre las partes: empleador y trabajador, aquel tiene una clara ventaja sobre el trabajador, pues tiene el dominio de las pruebas, ya que mantiene todo registro documental sobre el inicio, desarrollo y terminación de la relación laboral con el trabajador. Apoyando esta tesis, el autor Marlon Meza (2003), en su obra mencionada, indica que el procedimiento laboral y el procedimiento civil no pueden estar entrelazados, ni mantener una supletoriedad en sus normas, toda vez que cada uno persigue una teleología diferente. Por otra parte, el procedimiento laboral busca garantizar fines sociales a través del cual se busca nivelar de manera más acentuada las diferencias sociales y económicas de los litigantes, por lo cual, si bien el procedimiento laboral emergió del civil, este no debió ni debe seguir sus lineamientos, al cual incluso califica como burgués.

En este mismo sentido, el autor Raúl Fernández (2020), en su obra *La prueba en el proceso laboral*, analiza porque no debe existir una intromisión de los principios del procedimiento civil en el procedimiento laboral, ya que, por un lado, el derecho civil regula relaciones simétricas entre sus intervinientes, mientras que, por otra parte, el derecho laboral regula relaciones asimétricas debido a la existencia de una relación de subordinación o dependencia entre empleador y trabajador. Por eso, el procedimiento laboral no puede guiarse por los mismos principios ni ideología de tipo liberal, ya que las reglas de la Carga de la Prueba en una relación como la de tipo laboral deben atenuarse poniendo especial atención al difícil escenario al que se enfrenta el trabajador de no contar con acceso o dominio de las pruebas.

El Ecuador aún mantiene una estrecha dependencia entre la prueba para el proceso civil y el proceso laboral, en este último todavía se aplica como regla general el principio del *Onus Probandi* que, como se ha dicho hasta ahora, responde a una ideología liberalista e

individualista. A pesar de que con la publicación del Código de Trabajo en 1938 existió una separación entre el derecho civil y laboral, el derecho adjetivo que regula a ambas ramas no tiene una completa independencia ni autonomía. Resultado de lo dicho, el artículo 6 del Código de Trabajo, dice: “Artículo 6. - Leyes Supletorias. – En todo lo que no estuviere expresamente previsto en este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil y el Código Orgánico General de Procesos” (Código del Trabajo, 2005, p. 3).

Esta norma permite que en materia laboral se aplique la teoría de la Carga Estática de la Prueba, o el llamado *Onus Probandi*, ya que esta remisión de la norma conduce al artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, que dice: “Artículo 169. – Carga de la Prueba. – Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, p. 48).

El autor Julio Trujillo (2008), en su libro *Derecho del Trabajo*, reconoce que esta supletoriedad y redirección que contempla el Código de Trabajo abre el camino a una indebida aplicación de la prueba civilista en el procedimiento laboral y, con eso, el derecho laboral “no ha llegado a integrar un sistema normativo que agote su objeto y le sustraiga de toda interdependencia” (p. 67).

Por lo tanto, en este sentido, la permanencia del principio del *Onus Probandi* en el derecho laboral trae consigo un desvalor a la ideología del derecho laboral, siendo una regla rígida y estática, guiada por una ideología de tipo liberal y privatista, presumiendo la igualdad entre trabajador y empleador, que no concuerda con la teleología que persigue el derecho laboral ni los intereses de un Estado Social de Derechos de reparar y superar las desigualdades sociales, políticas y económicas creadas por la naturaleza de la relación *per se*.

La pregunta que este estudio trae consigo, esta primera parte, y busca insertar en la investigación jurídica a fin de aportar al conocimiento y desarrollo del derecho procesal laboral, es, ¿por qué en el Ecuador la prueba del despido intempestivo no abandona la ideología liberal y privativa que trae consigo el principio del *Onus Probandi* para complementar con la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba a fin alivianar la carga de la prueba para el trabajador cuando hay conflictos de tipo constitucional?, aun cuando otras legislaciones ya han abandonado esta carga procesal a fin de adoptar nuevas reglas que modifican la rígida y estática carga de la prueba del *Onus Probandi*, y alcanzar una liberación del derecho civil y su ideología.

Así, *a priori*, se concluye que en el sistema jurídico ecuatoriano existe una indebida permanencia del paradigma civilista y sus ideologías en la prueba del despido intempestivo que, cómo se verá, este problema se agudiza cuando interfieren trabajadores en situaciones de vulnerabilidad y se afectan derechos constitucionales como la no discriminación, igualdad, trabajo digno, vida digna y/o ambiente saludable, un despido en este escenario agudiza la problemática de la aplicación del *Onus Probandi* cuando existen actos discriminatorios de por medio.

A pesar de que se expondrá y analizará en tercer capítulo, es oportuno reconocer ahora, para no causar confusiones, que la jurisprudencia ecuatoriana, tanto de la Corte Constitucional del Ecuador como la Corte Nacional de Justicia, ha aplicado la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba a través de presunciones legales a fin de aliviar esta carga procesal a favor del trabajador, y aplicar correctamente los principios en materia laboral como el de favorabilidad o *in dubio pro operario*. Sin embargo, estos casos se han dado cuando se ve afectado al menos uno de los siguientes derechos constitucionales: no discriminación, igualdad, vida digna, trabajo digno y/o salud; y, el trabajador ha sido víctima de un despido intempestivo por discriminación con motivo de al menos una de las categorías sospechosas según el artículo 11

numeral 2 de la Constitución de la República. La confluencia de estos supuestos ha sido llamada por la jurisprudencia como garantía de la estabilidad laboral reforzada que, a su vez, requiere la aplicación de teorías que alivianen la carga de la prueba para el trabajador a fin de superar las desigualdades entre empleador y trabajador.

En el Ecuador, en el año 2010, este problema de la prueba del despido intempestivo por discriminación a personas en estado de vulnerabilidad fue analizado por la doctora Elisa Lanas Medina, a través de su artículo *La prueba en demandas laborales por discriminación*, que indicó la existencia de un estancamiento del procedimiento laboral debido a la regla del *Onus Probandi* para probar conductas discriminatorias de un despido intempestivo. El texto de la autora expone las dificultades probatorias con las que deben cargar los trabajadores en contiendas judiciales debido a las obligaciones procesales injustas impuestas en su contra a sabiendas de que es la parte procesal débil y que, generalmente, no cuenta en su poder con la prueba de los hechos, con lo cual, insta a jueces y legisladores a una mejorar de los mecanismos probatorios del sistema procesal laboral ecuatoriano a favor del trabajador a fin de garantizar un efectivo derecho a la igualdad entre las partes procesales y una efectiva tutela judicial para el trabajador. La autora (2010) expuso la difícil situación en la que se ubica un trabajador al momento de probar un despido intempestivo por discriminación, recordando que estas conductas generalmente quedan encubiertas, donde el empleador procura no dejar ningún rastro o prueba, más aún cuando “la efectividad judicial de cualquier derecho es una cuestión íntimamente relacionada con su prueba” (p. 82).

A modo de conclusión en su obra, se puede observar, debido a la ausencia de reglas de la prueba que alivianen las cargas del trabajador en la prueba, este se encuentra ante la ardua tarea de probar estas actuaciones discriminatorias que causaron su despido intempestivo. Entonces, la aplicación de *Onus Probandi* como regla de la carga de la prueba para justificar



un despido intempestivo por discriminación de personas en situación de vulnerabilidad es insuficiente y termina siendo inútil para el trabajador toda vez que esta regla responde a una ideología liberal y privatista que puede adecuarse bien a un procedimiento civilista, pero no para un procedimiento laboral en el contexto expuesto.

## **1.2.La aplicación de teorías modernas de la carga de la prueba en el derecho laboral con ideologías sociales y paternalistas.**

Previo a conocer y analizar la Carga Dinámica de la Prueba, como teoría moderna sobre carga de la prueba, es preciso que el lector comprenda el alcance de esta institución jurídica que pertenece al derecho procesal. Este análisis será breve, pero concreto, para posteriormente conocer y analizar su aplicación con la constitucionalización de los derechos fundamentales

Partiendo desde una concepción clásica, para demostrar el desarrollo de este concepto, se puede citar al procesalista Couture (1958), quien dice:

*Carga de la prueba quiere decir, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos. (...) La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. (pp. 241-243)*

Otro procesalista partícipe e impulsador de la teoría clásica, dice que la carga de la prueba es:

*Una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que les indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las*

*normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.* (Parra, 2007, p. 249)

Avanzando hacia una concepción más moderna, que busca superar la teoría de la carga de la prueba como una regla de autorresponsabilidad, se puede encontrar a; Nieva, Ferre y Giannini (2019), en su libro *Contra la Carga de la Prueba*, indican que la carga de la prueba tiene dos sentidos: objetivo y subjetivo, en su visión objetiva es una regla de juicio dirigida al juez en ausencia de la existencia de una prueba suficiente sobre los hechos controvertidos, aplicable de forma subsidiaria el momento de la resolución, mientras que, desde su visión subjetiva es una regla de juicio dirigida a las partes procesales indicándoles los hechos que deberá probar si esperan obtener un fallo favorable a sus pretensiones o excepciones.

Para Andrés Bordalí (2020) la carga de la prueba, más allá de ser una regla de juicio, “solo opera en caso que un hecho haya quedado incierto o donde haya existido insuficiencia de prueba” (p. 210). O, también, en otras palabras, según Jorge Peyrano (2003) la carga de la prueba se aplica cuando no existe prueba eficiente que lleve al convencimiento al juzgador sobre los hechos controvertidos que las partes han introducido al proceso.

De los conceptos expuestos, se puede observar que, la Carga Dinámica de la Prueba tiene como propósito superar las deficiencias probatorias que ocurren en el proceso judicial. Se puede decir que esto ocurre, no por problemas adyacentes al propio proceso, sino por los sujetos que intervienen en este, pues las desigualdades entre los sujetos procesales es una realidad de la cual no se puede escapar u ocultar, más aún en el derecho del trabajo, donde la desigualdad es un elemento natural de la relación entre empleador y trabajador.

Procesalmente hablando, se debe identificar que es la carga procesal y que es el deber procesal, evitando malentendidos, entonces, la carga es un imperativo jurídico en el propio

interés del litigante, generalmente se asocia con la noción de quien debe que probar, mientras que, por otra parte, el deber procesal es igualmente un imperativo jurídico pero contrapuesto, que, de no cumplirse, se sanciona a la parte litigante incumplida (Bujosa Vadell & Bueno de Mata, 2018).

Seguidamente, corresponde analizar la ideología que trae consigo la teoría del *Onus Probandi* como regla clásica de la carga de la prueba, y demostrar la necesidad de adaptar y complementarla con una nueva ideología que es la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, para esto se mencionarán autores de países donde ya han adoptado estas teorías. Se recuerda que, en el Ecuador, a nivel legislativo existe un único caso donde se ha flexibilizado la carga de la prueba que es en el caso del acoso laboral, y a nivel jurisprudencial existen algunos casos que se expondrán más adelante.

Autores críticos de la teoría clásica de la carga de la prueba, recuerdan que esta teoría se creó sobre la ficción de igualdad que construyó los cimientos del procedimiento civil y este, a su vez, se expandió al resto de materias, sin embargo, Andrés Bordalí indica que esta regla, está destinada a ser derrotada o, al menos, modificada. Pues, así ha ocurrido en los últimos años, tendencias y doctrinas de tipo socialista, protectora y paternalista, pilares fundamentales de la ideología de un Estado Social de Derechos, que han luchado por complementar y perfeccionar esta regla clásica del *Onus Probandi*, pues su aplicación resulta insuficiente e ineficaz cuando existe una coalición o vulneración de derechos constitucionales como la igualdad, no discriminación, trabajo digno, vida digna, salud, entre otros, permitiendo que las desigualdades sociales y económicas sigan afectando las relaciones laborales entre empleador y trabajador.

A continuación, se revisarán los históricos para comprender la necesidad que tuvieron otras legislaciones para adoptar esta regla de la Carga Dinámica de la Prueba en sus

ordenamientos jurídicos, no solamente laborales, sino en todas las ramas del derecho donde existen relaciones asimétricas.

Autores como Bordalí, de nacionalidad colombiana, o Fernández, de nacionalidad española, atribuyen la primera aparición de la Carga Dinámica de la Prueba a la publicación de la Ordenanza Procesal de Austria de 1895, siendo los primeros cambios sustanciales de la doctrina del clásico procedimiento civilista y su ideología como una reacción a la política al modelo de Estado y al proceso civil del liberalismo europeo del siglo XIX, lo que permitió modernizar el proceso como tal, otorgándole mayores poderes a los jueces para la búsqueda de la verdad y de una real igualdad entre las partes procesales.

En ese entonces, como ya se indicó, el proceso civil se regía bajo la ficción de igualdad, pero como también se mencionó, que no era más que una igualdad abstraída de toda realidad del derecho y los sujetos de derecho. La propuesta del país austriaco pretendía alcanzar un cambio de un procedimiento civil a un procedimiento social y público, por ende, su modelo estaba guiado por ideologías de un Estado Social de Derecho, con varios fines, entre ellos, el de democratizar el acceso a los medios de prueba a través de una verdadera igualdad entre las partes procesales, una participación activa del juez en el proceso, dejando atrás el principio de igualdad formal para llegar hasta el principio de igualdad material (Bordalí, 2016).

Bujosa y Bueno (2018), de nacionalidad chilena, explican que es común que las leyes que regulan la prueba no tengan ningún tipo de flexibilización debido a su corte privatista lo cual responde a una concepción liberal del proceso debido a la fuerte influencia política de corte liberal que existía a comienzos del siglo XX, sin embargo, las épocas han cambiado y el principio de igualdad material obligó a un cambio sustancial para lograr una verdadera materialización de los derechos fundamentales. Así también, Herrera Vásquez (1991) explica que las presunciones como inversión de la carga de la prueba en el procedimiento civil que está

fundado en la igualdad de las partes, serán la excepción, mientras que, en un procedimiento laboral, que está fundado en desigualdades, las presunciones como la inversión de la carga de la prueba deberán ser la regla general y no la excepción.

Este cambio de ideología del tipo liberal a una de tipo socialista para dejar atrás las reglas clásicas que regían al procedimiento surgió a finales del siglo XIX, con esto el derecho probatorio también cambiaría, no se quedaría fuera de esta evolución jurídica del derecho. La razón lógica para una evolución del derecho probatorio y su separación de las ideologías privatistas y liberales del proceso civil, fue la escisión del proceso laboral del proceso civil a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI. Es preciso mencionar que la evolución del derecho probatorio hacia la adaptación de los principios socialistas de la prueba tuvo lugar en las últimas décadas del siglo XX (Fernández Toledo, 2020). A más de estas teorías, en el derecho laboral por su propia naturaleza donde las relaciones están basadas en la dependencia o subordinación, puede existir asimetrías en la información o en su capacidad de obtener pruebas, ya que el principio clásico del *Onus Probandi* está construido desde las premisas de un principio de igualdad formal de las partes procesales, como una ficción (Ricci, 2015).

Un jurista que ha sido muy crítico con aportes positivos sobre el desplazamiento de la regla clásica de la *Onus Probandi* ha sido Ferrer. A continuación, se utilizarán sus aportes jurídicos para comprender el alcance y necesidad de adoptar la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en la prueba de despido intempestivo de personas vulnerables víctimas de discriminación.

Para Ferrer (2019), de nacionalidad española, lo correcto es hablar de alteraciones a las reglas tradicionales sobre la carga de la prueba, pues existen varias formas de alterar estas reglas: (1) presunciones sobre hechos, responsabilidad o culpabilidad, (2) reducción o disminución el grado de certeza de la prueba, (3) la misma Dinámica de la Prueba, o, como en

el caso ecuatoriano con el acoso laboral, una (4) combinación donde se aporta indicios creíbles y se invierte la carga de la prueba. Estas son algunas de las formas en las que se puede alterar la regla clásica y liberal del *Onus Probandi* en la institución de la carga de la prueba, con el fin de favorecer a la parte más débil de la relación jurídico procesal que es el trabajador. Ferrer explica que estas reglas deben ser aplicadas cuando existe una asimetría entre los sujetos procesal, en cuanto al acceso a la información o a los medios de prueba que puedan utilizarse a su favor.

En otra línea del pensamiento sobre la necesidad de la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, se puede encontrar a los siguientes autores, quienes, consideran que la aparición y necesidad de estas teorías surgieron debido a la constitucionalidad de los derechos, en este caso del derecho al trabajo, y otros derechos como la vida digna, trabajo digno, igualdad, no discriminación; pues, consideran que el principio del *Onus Probandi* es una regla que soluciona problemas de índole legal, pero cuando existe de por medio la vulneración o afectación de derechos constitucionales aquella regla se vuelve insuficiente, y es necesario la aplicación de la Carga Dinámica de la Prueba a fin de redistribuir la responsabilidad de las partes procesales a fin de garantizar un justo trato y hacer prevalecer al derecho sustancial.

En esta línea doctrinaria, el autor Antonio Baylos (1994), de nacionalidad española, a través de su obra *La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva*, considera que el fundamento para garantizar una igualdad real entre las partes procesales, y para garantizar la constitucionalización del derecho al trabajo como un derecho humano, es la alteración de las reglas de la carga de la prueba que, a su vez, permite garantizar el principio de igualdad material entre las partes procesales y también el derecho a la defensa del trabajador. Inclusive, el autor, se refiere a estas modificaciones como una corrección a las reglas de la

carga de la prueba, pues, dice que, estas responden a una cultura jurídico procesal individualista que contraviene el principio de igualdad real.

Otro autor en la misma línea, José Ugarte (2009), de nacionalidad chilena, en su obra *Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba*, considera que la modificación de las reglas clásicas de la carga de la prueba responde a la aparición del Estado Social de Derecho sobre el cual propende la materialización y protección de los derechos fundamentales, en este su obra se refiere específicamente al derecho de trabajo. El autor denomina a estos derechos como derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, entre ellos enuncia a la igualdad de trato, no discriminación, dignidad, derechos que requieren una mayor tutela jurisdiccional para lo cual, un mecanismo apropiado de protección es la adecuación de la flexibilidad de las reglas probatorias, como se manifestó anteriormente. El autor también comparte el criterio de las actuaciones discriminatorias del empleador, generalmente, quedan encubiertas, enmascaradas u ocultas. A decir del autor, considera que estos derechos en el ámbito laboral han quedado en la desprotección, y merecen su pronta y adecuada protección.

En atención con lo referido por los autores Ugarte y Baylos, es precioso indicar que para la época en que ambos autores escribieron sus obras, ni en Chile tampoco ni en España, respectivamente, no se modificaban las reglas de la carga de la prueba para favorecer al trabajador en una contienda judicial. Sin embargo, sus aportes pueden ser bien utilizados para el Ecuador que aún mantiene la regla rígida y estática del *Onus Probandi* para la prueba del despido intempestivo en general, que incluye por motivos de discriminación, y más aún de aquellas personas en situación de vulnerabilidad.

Por su parte, el autor Jorge Tirado (2016), de nacionalidad colombiana, en su obra *Curso de Pruebas Judiciales*, indica que la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba encuentra su fundamento en las nuevas posturas constitucionales, en los principios de igualdad sustancial,

de cooperación y de solidaridad, a través del cual se puede lograr una mayor equidad entre las partes procesales, y hacer efectivos los derechos fundamentales como el derecho del trabajo. Para el autor esta teoría ya no tiene su fundamento en normas abstractas, sino en la aplicación concreta de los hechos.

Como se puede observar, la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba aparece como una respuesta a la constitucionalización de los derechos humanos, impulsados por un modelo de Estado Social de Derechos, reconociendo que no es correcto hablar de una igualdad formal entre sujetos, sino se debe procurar alcanzar una igualdad material, pues no se debe partir de la idea de que no existe asimetrías o desigualdades entre los sujetos existe, sino por el contrario, el legislador debe aceptar que existen y su deber está en corregirlas, lo cual como se insiste en el Ecuador, no sucede en el ámbito laboral.

Continuando con el autor, Ugarte Cataldo (2009) explica la frecuencia con la que ocurren los despidos por discriminación en el derecho del trabajo, lo cual convierte al principio del *Onus Probandi* una herramienta insuficiente y perjudicial para el trabajador, El despido por discriminación, trasciende cualquier problema de índole legal, pues existe una violación a la garantía de estabilidad. Es decir, no solo es la desobediencia a una norma legal, sino implica el quebrantamiento de un derecho constitucional, en el que el trabajador se encuentra en un ambiente de debilidad, por lo cual, el legislador debería dotar de herramientas que permitan al trabajador equiparar fuerzas y tener las mismas posibilidades de vencer que el empleador. Como respuesta a este escenario aparece la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba.

La autora Paula Chaverra (2020), citando a Ugarte Cataldo, dice que el despido por discriminación, también conocido en la doctrina como *despido pluricausal*, se traduce en:

*Eventos en que el empleador está en las condiciones de justificar su conducta bajo una causal legal cuando, materialmente, la razón del despido alude a otros motivos que resultan*



*inconstitucionales, como la discriminación por la orientación sexual o la necesidad de desalentar la formación de un sindicato.* (p. 99)

Continuando con el autor, explica como ante la vulneración o lesión de derechos de índole constitucional o fundamentales, como el derecho al trabajo digno, vida digna, no discriminación, igualdad y/o salud, la regla del *Onus Probandi* se vuelven insuficiente para la tutela efectiva de estos derechos, en consecuencia, dice el autor, debe reducirse o alivianarse el esfuerzo probatorio para el trabajador al momento de probar estos actos que suelen encubrirse en conductas aparentemente lícitas y no lesivas, haciendo no difícil, sino imposible, la acreditación del móvil o finalidad discriminatoria cometida por el empleador.

Por lo tanto, dice que, lo correcto, y necesario para garantizar una efectiva protección de derechos es modificar las reglas de la carga de la prueba donde sea “el empleador [quien] debe aportar la prueba que acredite que la conducta denunciada obedece a motivos razonables y que la misma no tiene relación con la vulneración de derechos fundamentales del trabajador (...)” (Ugarte Cataldo, 2009, p. 225). Caso contrario el empleador estaría aprovechando los vacíos en la ley para vulnerar o lesionar derechos constitucionales como el derecho a la igualdad, derecho a la no discriminación, derecho a la defensa, que a su vez estarían infringiendo el derecho al trabajo, incluso podría terminar afectando la dignidad, y finalmente, se estaría vulnerando declaraciones y principios emanados por las normas constitucionales que se encaminan al proteger el derecho al trabajo como un derecho humano o fundamental (Chaverra Madrid, 2020).

Entonces, es correcto mencionar que el principio del *Onus Probandi* como regla general de la carga de la prueba resulta insuficiente para solucionar conflictos de índole legal, pues su ideología está enfrascada en personas que los individuos que acoden al sistema de justicia lo hacen en igualdades de oportunidades y con la misma oportunidad de vencer en una contienda,

lo cual, resulta contrario a la realidad, pues las relaciones asimétricas entre trabajador y empleador en los casos de despido de trabajadores en estado de vulnerabilidad, deben ser reconocidas y aceptadas, para comenzar a buscar una solución justa. En este escenario, se dirá que, la regla del *Onus Probandi*, no debe ser abandonada, pero sí perfeccionada o complementada para que exista una verdadera igualdad material para los sujetos que acuden a la justicia y litigan en desventaja.

Entonces, ¿por qué en el Ecuador mantener una regla con ideología liberal e individualista, que contradice la ideología del derecho del trabajo, para la prueba del despido intempestivo cuando existen vulneraciones de tipo constitucional como la igualdad y no discriminación, trabajo digno, vida digna, etc. aumentando así las desigualdades entre empleador y trabajador?

A pesar de que el legislador ecuatoriano tuvo la oportunidad de corregir esta deficiencia sobre la carga de la prueba, pues en el 2016, la Asamblea Nacional expidió el Código Orgánico General de Procesos, unificando en un solo cuerpo normativa las diferentes reglas que regulan el proceso judicial, prefirió mantener la teoría clásica del *Onus Probandi*, sin pensar que esta regla no permite democratizar un dominio o acceso a los medios de prueba entre los sujetos procesales, sin corregir las desigualdades materiales que existen cuando se trata de litigantes en desigualdad de condiciones.

A modo de conclusión de este subcapítulo, mientras la teoría del *Onus Probandi* permanezca en el sistema procesal ecuatoriano como regla en los juicios laborales, no se corregirán ni superarán las desigualdades materiales de los sujetos para acceder a un proceso justo ni proteger los derechos laborales que son de índole constitucional, convencional y legal, garantizando una igualdad probatoria en el evento de un despido intempestivo de trabajadores víctimas de actuaciones discriminatorias fundadas en criterios sospechosos.

### **1.3.Las garantías normativas de la inversión de la prueba del despido intempestivo y la estabilidad reforzada de trabajadores dentro de categorías sospechosas en el Ecuador.**

La garantía de la estabilidad laboral reforzada es una institución y, valga la redundancia, una garantía que fue creada por mediante la jurisprudencia, pues los magistrados de las altas cortes de justicia, ante la ausencia de un legislador por la proteger y los derechos constitucionales de trabajadores que se encuentran en un especial grado de debilidad, implementaron esta garantía que, para su adecuada y efectiva tutela, requiere de la aplicación de la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba para proteger los derechos constitucionales de este grupo de trabajadores.

Para Forero (2017), en su obra *Trazos en la construcción de un derecho procesal laboral colombiano*, el proceso laboral debe abandonar esa visión legalista y comenzar a ser analizado desde la constitucionalización del propio derecho laboral, ya no como un medio para la solución de conflictos, sino, para la búsqueda de la verdad, pasando de aquel sistema legalista a un derecho que mira al trabajo como un derecho fundamental del cual se derivan otros derechos humanos como la libertad, igualdad, la vida, la integridad, etc. y, también, como una obligación del Estado, que implementa garantías para su efectiva protección (acciones constitucionales y legales) y además establece límites mínimos para su concreción (salario básico unificado, límites de duración de la jornada de trabajo, etc.). Para lo cual, el autor dice, que:

*Esta nueva forma de visualizar la norma procesal obliga a que los diferentes operadores jurisdiccionales apliquen la ley con fundamentos de protección a los derechos humanos, desde la prevalencia del derecho sustancial, desde el respeto al precedente,*

*desde el respeto a los tratados internacionales, desde la supremacía constitucional, y desde el principio de la dignidad humana como cláusula de interpretación.* (p. 53)

Siendo la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba ese mecanismo adecuado para la protección de los derechos constitucionales ante una inminente vulneración, en concreto, ante la prueba del despido intempestivo de grupos vulnerables por discriminación con categorías sospechosas, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP, instauró la garantía de la estabilidad laboral reforzada para aquellos trabajadores que se encuentran en un especial estado de debilidad y son víctimas de despidos por discriminación. Junto con esta garantía se pronunció en el sentido de que la reversión de la carga de la prueba sea obligación del empleador, quien debe justificar que el despido intempestivo no fue con motivos de discriminación.

Entonces, ha sido necesaria la intervención de la justicia constitucional para finalmente complementar o perfeccionar la teoría del *Onus Probandi*. Al respecto, es necesario recordar que el objeto de este estudio no es abandonar ni negar la aplicación de la teoría clásica de la prueba sino por el contrario alcanzar un sistema dual, entre ambas reglas que se complementan entre sí, para lograr una efectiva tutela judicial y, así, superar las desigualdades sociales, técnicas, económicas o políticas entre los sujetos que acuden al sistema de justicia, en este caso en concreto entre empleador y trabajador.

Por tal motivo, el principio del *Onus Probandi* no está exclusivamente diseñado para solucionar correctamente los problemas sociales que surgen por las desigualdades sociales y económicas que causa el trabajo y afecta a derechos de índole constitucional.

A continuación, se expondrá casos judiciales donde la Corte Constitucional del Ecuador y la Corte Nacional de Justicia han adaptado y aplicado la garantía de estabilidad laboral reforzada y, a su vez, han aplicado la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba para proteger y

tutelar los derechos de tipo constitucional como el trabajo digno, vida digna, igualdad y no discriminación, salud, y entre otros.

Las reglas jurisprudenciales creadas por las altas cortes de justicia en materia laboral han complementado la tarea de los legisladores, que han normado la inversión de la Carga de la Prueba en el Acoso Laboral, y que ha sido recientemente ratificado por la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el Caso No. 09359-2019-02778. Sin embargo, el derecho laboral ecuatoriano no puede limitarse a un solo caso donde legislativamente se reconozca la dificultad probatoria que carga el trabajador para justificar los hechos estando en un ambiente de desigualdad y debilidad, más aún cuando se trata de defender derechos fundamentales no patrimoniales como el trabajo mismo, la no discriminación, igualdad, donde la realidad histórica nos ha enseñado que estas actuaciones discriminatorias, como ya se dijo, no dejan huella o rastro sino quedan en la impunidad.

La construcción jurisprudencial sobre la Carga Dinámica de la Prueba, que se revisarán a continuación, han sido adecuadas a través de la figura de la presunción legal para alcanzar una correcta aplicación sobre la prueba en el despido intempestivo por discriminación con categorías sospechosas en el Ecuador.

Así entonces, se expone el primer caso. La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en el Proceso No. 1273-2012, analizó los siguientes hechos demandados. Una mujer durante su estado de embarazo, calificado de alto riesgo por un médico, fue víctima de actos de hostigamiento por su empleador, hasta que finalmente fue despedida intempestivamente. En este escenario, la Corte dispuso una inversión de la carga de la prueba ante las condiciones fácticas en que se encontraba la mujer embarazada siendo parte de un grupo vulnerable mientras había sido víctima de discriminación. En esta sentencia se indicó lo siguiente:

*En estas circunstancias, no es menester que la mujer embarazada manifieste o demuestre su estado de gestación al empleador, sino que se le garantice que solo podrá ser desvinculada o extrañada de su puesto de trabajo, por justa causa, para lo cual a quien corresponderá demostrarlo es al empleador. (Sentencia No. 1273-2012, 2013)*

Otro caso de reversión de la prueba del despido intempestivo ha sido acogido para los grupos vulnerables de los discapacitados, confirmado la necesidad de tutelar los derechos fundamentales no patrimoniales del trabajo, en este caso, la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia reconoció la garantía de estabilidad laboral especial y reforzada que gozan este grupo de trabajadores. La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en el Proceso No. 17316-2019-00033, conoció el siguiente caso. Un trabajador discapacitado había sido privado de su remuneración mensual con el propósito de obligarlo a terminar la relación laboral a través de Visto Bueno por la causal 2 del artículo 172 del Código de Trabajo, a fin terminar la relación laboral por medios legales, vulnerando las garantías normativas otorgadas por su condición de vulnerabilidad. Este escenario fue calificado como un despido indirecto que deriva en un despido injustificado, por lo que, el empleador no puede utilizar estos artificios para destruir las garantías especiales que se han otorgado a estos grupo históricamente segregados y discriminados para evadir la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapitados. En este escenario, la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia dijo, que:

*Siendo que el fundamento de la autorización de terminación laboral de la relación obrero patronal en favor del trabajador, es protegerlo de los posibles hostigamientos o presiones a los que puede ser sometido, dada su posición de desigualdad, con el fin de incitarlo a renunciar a su puesto de trabajo. Y así, el empleador, pretenda eximirse del pago de las indemnizaciones que le hubieren correspondido por la configuración del*

*despido intempestivo (directo), y también, que, constituye un despido indirecto cuya responsabilidad es atribuible al empleador por el incumplimiento grave de sus obligaciones. (Sentencia No. 17316-2019-00033, 2021)*

Finalmente, el caso más reciente sobre la inversión de la carga de la prueba es el del acoso laboral que, a criterio de este estudio, es el único caso donde legislativamente incluyó la inversión de la carga de la prueba. La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en el Proceso No. 09359-2019-02778, conoció los siguientes hechos. Una trabajadora dijo haber sido sometida a una carga laboral desmesurada, producto de la cual incluso tuvo repercusiones en su salud causándole una discapacidad que fue comprobado con un carné de discapacidad, a pesar de comunicar todos estos actos de hostigamiento a su empleador, hizo caso omiso y continuó incrementando la carga laboral. La trabajadora presentó su petición de Visto Bueno contra su empleador, y fue aceptada. Impugnado que fue el Visto Bueno, y a su vez apelada la sentencia, el caso llegó a la Corte Nacional de Justicia, donde para interés de este estudio, en su parte pertinente dijo:

*Que su petición de visto bueno por acoso laboral, debe estar respaldada en medios de prueba que hagan presumir su existencia, efectuado aquello, le corresponde a su empleador, presentar una justificación argumentada y razonada respaldada mediante prueba, en cuanto a las medidas que se han adoptado y de su proporcionalidad. En este sentido, solamente cuando quien solicitó el visto bueno por esa causal muestra indicios sustentados, le corresponde al empleador su descargo. (Sentencia No. 09359-2019-02778, 2021)*

Expuestos que ha sido estos casos, serán analizados en cuanto a su fundamentación en el tercer capítulo para justificar la aplicación de la Carga Dinámica de la Prueba, demuestran la intrínseca necesidad del derecho laboral por desprenderse de la teoría clásica de la *Onus*

*Probandi* como regla general de la prueba para los juicios laborales, más aún se realiza dicha necesidad cuando existe la vulneración de derechos constitucionales como la vulneración al derecho al trabajo digno, vida digna, salud, igualdad y no discriminación, pues la teoría clásica de la prueba no resulta ser suficiente en este escenario, pues el legislador ecuatoriano debe comprender que la compleja situación en la que se encuentra el trabajador cuando es la parte débil de la relación laboral y, más aún, no cuenta con las herramientas necesarias para superar las desigualdades sociales, económicas o técnicas de poder a acceder o poseer medios de prueba al igual que el empleador.

Es así que, en palabras de la autora Elisa Lanas (2010) critica la regulación que tiene el Código de Trabajo con respecto al despido por discriminación de grupos vulnerables, pues a pesar de que el Código de Trabajo establece fuertes indemnizaciones ante su cometimiento, pero conceder herramientas probatorias ineficientes como la regla del *Onus Probandi*.

Es así, entonces, que el trabajador cuando se encuentra ante un despido por discriminación, siendo parte de grupo vulnerable bajo las categorías sospechosas del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, por ejemplo, por: discapacidad, enfermedad, VIH SIDA, embarazo, maternidad, raza y demás criterios, se encuentra ante una compleja tarea, sino imposible, de probar actuaciones cometidas por el empleador como la discriminación que usualmente quedan en la impunidad. Sin embargo de lo mencionado hasta aquí, ha sido la jurisprudencia constitucional y la de casación las que se han encargado de corregir las omisiones legislativas, considerando que para el despido intempestivo a grupos vulnerables víctimas de discriminación la prueba del *Onus Probandi* se vuelve ineficiente para materializar y garantizar los derechos laborales no patrimoniales del trabajador.



## **Segundo capítulo: Análisis comparativo de la carga de la prueba del despido intempestivo en la legislación colombiana.**

### **2.1. La regulación normativa de la carga de la prueba en el derecho laboral en la legislación comparada: Colombia.**

En este subcapítulo se comparará el desarrollo normativo de las reglas de la prueba en el proceso laboral entre la legislación ecuatoriana y la colombiana. se empezará por hacer una comparación legislativa de cada una de las normas de la prueba que gobiernen el derecho laboral.

Empezando por la legislación ecuatoriana, el Código Orgánico General de Procesos, llamado también bajo el acrónimo COGEP, en el Libro III, se leen las disposiciones relativas a la prueba, sus medios de prueba, la forma de practicarlas y su valoración. Se debe precisar que el Código Orgánico General de Procesos es un cuerpo normativo que consolidó las diferentes normas procesales de las diferentes materias, entre ellas civil, mercantil, inquilinato, laboral, tributario, administrativo y demás materias, que se encontraban dispersas en diferentes cuerpos normativos. Anteriormente, el Código de Trabajo contenía las reglas sobre el procedimiento laboral, sin embargo, bajo la premisa de esta codificación pasaron a incluirse en el COGEP. Situación que pudo haber causado cierto grado de homogenización de la ideología individualista y privatista sobre las normas de la prueba en el derecho laboral.

El Código Orgánico General de Procesos es un cuerpo normativo con una visión clásica sobre la prueba, es decir liberalista, fundada en el principio de igualdad formal, que regula la regla de la carga de la prueba con miras a un derecho común, del cual el derecho procesal laboral luchó varias décadas para ser excluido. Tal es así que, a pesar de que el derecho laboral,

como quedó dicho, es de carácter tuitivo y social, su ideología persigue un carácter protector que busca superar la desigualdad para crear igualdad, partiendo de la existencia de una relación asimétrica de poderes entre empleador y trabajador, que debe propender a ayudar y proteger al trabajador al ser la parte débil de esta relación. Sin embargo, la regla de la prueba en el sistema procesal ecuatoriano contempla una regla que responde a las necesidades del derecho común. Causándole un retroceso al derecho laboral y su ideología de carácter progresista, pues las normas procesales probatorias en su conjunto no están alineadas con el derecho común o derecho civil.

En el Código Orgánico General de Procesos, sobre la regla de la carga de la prueba, en el Libro III: DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS PROCESOS, en el Título II: PRUEBA, en el Capítulo I: REGLAS GENERALES, se encuentra al artículo 169, con su última reforma que fue en el 26 de junio del 2019, textualmente dice lo siguiente:

*Art. 169.- Carga de la prueba. - Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley. (Código Orgánico General de Procesos, 2015, p. 48)*

Como se puede observar, en el párrafo 1 del artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, la disposición es clara y, a su vez, representa la premisa de la teoría del *Onus Probandi*, quien alega debe probar, clásico del derecho común que denota una carga ideológica que asume una igualdad formal entre las partes procesales. Este principio para el derecho

común está correcto. Sin embargo, para el derecho laboral no encuentra correspondencia con sus principios e ideología.

Como se puede observar, de la lectura de este artículo, existen ciertas excepciones a la carga de la prueba para las materias de niñez y adolescencia y ambiental, se encamina hacia un aliviamiento de la carga de la prueba hacia el menos favorecido para la obtención de pruebas. A pesar de la referida norma jurídica, en su párrafo quinto deja la puerta abierta para que otras materias puedan beneficiarse de la inversión de la carga, en el caso del derecho laboral, por remisión de la norma, se insiste, solo se puede encontrar un ejemplo, como es el caso del Acoso Laboral, sin hallar otra hipótesis en el ordenamiento jurídico.

De tal relevancia es la situación que se analiza que, si se observa, la regla sobre la carga de la prueba, que aplica para el derecho laboral, se encuentra bajo en el Título III que dice textualmente: DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS PROCESOS, es decir, el legislador ecuatoriano no tomó en cuenta ninguna distinción entre la naturaleza jurídica de las ramas que existen en el derecho, como lo es el derecho civil y el derecho laboral que representan relaciones de diferente, índole. Si bien tanto el derecho civil como el laboral regulan contratos entre las partes, el primero mantiene una relación simétrica, mientras que el segundo una relación asimétrica. Entonces, es evidente que el legislador ecuatoriano no analizó las particularidades existentes entre el derecho civil y el derecho laboral, así sin distinción de la materia, las personas que acuden al sistema de justicia a pesar de ser formalmente iguales necesitan de regulaciones propias de cada rama del derecho para alcanzar una justificación efectiva. Lo cual, como se ha expuesto a lo largo de este estudio, el *Onus Probandi* no puede ser interpretado y aplicado casi de manera totalitaria por el derecho procesal, pues ya no son los tiempos del derecho moderno para asumir como que todos sin excepción somos iguales ante la ley. Para el derecho laboral, el trabajador es indiscutiblemente la parte menos favorecida del

nexo contractual frente al empleador, situación que desconoce y obvia el sistema procesal ecuatoriano.

Por su parte, en Colombia, también, se aplicó la idea de condensar las diferentes normas procesales de las diversas materias en un solo cuerpo legal, así entonces, en 2008, el Congreso Nacional aprobó y ordenó se publique el Código General del Proceso, que en su artículo 167 contempla las reglas sobre la carga de la prueba para todos los procedimientos judiciales, que, a diferencia del sistema ecuatoriano propone un sistema de reglas que sea compatible con los fines constitucionales de la tutela judicial efectiva e igualdad material, evitando cualquier abstracción del ser humano del derecho. El artículo 167 del Código General del Proceso, sobre la carga de la prueba, dice:

*Art. 167. – Carga de la prueba. - Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. (Código General del Proceso, 2012)*

Como se puede observar, tanto en el primero y como en el segundo párrafo del artículo 167 del Código General del Proceso, su contenido muestra un complemento y

perfeccionamiento de la regla general y clásica de la teoría del *Onus Probandi*, con el propósito de alcanzar una efectiva igualdad material y real entre las partes procesales, pues la constitucionalización de la igualdad como mandato de optimización permite tratar a igual a los iguales y diferente a los diferentes, comprendiendo que la realidad debe superar a la ficción que el derecho ha creado durante años con la regla del *Onus Probandi*, no se puede seguir ocultando ni negando las diferencias sociales, económicas o técnicas que existen entre las personas, impidiendo, así, tutelar las diferencias y combatir las desigualdades, pues esta ficción jurídica de la igualdad formal, que asume que todos somos iguales sin exclusión, no hizo sino crear más desigualdad entre los sujetos que acudían al sistema de justicia en virtud de los conflictos de sus relaciones asimétricas.

En este sentido, Bernal Pulido (2002), recogiendo los diferentes pronunciamientos sobre la igualdad emitidos por la Corte Constitucional de Colombia, reconoce que el principio de igualdad constituye un pilar fundamental del Estado como el deber de “tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos” (p. 51). Como tal, se puede decir que, el principio de igualdad material es al principio de igualdad formal como la regla de la Carga Dinámica de la Prueba es a la regla del *Onus Probandi*, un complemento para superar las desigualdades y evitar que estas se conviertan en discriminación.

Como se podrá observar el párrafo 1 del artículo 167 del Código General del Proceso es una réplica de la regla clásica del *Onus Probandi*, es decir, *a priori*, el legislador colombiano reconoció la alta importancia sobre este principio como una regla general, no absoluta como parece ser en el caso ecuatoriano, sin embargo, no fue hasta la promulgación del Código General del Proceso que apareció la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, promoviendo una efectiva y real garantía del derecho a la igualdad ante supuestos o situaciones que *per se*

generan desigualdades que deben ser superadas. Es decir, esta norma coloca al juez en un rol activista dándole la oportunidad de nivelar o reconstruir relaciones asimétrías a fin de crear igualdad entre desiguales.

Para Díaz Restrepo (2016) la introducción de la Carga Dinámica de la Prueba en el Código General del Proceso permite aplicar un paradigma más flexible para el derecho probatorio, pues permite que el juez distribuya esta carga de la prueba de manera equitativa cuando existen desigualdades materiales al acceso de la prueba. Siendo así, se puede observar que de la lectura del artículo 167 del Código General del Proceso, el autor indica que:

*El ingrediente normativo sin el cual no es posible que el juez apele a la distribución de la carga probatoria, es indudablemente, que la parte a la que se le impone la carga o la exigencia de probar se encuentre en una situación más favorable para adoptar la prueba en cuestión. (p. 211)*

Es decir, pasando de: *quien alega debe probar*, a un nuevo postulado que reza: *quien puede debe probar*. En tal escenario, el legislador colombiano, lo que hace es ejemplificar mediante varias hipótesis aquellas situaciones que demuestran la existencia de una relación asimétrica y, entonces, la necesidad de generar un ambiente de igualdad, situación favorable para el trabajador.

A lo largo de los fallos de las altas cortes de justicia de Colombia, se ha venido aplicando el artículo 167 del Código General del Proceso, en el cual, los jueces emplean un razonamiento apegado a las realidades materiales de las partes procesales para determinar a quién le corresponde la carga de la prueba, a continuación se presentan algunos ejemplos en los cuales, la parte más débil está relevada de aportar prueba, pues por sus condiciones profesionales, sociales, fácticas o técnicas no le permiten tener una cercanía adecuada con la prueba.

Por ejemplo, la Sala de Casación Laboral de la Corte de Suprema, mediante sentencia No. SL1689-2019, expuso que la parte débil de la relación, en el derecho de seguridad social, el afiliado sea relevado de aportar prueba, dijo:

*En tal sentido, señala que la carga de la prueba del deber de información se invierte «atendiendo los derechos en juego y las asimetrías que existen entre un operador experto en el tema de administración de portafolios de pensiones y un simple afiliado totalmente ignorante en un tema que es eminentemente financiero», y debido a que «procesalmente, por las afirmaciones o negaciones indefinidas que se plasma en una demanda así lo imponen». (Sentencia SL1689-2019, 2019)*

En otro caso, la Sala de Casación Laboral de la Corte de Suprema, mediante sentencia No. SL1452-2019, expuso que relevar a la parte débil de la relación es apearse a un sentir de justicia, dijo:

*Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. (Sentencia SL1452-2019, 2019)*

Por su parte, la doctrina ha expuesto sus críticas por la aparición de la teoría moderna de la Carga Dinámica de la Prueba en el sistema procesal colombiano, incluso el artículo 167 del Código General del Proceso fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad parcial, pues se presumía que era un allanamiento a la discrecionalidad de la administración de la justicia para imponer cargas injustas y desmedidas a una de las partes procesales, sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia a través de la sentencia No. 086/16 de fecha 24 de febrero

de 2016 resolvió declarar su constitucionalidad y compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, a más de proclamarla como una garantía propia de este derecho.

La Corte Constitucional de Colombia se pronunció en el sentido de que, si bien la norma, artículo 167 del Código General del Proceso, establecía la facultad del juez para decretar la redistribución de la carga probatoria entre las partes procesales, este debía ser comprendido como un deber, más que una atribución discrecional, del juez para ejercer esta facultad a fin de hacer prevalecer el derecho sustancial y la consecución de un orden justo en el sistema de justicia para lograr y alcanzar una igualdad real y material entre las partes procesales cuando existe una asimetría entre ellas en obtención de las pruebas y fin de justificar el derecho sustancial que se requiere sea reconocido.

Inclusive, esta sentencia con No. C-086/16, que decretó la constitucionalidad por la inclusión de la Carga Dinámica de la Prueba, utilizó de manera ejemplificativa casos relacionados con la discriminación laboral para demostrar la imperiosa necesidad de adaptar las reglas de la carga de la prueba a la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, reconociendo que en el derecho del trabajo, efectivamente, existe una relación de desigualdad entre empleador y trabajador, la cual no se puede desconocer ni ocultar, debido a la naturaleza de su propia relación, pues, se reconoce al trabajador como la parte débil de este vínculo contractual y su imposibilidad de acceder al material probatorio diferente a como el empleador puede obtener el mismo, lo cual podría desencadenar en el desconocimiento de los derechos sustanciales laborales.

Si bien a lo largo de la fundamentación de esta sentencia con No. C-086/16, la Corte Constitucional de Colombia reconoció la posibilidad de que coexistan reglas pertenecientes tanto del principio dispositivo como del sistema inquisitivo, el primero siempre ha sido a favor del derecho civil y el segundo para el derecho penal, el primero se caracteriza por un rol pasivo



del juez, porque debe resolver en virtud de las pretensiones del actor y las excepciones del demandado, mientras que otro por un rol activo y hasta oficioso del juzgador para el esclarecimiento de los hechos y determinar la existencia de la infracción y la responsabilidad, por lo que, reconoce que cada rama del derecho se debería ajustar de forma particular a los postulados de cada uno de estas ramas del Derecho. Es así como, por ejemplo, en el caso del derecho laboral, si bien se ha formado bajo la sombra del sistema dispositivo, la naturaleza del derecho laboral por su carácter social y tuitivo no puede seguir solamente los postulados del derecho civil ni a su vez estar bajo las premisas exclusivas del sistema dispositivo, sino las necesidades de su rama obligan a que el juez intervenga activamente a fin de superar las desigualdades o asimetrías que presenta la naturaleza de las relaciones sociales, económicas y técnicas entre empleador y trabajador.

La Corte Constitucional de Colombia si bien reconoce que las cargas procesales implica la facultad de cada parte procesal de probar sus hechos y declaraciones, benefician o perjudican a quien las cumple o no las cumple, son también, a su vez, manifestaciones de los deberes de colaboración con la administración de justicia, equidad y lealtad, por lo tanto, deben ser constitucionalmente válidas y compatibles con los fines constitucionales de un sistema judicial y procesal que pretende alcanzar la justicia real, por lo tanto, las cargas procesales, en este caso de la prueba, deben ser concurrentes con la Constitución y sus fines, entonces el resultado de su aplicación no será irracional, injusta ni desproporcional con la realidad material del caso en concreto, si fuera el caso, entonces la justicia mediante el sistema procesal debe intervenir para que estas cargas sean racionales, justas y proporcionales entre los intervinientes del proceso judicial laboral.

Entonces, en este escenario, la Corte Constitucional de Colombia decretó la constitucionalidad del artículo 167 párrafo 2 del Código General del Proceso que introdujo la

teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, pues, en un Estado Social de Derechos, el juez debe tener un papel proactivo y garantista a fin de garantizar la igualdad material y real entre las partes cuando la naturaleza del nexo contractual que existe entre los intervinientes es asimétrica y *per se* genera desigualdades por sus diferencias sociales, económicas o técnicas. Además, reconoce que la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba es compatible con la teoría clásica del *Onus Probandi*, y no contrapuesta o contraria como se pensaba, pues considera que aquella: *No desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo.* (Sentencia No. C-086/16, 2016)

Entonces, después de haber conocido, los fundamentos por los cuales, la Corte Constitucional de Colombia ratificó la constitucionalidad de la inserción de la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba. En efecto, por todo lo que ha quedado expuesto, no queda duda que, el Ecuador necesita una reforma legislativa en la cual se complemente y perfeccione el principio clásico del *Onus Probandi*, pues también es un Estado Social de Derechos además constitucional y de justicia que busca superar las desigualdades sociales, económicas o técnicas de las sujetos que acuden al sistema de justicia para resolver sus controversias, pero que principalmente busca la tutela y garantía de sus derechos constitucionales para lograr la protección de la vida digna, la igualdad y no discriminación, el trabajo digno y otros; a pesar de que como se ha demostrado, ha sido a través de la jurisprudencia que se ha adoptado prácticas relacionadas a la Carga Dinámica de la Prueba.

A más de lo dicho, el legislador y los juristas deben comprender que incluir a la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba no es sino complementar y perfeccionar el principio ya

existente del *Onus Probandi*. A pesar de que siempre existe resistencia a los cambios, como en el supuesto hipotético de que Ecuador adopte esta corriente, son necesarios con miras a avanzar en el desarrollo del sistema procesal superando las deficiencias técnicas que existan en las leyes. Tampoco se trata de hacer, como muchos lo llaman, un trasplante jurídico de los párrafos 1 y 2 del artículo 167 del Código General del Proceso al sistema ecuatoriano y copiarlo en el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, el legislador si debería cuestionarse si este cambio es necesario y analizar la necesidad material y práctica de adoptar un sistema dual para las reglas de la carga de la prueba y esto ha sido precisamente lo que este trabajo de investigación pretende demostrar.

## **2.2. La evolución jurídica de la carga de la prueba en el despido intempestivo en las dos últimas décadas en la legislación comparada: Colombia.**

A pesar de que en Colombia, sucedió al igual que en Ecuador, la garantía de la estabilidad laboral reforzada tuvo su aparición a través de la jurisprudencia, junto con la Carga Dinámica de la Prueba, no fue sino hace unos pocos años que la Corte Suprema de Justicia de Colombia abandonó la aplicación de la tesis del *Onus Probandi* para la prueba del despido por discriminación con categorías sospechosas. De igual forma, en Colombia, como en Ecuador, tanto de la garantía de estabilidad laboral reforzada y la Carga Dinámica de la Prueba tuvieron su desarrollo en la justicia constitucional a través de los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Incluso en el caso colombiano, la misma Corte Constitucional ha decretado a la acción de tutelar como el mecanismo idóneo para garantizar y tutelar los derechos del trabajador ante un despido por discriminación con motivo de categorías sospechosas. Sin embargo, se debe recordar que la vía constitucional no aplica normas de carácter infra

constitucional, que en la mayoría de las ocasiones se busca en la vía ordinaria, el pago de indemnizaciones laborales.

Como se mencionó, la garantía de la estabilidad laboral reforzada es una figura que tuvo su aparición y desarrollo en la jurisprudencia, así ha sucedido en Ecuador, y en Colombia; también, la figura de la presunción de discriminación por despido tuvo su aparición y evolución en la jurisprudencia.

En Colombia, si bien, como ya fue expuesto, la regla de la carga de la prueba, regulada en el artículo 167 del Código General del Proceso que rige para todas las materias, permite la aplicación, tanto, de la teoría clásica como la teoría de la inversión de la carga de la prueba. Es decir, a nivel legislativo el derecho probatorio en el sistema colombiano permite nivelar las cargas probatorias de aquella persona que se encuentra en una situación más favorable ante la prueba. Lo que no sucede en el Ecuador, salvo ciertas excepciones a la regla absoluta del *Onus Probandi*. Sin perjuicio de lo dicho, la jurisprudencia constitucional ha aportado con un gran desarrollo de reglas y criterios jurisprudenciales a través de sus sentencias sobre la garantía de estabilidad laboral reforzada y la presunción de despido por discriminación cuando este responde a un criterio o móvil sospechoso.

Tal como lo indica la Corte Suprema de Justicia de Colombia, siendo el órgano que conoce procesos de casación, a través de la sentencia SL1360-2018 de fecha 11 de abril de 2018, resuelve abandonar el criterio de que el despido de una persona discapacitada no obedece a un acto de discriminación, siendo entonces que, la Corte Suprema comprende que no se puede prohibir el despido de personas discapacitadas, salvo que esté fundado o motivado por estereotipos en las condiciones como discapacidad, maternidad, embarazo, enfermedad y demás estados que están dentro de al menos una categoría sospechosa. Por tal motivo, la Sala de Casación de la Corte Suprema apoyada en sentencias de la Corte Constitucional sobre la

garantía de estabilidad laboral reforzada y la presunción de discriminación, abandona aquel adoctrinamiento para seguir una nueva, en la cual postula que “el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada” (*Sentencia No. SL1360-2018*, 2018). Es así que, la Sala de Casación, a través de esta sentencia, realiza una fuerte reflexión sobre la visión mercantilista que pretende darse a los derechos de los trabajadores en estado de vulnerabilidad, que es contraria a la visión de la dignidad humana, ya que mira a los trabajadores como si fuesen bienes o productos de los cuales se prescinde una vez que estos se han deteriorado o desgastado, a pretexto de alcanzar una mejor prosperidad para los negocios. Por el contrario, la Corte identifica a las personas como un fin en sí mismas y reconoce su valor intrínseco, y su separación de propósitos mercantilistas, sino su apego a reconocer su dignidad y goce de derechos, por lo que se debe garantizar el crecimiento humano y la inclusión laboral, aprovechando aptitudes y capacidades de las personas con condiciones especiales.

Previo a analizar la carga de la prueba en el despido sin causa o sin justa razón, como lo llaman jurídicamente en Colombia, de aquellos trabajadores que sufren discriminación y están inmersos en al menos una de las categorías sospechosas, se debe comprender que la Corte Constitucional de Colombia, a través de la jurisprudencia ha afirmado, y confirmado en varias sentencias, que cuando existe la vulneración o violación de un derecho constitucional del trabajador el medio idóneo para proteger y garantizar estos derechos es a través de la acción de tutela en la vía constitucional. Entonces, en el caso colombiano, se puede inferir que ante un despido por discriminación de un trabajador, el medio idóneo y efectivo para la tutela y reconocimiento de los derechos laborales, no es por medio de la justicia ordinaria, sino a través de una acción de tutela.

Este criterio, se lo puede observar en las siguientes tres jurisprudencias que se exponen a continuación.

En la sentencia de tutela No. 572/17 de fecha 13 de septiembre de 2017, la Corte Constitucional indica que:

*De otra parte, respecto del mecanismo judicial ordinario laboral, la S. advierte que si bien resulta idóneo para pretensiones tales como reintegro laboral, reconocimiento de acreencias laborales, entre otras; este resulta ineficaz ante la posible vulneración del derecho a la igualdad de las víctimas de discriminación racial en el ambiente laboral (...). Así las cosas, en el presente caso, siendo que los medios de defensa indicados, si bien podrían ser idóneos bajo otras circunstancias, para el caso sub judice se advierten ineficaces para la protección frente a los presuntos actos de discriminación racial en el ámbito laboral y que, además, se trata de un sujeto de especial protección constitucional, es menester concluir que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para evaluar las situaciones de discriminación racial en el entorno laboral pues, -ciertamente-, supone un problema de relevancia constitucional. (Sentencia de Tutela No. 572/17, 2017, p. 20)*

En otra sentencia de tutela con No. 305/20 de fecha 11 de agosto de 2020, la Corte Constitucional indicó que:

*En principio, se resalta que el Código Procesal del Trabajo, Ley 712 de 2001, establece en su artículo 2 que la jurisdicción ordinaria laboral conoce de: “los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo”. Por lo que dichos conflictos pueden ser resueltos de manera idónea mediante las acciones ordinarias laborales. Sin embargo, el Decreto 2591 de 1991 (artículo 6º) dispone que la eficacia de los medios ordinarios de defensa debe ser “apreciada en concreto (...) atendiendo*

*las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.* (Sentencia de Tutela No. 305/20, 2020, p. 10)

Así las cosas, la sentencia T-041 de 2019 refirió que:

*La jurisprudencia de este Tribunal ha contemplado la viabilidad del amparo constitucional para obtener el reintegro de un trabajador, en aquellos casos en que se encuentra inmerso en una situación de debilidad manifiesta, con la capacidad necesaria de impactar en la realización de sus derechos al mínimo vital o a la vida digna. En este escenario, la situación particular que rodea al peticionario impide que la controversia sea resuelta por las vías ordinarias.* (Sentencia de Tutela No. 041/19, 2019)

Este aspecto resulta particularmente importante frente a sujetos de especial protección constitucional, como por ejemplo las madres gestantes. Al respecto, la sentencia T-030 de 2018 señaló que:

*En principio la acción de tutela por su naturaleza residual y subsidiaria, no es el mecanismo idóneo para reclamar derechos o prestaciones laborales; no obstante, cuando se encuentran comprometidos los derechos de la madre gestante y los de su hijo por nacer o recién nacido, se torna eficaz y procede excepcionalmente como medida de asistencia y protección a estos sujetos de especial protección constitucional.* (Sentencia de Tutela No. 305/20, 2020, p. 10)

Se debe precisar que recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-1360-18 abandonó el criterio establecido en las sentencias SL-36115 y SL-35794 de 2010, en el sentido de que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso. En su lugar, se determinó que el despido “de un trabajador en estado de discapacidad” se presume

discriminatorio, salvo que el empleador demuestre en el juicio ordinario la ocurrencia de una causal objetiva. Asimismo se interpretó que el precitado artículo no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que sanciona que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio; de tal manera postuló que la invocación de una justa causa legal excluye que la ruptura del vínculo esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador; en este sentido, “no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva” (*Sentencia No. SLI360-2018*, 2018). Aclaró que no obstante la determinación del empleador puede ser controvertida por el trabajador, quien solo deberá acreditar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, conllevando la necesidad para el empleador de demostrar la ocurrencia de la causal objetiva. En caso contrario, el despido se tornará ineficaz, procediendo las medidas dispuestas en el artículo 26 de la Ley 361.

Con respecto al desarrollo de la Carga de la Prueba, brevemente, se dirá que tuvo sus inicios gracias al surgimiento de la ideología social en el siglo XIX, que se desarrolló en el siglo XX y que sigue desarrollándose actualmente. Este surgimiento trajo consigo ideas de tipo proteccionista y paternalista que se trasladaron al campo jurídico, y a su vez a los procesos judiciales. Los conflictos laborales siempre fueron de alto intereses en aquella época, lo que trajo consigo el fenómeno de la socialización del proceso a fin de resolver los conflictos laborales. Entonces, los clásicos principios liberales fueron siendo desplegados por las exigencias de un Estado Social de Derecho, y sus ideologías proteccionistas y paternalistas (Fernández Toledo, 2020).

A fin de concluir este análisis entre la regla clásica y las nuevas reglas de la Modulación de la Carga de la Prueba se puede sintetizar en lo siguiente. Bajo la regla clásica al demandante le corresponde “probar la afirmación de los hechos expuestos en su demanda”, mientras que,



al demandado le corresponde “probar el contenido de la negación o la contradicción de la demanda, ya por el cumplimiento del hecho u obligación o por que éstos se han extinguido o modificado” (Rodríguez, 1995, pp. 88 y 89). Mientras que la modulación de las reglas clásicas del Carga de la Prueba, bajo los criterios de igualdad, solidaridad, equidad y eficiencia de la administración de justicia, para que según quien se encuentre en condiciones más favorables sobre la prueba pueda aportarla al proceso (Tirado Hernández, 2016).

### **2.3. La construcción jurídica de garantías normativas con ideología de carácter social y paternalista de la prueba en el despido intempestivo de las altas cortes judiciales.**

La jurisprudencia constitucional de Colombia, también, sigue y aplica la institución de la garantía de la estabilidad reforzada para aquellos trabajadores inmersos en categorías sospechosas que sufran discriminación. El desarrollo jurisprudencial de esta doctrina es esencial para comprender la necesidad imperativa de garantizar y alcanzar una efectiva igualdad material entre el empleado y los trabajadores, estos últimos *per se*, por su calidad, se encuentra en una situación de desventaja debido a la naturaleza de la relación laboral, más aún cuando es víctima de discriminación.

A continuación, se expone y analiza tres casos de estudio donde la Corte Constitucional de Colombia desarrolló jurisprudencialmente la necesidad de aplicar la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en aquellos casos donde los trabajadores fueron despedidos en un ambiente de discriminación dentro de al menos una de las categorías sospechosas.

En el primer caso en mención, la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia de Tutela No. 572/17, decretó la garantía de estabilidad laboral reforzada a favor de un

trabajador que había sido despedido por haber puesto en conocimiento de autoridades hechos que presumían actos de discriminación racial en su contra por ser afrodescendiente, mediante el empleo de un lenguaje excluyente como mecanismo de discriminación, lo cual provocó que el trabajador fuera discriminado y despedido por actos despectivos que involucraban una discriminación por su raza y color de piel.

Los hechos fueron los siguientes: el trabajador ingresó a laboral para la compañía Los Restrepo S.A.S. como auxiliar de bodega el 18 de mayo de 2018, mediante contrato a tiempo fijo que fue renovado cada año, hasta el 5 de abril de 2013 cuando fue despedido. Desde el inicio de su relación laboral, el trabajador fue víctima de expresiones raciales utilizando términos despectivos, como: mico, mono, King Kong, hombre de color extraño, esclavo y otros similares. A pesar de haber solicitado auxilio a ejecutivos de mayor rango, aparentemente con el fin de cesar estos actos discriminatorios, la empresa se limitó a abordar este tema muy renuente después de 6 meses de recibida su denuncia, por lo que, el trabajador en aras de terminar con aquella situación presentó una denuncia en la Fiscalía General en contra de sus compañeros y la empresa por el delito de discriminación racial. Ante estos hechos, el trabajador fue desvinculado el 5 de abril de 2013, al ser informado por el área de talento humano que su contrato se daba por terminado unilateralmente, por una supuesta reducción en las ventas de su sucursal, sin embargo, dos semanas después de dicha desvinculación, el trabajador evidenció que la empresa había contratado a dos personas más para realizar su antiguo trabajo. Por lo que, la Corte Constitucional declaró que, dicho motivo por el cual fue despedido el trabajador, en realidad ocultaba una represión a las quejas y su denuncia por sufrir actos de discriminación racial.

Ante estos hechos, la Corte Constitucional de Colombia que los actos cometidos de discriminación racial en contra de dicho trabajador vulneraron varios derechos constitucionales como: vida digna, al trabajo en condiciones dignas y a la igualdad y no discriminación.

Es importante mencionar en este punto que, al tratarse de una acción de tutela, el análisis que realiza este órgano de justicia va más allá de analizar la legalidad y legitimidad de un acto discriminatorio, o el quebrantamiento a la garantía de estabilidad laboral como lo es el despido, pues analiza la vulneración de derechos constitucionales, pero para este análisis no puede utilizar las herramientas clásicas para la obtención de las pruebas ya que el trabajador no puede soportar una carga desmedida o injusta de probar un acto que aparenta una actuación legítima y legal. Por el contrario, trae al proceso la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba para que quien se encuentre en indefensión aliviane la carga de su prueba y exista un ambiente de igualdad en el proceso judicial.

Esta sentencia analiza el escenario que ocurre ante un despido discriminatorio para un trabajador y los elementos de cómo el juzgador debe analizar el alcance del acto discriminatorio fundado en categorías sospechosas, para determinar si un trabajador sufre o no un acto de discriminación.

En esta sentencia la Corte Constitucional de Colombia recuerda al auditorio que la jurisprudencia constitucional desde sus inicios ha observado que una de las garantías fundamentales en casos de discriminación consiste en aplicar la inversión de la carga de la prueba, especialmente, en aquellos casos donde la persona que alega haber sido víctima de un trato discriminatorio enmarcada en un estado de indefensión o debilidad, o se encuentra dentro de al menos una de las categorías sospechosas, no debe aplicarse la regla del *Onus Probandi*, resultando ineficiente, no para la solución del caso, sino para garantizar un trato justo en el proceso para las partes. Pues, en este caso la Corte Constitucional de Colombia parte del hecho

de que la discriminación suele ser de difícil prueba, y más aún para aquellas personas que se encuentran en una categoría sospechosa. Categorías sospechosas que el derecho constitucional presume *per se* cómo discriminatorios, por ejemplo: maternidad, raza, discapacidad, embarazo, VIH SIDA, enfermedad y otras, en tal escenario deberá ser el empleador quien prueba la inexistencia de la inexistencia del acto discriminatorio.

Regresando a los elementos que la Corte Constitucional de Colombia debe considerar para delimitar el alcance y valorar la afectación de los derechos fundamentales y la dignidad humana ante un escenario de discriminación, son cinco:

1. La relación de poder existente entre el sujeto pasivo de la discriminación y quien despliega la conducta reprochable e inconstitucional. La posibilidad de rechazar o cuestionar el acto discriminatorio puede variar si este es llevado a cabo por quien ostenta alguna autoridad sobre el afectado;

2. La relación existente entre la persona o conjunto de personas que hacen las veces de público. Puede ocurrir que la afectación no sea la misma si el maltrato tiene lugar frente a personas con quienes se comparte periódicamente (compañeros de trabajo o grupo escolar), a si este acaece ante un público transitorio y meramente circunstancial.

3. La relevancia del espacio donde acontece la afrenta. Este puede ser público o privado, o marcadamente reglado (salón de clase, taller, despacho judicial, cuartel, etc.), lo cual puede inhibir mecanismos de defensa frente a la agresión.

4. La duración de la puesta en escena, pues el grado de vergüenza ira o humillación puede variar según el escenario sea prolongado o efímero.

5. La condición de vulnerabilidad circunstancialmente presente en la víctima de la discriminación también debe ser tomada en cuenta, dado que tal peculiaridad incide en la valoración de la afectación.

Acorde a estas reglas, los juzgadores deben analizar y valorar al grado de afectación de los derechos constitucionales en razón del acto de discriminación ejercido en contra de una persona. Como se puede observar, dos de las cinco reglas expuestas por la Corte Constitucional están relacionadas con el estado de poder entre que existe entre la víctima y la persona que realiza el acto de discriminación, entonces, para el derecho laboral esta relación de poder puede ser de mayor intensidad ya que dicha relación laboral por naturaleza implica *per se* un estado de debilidad o una posición de poder debido al elemento de la subordinación y dependencia del trabajador hacia el empleador, la cual se agudiza más aun cuando de por medio ocurre un acto de discriminación que tienen por móvil una categoría sospechosa. Es por eso que, la sentencia de la Corte Constitucional exige la aplicación de la inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima, doctrina que ha sido acogida y aplicada en casos de despido por discriminación de trabajadores dentro de categorías sospechosas (*Sentencia de Tutela No. 572/17, 2017*).

En el segundo caso en mención, la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia No. 521/16, que conoció dos casos con hechos similares, en la cual, dos trabajadores fueron despedidos sin causa justa por su empleador mientras padecían una disminución en sus capacidades físicas debido a diferentes accidentes de trabajo. Ambos trabajadores presentaron problemas de salud al nivel de su columna con problemas lumbares, impidiéndoles continuar con las labores para las que fueron contratados, ambos desempeñaban trabajos de esfuerzo físico, uno era recolector de palma y otro transportista.

Durante el tiempo que ambos trabajadores se encontraban en uso de su permiso médico y mantenían tratamiento médico debido a sus condiciones físicas fueron despedidos por sus empleadores bajo el argumento de que el tiempo para su contrato de trabajo había terminado, ambos contaban con contratos de trabajo a tiempo fijo y por periodos.

Antes estos hechos, ambos trabajadores, respectivamente, presentaron acciones de tutela a fin de que se reconozca y garantice judicialmente su derecho y garantía a la estabilidad laboral reforzada: a la salud y una vida en condiciones dignas. En ambos casos de estudio, la Corte Constitucional de Colombia, a más de establecer reglas para la aplicación de estabilidad laboral reforzada, reconoció y estableció que ambos trabajadores al momento de ser despedidos se encontraban en un especial y peculiar estado de debilidad debido a sus condiciones de salud, por lo que, reconoció la garantía laboral reforzada de la que gozaban y, a su vez, reconoció la existencia de actos discriminatorios al momento del despido, por lo que exigió al empleador que sea quien deba probar que dicho despido no responde a un despido discriminatorio con motivos fundados y objetivos (*Sentencia de Tutela No. 521/16, 2016*).

Esta sentencia con No. 521/16 que corresponde al año 2016, reconoce el avance en la línea jurisprudencial en Colombia sobre la protección del derecho de los trabajadores a fin de crear un ambiente de igualdad material entre trabajador y empleador en casos de discriminación con categorías sospechosas, pues hasta el año 2010, la misma Corte Constitucional de Colombia exigía que sea el accionante (trabajador) quien deba probar que existe un nexo causal entre el despido y la enfermedad o discapacidad padecida, es decir el estado de vulnerabilidad o debilidad, para que el trabajador pueda gozar de una garantía de estabilidad reforzada y puede aplicarse la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba. Sin embargo, con la sentencia 629/2015 la Corte Constitucional instauró la presunción del despido discriminatorio y, así, un cambio en la jurisprudencial, pues dice:

*Debe aclararse que si bien en un primer momento la jurisprudencia constitucional impuso como requisito para conceder el amparo a la estabilidad laboral reforzada la prueba de la conexidad entre el despido y la limitación del trabajador, con posterioridad la Corte desarrolló la inversión de esta carga, haciendo recaer sobre el empleador la necesidad de acreditar que el despido tuvo como causa razones distintas a la discriminación del empleado en razón de su debilidad manifiesta. (Sentencia de Tutela No. 521/16, 2016, pp. 19 y 20)*

Con la instauración de este nuevo precedente jurisprudencial, la justicia colombiana comprendió que si el empleador no ha desvirtuado que los motivos que dieron origen al despido de un trabajador en estado de debilidad se presumirán que ésta oculta motivos discriminatorios. Es decir la carga de la prueba recae sobre el empleador, y deberá demostrar con criterios objetivos y fundados la inexistencia de conductas discriminatorias.

En el tercer y último caso en mención, la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia de Tutela No. 305/20, conoció los siguientes hechos. Una trabajadora, Michel Aristizábal, ingresó a trabajar como vendedora en una tienda comercial de ropa con contrato verbal. Después de un mes de trabajo, su empleador le comunicó que será ingresada a la compañía formalmente por su alto rendimiento, para lo cual deberá realizarse exámenes físicos y de serología (prueba de embarazo). Después de haberse realizado estos exámenes, la trabajadora solicitó a la clínica el resultado de sus exámenes, ante lo cual, la clínica se negó e indicó que serían enviados directamente a su empleador. Después de realizarse dichos exámenes regresó a su lugar de trabajo, en donde, repentinamente, la secretaria de la tienda indicó a la trabajadora que debido a la escasez de las ventas debían prescindir de sus servicios y no podrán continuar con el proceso de vinculación. Días después, la trabajadora al acercarse a retirar su liquidación evidenció que alguien más se encontraba ocupando su antiguo cargo.

Dos semanas después, Michel Aristizábal se realizó exámenes médicos donde supo que se encontraba con seis semanas de embarazo. Motivo por el cual presentó su demanda de tutela, en las dos primeras instancias fue negada su acción, bajo la premisa de no haberse probado que su empleador supo que Michel Aristizábal se encontraba embarazada y que dicho motivo fue causa de su despido.

El proceso fue puesto en conocimiento de la Corte Constitucional de Colombia donde, finalmente, se resolvió declarar a favor de Michel Aristizábal la ineficacia del despido y concediendo el amparo de sus derechos fundamentales decretando garantía de estabilidad laboral reforzada, pues el motivo de su despido resultó ser un acto de discriminación por estar en estado de embarazo.

La Corte Constitucional de Colombia concluyó que colocar sobre la accionante, trabajadora, la carga de la prueba de un acto de discriminación resultaría en:

*Una imposición exorbitante que tendría como resultado la negación de la justicia en muchos casos, pues considera que las personas discriminadas se encuentran en una posición de debilidad frente a la otra y suelen ser sujetos de especial protección constitucional. Por lo que, es completamente ajustados a criterios de justicia material que se analicen estos casos con una inversión de la carga de la prueba, con el fin de garantizar el acceso efectivo a la justicia y la real realización de los elementos propios de un Estado Social de Derechos. (Sentencia de Tutela No. 305/20, 2020, pp. 12 y 13)*

En suma, la Corte Constitucional de Colombia concluyó, textualmente, que:

*En los eventos de presunta discriminación resultaría inequitativo y contrario al derecho de acceso a la justicia que la carga probatoria recayera exclusivamente sobre la persona que alega ser víctima de dicha discriminación, por cuanto es casi imposible probar*



*elementos intencionales por parte de quien realizó la acción presuntamente discriminatoria. (Sentencia de Tutela No. 305/20, 2020, p. 13)*

En este sentido, se puede observar como la Corte Constitucional exige que la parte empleadora aporte los elementos de prueba necesarios para acreditar que su actuar no fue motivado por propósitos discriminatorios con trabajadores que se encuentren en un especial estado de vulnerabilidad o debilidad, sino responde a criterios racionales, necesarios y objetivos, aplicando así de manera conjunta y simultánea la garantía de la estabilidad reforzada y, a su vez, la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, incluso siendo esta garantía de aquella, pues resulta necesario para una efectiva tutela de los derechos constitucionales del trabajo.

Por otra parte, la justicia ordinaria en Colombia, representada por la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Casación Laboral, mediante sentencia No. STL1940-2020 de fecha 18 de febrero de 2020, determinó que la aplicación de la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba tiene efectiva aplicación con asuntos de índole laboral, cuando se presente dificultad probatoria, mencionado que entra la regla del *Onus Probandi* y la Carga Dinámica de la Prueba no son reglas contrapuestas, sino complementarias, pues en virtud del artículo 167 del Código General del Proceso, en el ámbito laboral, dice que la carga de la prueba no puede aplicarse de manera automática, sino el juzgador debe analizar y valorar las condiciones del caso en concreto, tanto en cuanto a los hechos como a las partes procesales, para determinar su proximidad a los medios de prueba y así reasignar las cargas de la prueba probando quien se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de presentar o acreditar los hechos, deberá aportar las pruebas (*Sentencia STL1940-2020, 2020*).

Entonces, con el análisis de esta legislación comparada, que es Colombia, se puede observar y concluir que la coexistencia de la regla del *Onus Probandi*, como principio clásico de la prueba, y la regla de la Carga Dinámica de la Prueba, como una teoría contemporánea de

un Estado Social de Derechos, entre ellas, no siendo contradictorias o contrapuestas, sino por el contrario, ésta aparece para complementar y perfeccionar la reglas de la carga de la prueba, pues actualmente existen problemas que trascienden la vulneración o transgresión de normas legales para vulnerar o violentar derechos fundamentales como: vida digna, salud, igualdad y no discriminación, trabajado digno, entre otros derechos que aparecieron con la constitucionalización de los derechos del trabajo.

Así, en el Ecuador, a pesar de que el legislador tuvo la oportunidad de reformar el artículo 169 del Código Orgánico General de Proceso para insertar la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, no lo hizo, pues, al parecer, no vio la necesidad de superar las deficiencias probatorias que afectan a quienes acceden al sistema de justicia, viéndose limitados en la defensa de sus derechos al contar con una carga que, según la gravedad del caso, es desproporcional e injusta, pues la actual regla del *Onus Probandi*, siendo una norma forjada en el liberalismo clásico, abstrae al ser humano de su realidad y presume una igualdad formal, que debería ser superada, pues lo correcto sería que el legislador reconozca las desigualdades sociales, técnicas, económicas y políticas que pueden existir y superarlas, más no ocultarlas en un principio de igualdad formal que solo causa perjuicios al sistema judicial, como puede ser en el caso del derecho laboral.

## **Tercer capítulo: Lineamientos jurídicos para la inversión de la carga de la prueba en el despido intempestivo de trabajadores en situación de vulnerabilidad.**

### **3.1. Los perjuicios procesales por la falta de aplicación de la inversión de la prueba de despido intempestivo en el derecho laboral ecuatoriano.**

En este subcapítulo se examinarán los perjuicios procesales que ocasiona la aplicación del *Onus Probandi* como única regla de la carga de la prueba en el despido por discriminación de trabajadores en estado de vulnerabilidad y, a su vez, la discriminación por resultado que ocasiona la aplicación de diferentes reglas para la prueba en la justicia constitucional y en la justicia ordinaria cuando se trata de probar un mismo hecho como lo es la discriminación.

Después de haber analizado en el primer capítulo la indebida permanencia del paradigma civilista en la prueba para el derecho laboral a través de la regla de *Onus Probandi*, fundada en una ideología privatista y liberal, contraria a la ideología proteccionista y progresista del derecho laboral y, también, después de haber analizado en el segundo capítulo la adaptación de la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba como complemento a la regla del *Onus Probandi*, con el afán de precautelar y garantizar un efectivo y real derecho a la igualdad de oportunidades y de acceso a la prueba en una contienda judicial laboral; es momento de analizar los perjuicios procesales y la vulneración de derechos a la tutela judicial efectiva que causa la falta de aplicación de la regla de la Movilidad de la Carga de la Prueba como garantía del debido proceso en la figura del despido por discriminación de personas en estado de vulnerabilidad.

Así, en el contexto de la legislación laboral ecuatoriana, la autora Elisa Lanas (2010) analiza las dificultades y la inequitativa distribución de las cargas probatorias que debe soportar

un trabajador, siendo la parte débil de la relación laboral, al tener la obligación de probar un despido por discriminación a través de la regla del *Onus Probandi*, siendo rígida y estática, y sobre todo no apegándose a los principios que animan el derecho laboral. Dice que, generalmente, es el empleador quien cuenta con el dominio y posesión de las pruebas y resalta la alta complejidad que resulta probar la discriminación, siendo un acto que usualmente queda oculto, en las sombras o en la impunidad. En este sentido, la autora encuentra una justificación a esta deficiencia probatoria del despido por discriminación, indica que:

*Pese a las sustanciales modificaciones establecidas al proceso laboral [ecuatoriano], quizá el elemento que menos ha sufrido variación tiene que ver con la carga de la prueba que, (...), con algunas alteraciones, sigue las reglas contenidas en los arts. 113 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (CPC); esto es –sucintamente– que quien alega debe probar sus afirmaciones. (p. 77)*

Es decir, las regulaciones del derecho laboral han cambiado en varios aspectos, dejando atrás un cambio para las reglas que regulan la prueba. A pesar de que, el Código Orgánico General de Procesos que derogó al Código de Procedimiento Civil, en 2015, mantuvo el principio del *Onus Probandi* como regla única y general para la prueba en los procesos laborales, con la excepción que ya se ha mencionado del Acoso Laboral. Si bien el Código Orgánico General de Procesos trajo consigo algunos cambios importantes sobre las normas jurídicas que regulan la prueba, el cambio que se requería, y se sigue necesitando, no tuvo lugar en esta codificación de las leyes procesales en 2015. Es decir, la prueba en el derecho laboral aún mantiene la ideología clásica y liberal del *Onus Probandi* que, como se indicó, garantiza un principio de igualdad formal construido bajo una ficción jurídica. Sin embargo, lo que pretende es un cambio para adoptar o adaptar herramientas jurídicas que permitan garantizar una justicia donde las cargas y ventajas procesales se distribuyan equitativamente entre las

partes procesales en razón de un principio de justicia social e igualdad material, con el propósito de garantizar una igualdad de armas, acceso a la prueba y de oportunidades en una contienda judicial entre empleador y trabajador.

Lamentablemente, la regla del *Onus Probandi* ha estado presente en la legislación procesal laboral desde sus inicios hasta la presente fecha sin ningún cambio en el fondo. El principio de supletoriedad contemplado en el artículo 7 del Código de Trabajo permite la aplicación del *Onus Probandi* en la legislación laboral. Sin embargo, a pesar de ser dos ramas jurídicas diferentes, el derecho laboral y el derecho civil, al menos durante las tres últimas grandes reformas que ha sufrido la ley procesal en el Ecuador, la regla de la carga de la prueba ha estado reinada por la regla del *Onus Probandi* en el derecho laboral, como se observará a continuación.

El Código de Procedimiento Civil de 1987, en su artículo 117, decía: “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo”(Código de Procedimiento Civil, 1987).

El Código de Procedimiento Civil vigente desde 2004 hasta 2015, en su artículo 113, decía: “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo” (Código de Procedimiento Civil, 2005).

Actualmente, el Código Orgánico General de Procesos, vigente desde el 2015, en su artículo 169, dice: “Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, p. 48).

Queda evidenciado entonces que, la regla del *Onus Probandi* ha persistido de manera privilegiada como regla de la carga de la prueba en el sistema de justicia ordinario en el derecho laboral, su permanencia es el reflejo de una injustificada resistencia de adaptar y adoptar otras

teorías modernas que permitan una distribución equitativa, proporcional y racional al acceso y dominio de la prueba por parte de quienes se encuentran en una posición desaventajada o poco privilegiada ante ésta. Así como se observó en el sistema procesal colombiano, puede existir diferencias técnicas, sociales o económicas que impidan el acceso igualitario a la prueba y coloque a una parte en mejor posición que la otra para la adquisición y uso de la prueba, para lo cual, en Colombia, corrigiendo estas desigualdades se ha otorgado al juez la potestad de distribuir las cargas de la prueba a fin de garantizar una verdadera justicia mediante el esclarecimiento de los hechos y alcanzar una verdad de los hechos.

En este trabajo no se pretende menoscabar ni desconocer la utilidad práctica de la regla del *Onus Probandi* ni tampoco reconocerla como una regla obsoleta o innecesaria para la contienda judicial en materia laboral, sino por el contrario, lo que se busca es demostrar la necesidad de complementarla y perfeccionarla con la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba. Es decir mantener un sistema dual para la institución de la carga de la prueba en la contienda judicial en el derecho laboral. No se puede seguir pensando que la regla del *Onus Probandi* será la respuesta para todos los diferentes supuestos que puedan presentarse para las reglas de la prueba. Para comprender de mejor manera esta necesidad, se debe entender que, no todas las relaciones se configuran de manera simétrica, tal como sucede en una relación laboral que está guiada por una relación de subordinación y dependencia, la cual *prima facie* implica un desequilibrio de oportunidades y ventajas para el trabajador. Este desequilibrio también se traslada al escenario de una contienda judicial, el cual, como se indicó, se agudiza cuando existen ciertas condiciones que provocan o generan un estado de vulnerabilidad o debilidad para el trabajador, como lo es la trabajador con discapacidad o en calidad de sustituto, mujer embarazada o en periodo de lactancia, persona con enfermedad catastrófica, etc., por tal motivo, el derecho laboral procesal debe intervenir para equilibrar y restituir estas desventajas

para cesar o evitar actuaciones que vulneren derechos fundamentales y queden en la impunidad como la discriminación.

La constitucionalización del derecho al trabajo como un derecho fundamental permitió la aparición de la figura del despido discriminatorio o despido por discriminación, el cual tiene por objeto evitar que la ruptura de la relación laboral se produzca con violación del derecho a la igualdad y no discriminación. Esta figura fue introducida en la legislación ecuatoriana con la publicación de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada en el Registro Oficial Tercer Suplemento No. 438 en fecha 20 de abril de 2015, la cual garantiza que, si el empleador despide intempestiva o injustificadamente al trabajador, y este ocurre con motivos de discriminación, el empleador deberá indemnizar al trabajador con el equivalente a un año de la remuneración que ha venido percibiendo.

El artículo 195.3 párrafo cuarto del Código de Trabajo dice:

*En cualquier caso de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro. (Código del Trabajo, 2005, p. 60)*

Como se puede observar, cuando el legislador incluyó esta figura del despido por discriminación, reconoció el deber del Estado de proteger el derecho a la igualdad y no discriminación del trabajador como un derecho fundamental no patrimonial o un derecho intangible, pero olvido de dotar al derecho laboral de las acciones o herramientas necesarias para garantizar una correcta utilidad y eficiencia a dicha figura. En otras palabras, el legislador ecuatoriano no recordó que probar un acto o hecho como lo es la discriminación implica una

carga procesal desproporcional e injusta para el trabajador que por su dificultad o falta de apoyo con la prueba puede volverse una figura obsoleta o de poca aplicación.

A pesar de que el legislador ecuatoriano olvidó dotar de las herramientas adecuadas para probar la discriminación al momento del despido, no lo hizo cuando publicó la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad, publicada en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 52 en fecha 2009, pues reconoció e introdujo la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba a través de la inversión de la carga de la prueba como una herramienta necesaria para probar un hecho de tal complejidad como lo es la discriminación.

La aplicación de la teoría de la Movilidad la Carga de la Prueba con la inversión de la carga de la prueba contemplada en el artículo 16 en el párrafo cuarto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional como regla sobre la carga de la prueba causa una discriminación por resultado contra la figura del despido por discriminación en la justicia ordinaria. Este artículo en su parte pertinente dice:

*Art. 16.- Pruebas. – La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba. (...). En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)*

Como se puede observar, la regla de la carga de la prueba en la justicia constitucional contempla un sistema dual o mixto que permite aplicar tanto la regla del *Onus Probandi* como la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, tal como lo indica dicho artículo. En este sentido, resulta injustificado que el legislador ecuatoriano reconozca la dificultad de probar una



actuación como la discriminación y, en tal sentido, contempla la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba a través de la inversión de la carga de la prueba, obligando a que la parte accionada a que sea quien pruebe que no existió discriminación. Mientras que, en la justicia ordinaria, el trabajador o accionante está obligado a probar la discriminación bajo la regla del *Onus Probandi*, es decir, sin importar las dificultades e imposibilidad de acceder de medios de prueba para demostrar la discriminación, está obligado a probar por medio de esta regla clásica, rígida y estática fundada en el principio de igualdad formal.

En tal sentido, en la legislación ecuatoriana, si bien la justicia constitucional y la justicia ordinaria, cada una están regulada por diferentes cuerpos normativos con sus respectivos principios e instituciones, no es correcto que un mismo hecho o acto como lo es la discriminación deba estar regulado por diferentes reglas para la carga de la prueba. Parece ser que la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba está exclusivamente reservada para la justicia constitucional.

En este escenario, el trabajador que acuda a la justicia constitucional tendrá una amplia ventaja sobre su empleador para probar la discriminación, no así en la justicia ordinaria en la que está obligado a emplear el máximo de sus esfuerzos para demostrarla, pues se debe comprender que la discriminación es un hecho que generalmente ocurre en la oscuridad y no deja rastro ni huella. Sin embargo, si el trabajador acude a la justicia constitucional pretendiendo buscar la declaratoria de despido por discriminación y el pago de las indemnizaciones establecidas en el Código de Trabajo, su acción, lamentablemente, será rechazada pues sus pretensiones son de orden legal y no constitucional. En tal sentido, el trabajador verá frustrado su intento de alcanzar las indemnizaciones que garantiza el artículo 195.3 del Código de Trabajo, pues, deberá limitarse a acudir a la justicia ordinaria para obtenerlas con la regla del *Onus Probandi*.

En este análisis sobre el diferente resultado que tiene el sistema jurídico ecuatoriano para probar la discriminación en la justicia ordinaria y la justicia constitucional, Castillo Aguirre (2021) indica que:

*La discriminación indirecta o por resultado se evidencia cuando una norma o política pública aparenta neutralidad, pero el resultado de su aplicación causa discriminación contra una persona o grupo de personas; en otras palabras, “cuando su vigencia o aplicación provoca un impacto diferenciado, generando distinciones, restricciones o exclusiones no previstas de forma directa por la ley, política pública o programa, en virtud de las diversas posiciones que las personas ocupan en el orden social”. (p. 71)*

En este punto del análisis sobre la discriminación por resultado que sufre la prueba en el derecho laboral, cabe precisar que la figura del despido por discriminación aparenta una neutralidad aplicando la regla general del *Onus Probandi* para la prueba de la discriminación, pero al existir una distinción sin fundamento ni justificación alguna con la prueba de la discriminación en la justicia constitucional, se denota que en la justicia ordinaria tiene un impacto diferenciado y con efecto desigual para el trabajador que pretenda hacer uso de la figura del despido por discriminación.

Esta situación es muy similar a la que ocurrió en la sentencia No. 36-19-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador que resolvió declarar la inconstitucionalidad de una norma y sustituirla por una sentencia aditiva para cesar el derecho a la igualdad y no discriminación entre normas en el derecho laboral que tenían un resultado diferente para una misma situación. En este sentido, la Corte en esta sentencia<sup>1</sup> analizó si está distinción entre las normas jurídicas

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 36-19-IN/21 de fecha 22 de septiembre de 2021, párrafo No. 28, dice: “(...) respecto al fin justificado, este implica que la medida adoptada tenga como horizonte el cumplimiento de un objetivo o meta prevista en la Constitución o que busque proteger derechos

análogas o comparables con resultados distintos persiguen entre un criterio objetivo o constitucionalmente válido para permitir esta distinción. Para este estudio, se debería analizar si la regla de la prueba para un mismo hecho que es la discriminación en la justicia ordinaria y en la justicia constitucional debe ser tratada de manera diferente con dos reglas distintas.

Analizando esta distinción entre normas que regulan la prueba sobre la discriminación entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria no se encuentra ningún fin constitucional válido o criterio objetivo que permita esta distinción, tampoco existe algún fundamento racional que permita esta distinción de resultados, se busca probar un mismo hecho como la discriminación. Por el contrario, vulnera el principio de igualdad al permitir que en la justicia ordinaria la práctica de prueba genere o mantenga una situación desfavorable para el trabajador al verse en la dificultad de probar un hecho que generalmente no deja huella ni rastro y podría quedar en la impunidad. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico, lo que ha hecho a través de los pronunciamientos de sus altos tribunales, como lo es la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional del Ecuador, aplicar la teoría la Movilidad de la Carga de la Prueba a través de la inversión de la prueba cuando un trabajador en estado de vulnerabilidad debe probar la discriminación, obligando a que sea el empleador quien deba descartarla como motivo de un despido.

Para la autora Elisa Lanas (2010) en el Ecuador existe la ausencia de un procedimiento especial para el despido por discriminación que debería contemplar, o, el Código de Trabajo, o el Código Orgánico General de Procesos, -en la fecha que se publicó su estudio estaba vigente el Código de Procedimiento Civil - a fin de regular de manera puntual y concreta estos

---

constitucionales<sup>12</sup>. En el caso concreto, esta Corte no encuentra una razón objetiva ni una justificación constitucional para establecer una diferenciación en el periodo de duración del beneficio en cuestión entre las servidoras públicas y las trabajadoras bajo el Código de Trabajo”

conflictos sociales inherentes al trabajo, ya que los derechos intangibles del trabajador también deben ser protegidos, como la salud, dignidad, igualdad, no discriminación, ambiente sano de trabajo y otros reconocidos en la Constitución de la República, con herramientas jurídicas adecuadas.

Este estudio considera que, no es correcto que el legislador haya asumido que para proteger el derecho a la igualdad y no discriminación, como derechos fundamentales no patrimoniales o derecho intangibles, se deba aplicar herramientas que no garanticen una efectiva tutela a la acción del despido por discriminación. Pues, de que le sirve al trabajador que el ordenamiento jurídico le reconozca una indemnización tan alta como lo hace el despido por discriminación con 12 remuneraciones, si al trabajador le es imposible enmarcarse en dicha figura en razón de la permanencia indebida de la regla del *Onus Probandi* en la prueba del proceso laboral.

Lastimosamente, el legislador ecuatoriano siempre se preocupa de la norma sustantiva, creando garantías especiales reforzadas de estabilidad laboral e imponiendo indemnizaciones altas, pero olvida que sin el apoyo de la norma procesal, es decir de la prueba, estas garantías se convierten en simples declaraciones que no gozan de una efectiva tutela o protección. En este escenario, para Julio César Trujillo (2008) el derecho procesal laboral ecuatoriano no cuenta con esa autonomía y dependencia que debería del derecho procesal civil, y de la que sí goza el derecho sustantivo laboral.

Como se puede apreciar del análisis expuesto, la prueba en el derecho laboral está supeditada a las reglas de la prueba civil, causando un perjuicio procesal al trabajador, a su vez, impidiéndole que este goce de una igualdad de oportunidades y acceso a la prueba, o como también se conoce, de igualdad de armas, ocasionando una distribución inequitativa de las cargas y ventajas procesales entre empleador y trabajador en una contienda judicial, más aún

cuando las particularidades de un caso judicial trae consigo a un trabajador en estado de vulnerabilidad que es víctima de discriminación al enmarcarse en al menos una de las categorías sospechosa establecidas en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

En este contexto, varios trabajadores que se ubican en al menos una de las categorías sospechosas y que concurren a la justicia ordinaria han visto su garantía a la Estabilidad Laboral Reforzada afectada, lo que ha obligado que deban acudir a la figura de la Acción de Protección para tutelar y garantizar su derecho constitucional al trabajo, a la igualdad y no discriminación, con el propósito de obtener la declaratoria de dicha garantía y, a su vez, la aplicación de la Movilidad de la Carga de la Prueba. Inclusive, la Corte Constitucional del Ecuador a través de la sentencia No. 3-19-JP-20 y acumulados, en el párrafo 202<sup>2</sup>, reconoció que ante la existencia de grupos vulnerables como mujeres embarazadas, en periodo de lactancia o maternidad, la vía adecuada e idónea para tutelar sus derechos constitucionales es la Acción de Protección por su inmediatez y celeridad.

La Acción de Protección está diseñada para tutelar y garantizar el ejercicio de derechos fundamentales, sin embargo, ante la ausencia de un procedimiento especial y concreto en el

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados de fecha 05 de agosto de 2020, párrafo No. 202, dice: “Hay dos situaciones que merecen ser valoradas para determinar el mecanismo procesal adecuado y eficaz. El primero tiene que ver con los derechos que están en litigio. Si el caso se refiere a servidoras o servidores públicos por violación de sus derechos laborales, en general, la vía adecuada y eficaz es la contenciosa administrativa. Si el caso se refiere a mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, estamos ante múltiples derechos (autodeterminación reproductiva, intimidad, salud, lactancia, no discriminación y derecho al cuidado) que no fueron considerados para diseñar la vía contenciosa administrativa. La vía adecuada, entonces, para proteger los derechos de la mujer embarazada y en periodo de lactancia es la acción de protección.” (El énfasis me corresponde).

derecho laboral en la justicia ordinaria para tutelar y proteger derechos fundamentales no patrimoniales como la no discriminación, igualdad, dignidad y otros, inherentes al derecho al trabajo, ha sido utilizada como un medio eficiente y adecuado para cesar o reparar actos de discriminación perpetrados o cometidos por el empleador contra el trabajador. Sin duda varios trabajadores han planteado demandas de Acción de Protección contra sus empleadores cuando han sido despedidos intempestivamente por discriminación, encontrando en esta vía un mecanismo adecuado para garantizar sus derechos fundamentales, y alivianar la carga procesal de la prueba, pues en estos casos le corresponde al empleador probar que no cometió un acto de discriminación al despedirlo.

Sin embargo para los trabajadores regulados por el Código de Trabajo, que la norma prevé el pago de indemnizaciones, siendo derechos patrimoniales de índole estrictamente legal, la Corte Constitucional del Ecuador a través de la sentencia No. 375-17-SEP-CC en el Caso No. 0525-13-EP<sup>3</sup> ha sabido manifestar claramente que estos derechos deberán ser reclamados en la vía ordinaria, sin perjuicio de que la Corte Constitucional deba dar trámite al recurso si lo que se pretende es la reparación de derechos constitucionales, pero no conseguirá el pago de las indemnizaciones que otorga el Código de Trabajo.

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 375-17-SEP-CC en el Caso No. 0526-13-EP de fecha 22 de noviembre de 2017, que dice: “En consideración a lo señalado, se evidencia que el análisis realizado por los jueces determinó la existencia de vías adecuadas, idóneas y eficaces que son parte de la justicia ordinaria como impedimento para aceptar la acción de protección. Sin embargo, en este análisis se omitió señalar la naturaleza jurídica y el alcance de los derechos constitucionales alegados a la salud y a la vida digna, lo que haría posible identificar el estado de vulnerabilidad que atraviesa el legitimado activo; demostrándose de este modo que para los jueces de la Sala bastó el criterio de la existencia de otras vías de reclamo en la justicia ordinaria, para concluir que se trata de temas de legalidad”. (El énfasis me pertenece).

Entonces, lo correcto y adecuado para una completa y correcta tutela de la acción de despido por discriminación para trabajadores en estado de vulnerabilidad implica la coexistencia del *Onus Probandi* y la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba como un sistema dual para las reglas de la carga de la prueba, donde el empleador deba ser la parte procesal que deba descartar la discriminación en caso de ser demandado por un trabajador quien haya alegado ser despedido siendo parte de un grupo vulnerable, así el ordenamiento jurídico ecuatoriano entraría en sinergia y sintonía entre las reglas de la prueba para demostrar la discriminación entre la justicia ordinaria y constitucional, pues regularía la carga de la prueba de la discriminación bajo los mismos parámetros y reglas. Con esto no se pretende eliminar y abandonar la regla del *Onus Probandi*, sino, por el contrario se busca completar y perfeccionarla a fin de que la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba cobre vida y utilidad cuando el trabajador se encuentra ante una carga procesal desproporcional al tener que probar un hecho de difícil e inclusive imposible demostración como lo es la discriminación. Así, la figura del despido por discriminación para los grupos o personas en estado de vulnerabilidad tendría plena eficacia y utilidad y estarían dotados de las herramientas procesales necesarias y adecuadas para la plena garantía y tutela de sus derechos inmateriales. Caso contrario, se está dejando desprotegido o desamparado un problema social como lo es la discriminación de grupos vulnerables y así la figura del despido por discriminación no sería una garantía sino una simple declaración contemplada en el Código de Trabajo.

### **3.2.La fundamentación y motivación jurídica de la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia del Ecuador para la aplicación de la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba para trabajadores en situación de vulnerabilidad.**

A continuación, se expondrá y analizará la fundamentación y motivación que fue utilizada por la Corte Constitucional del Ecuador y la Corte Nacional de Justicia en sentencias donde se aplicó la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba a través de la inversión de la carga de la prueba cuando, de los supuestos fácticos del caso, el trabajador alega haber sido despedido por discriminación siendo trabajador en estado de vulnerabilidad o debilidad inmerso en al menos una de las categorías sospechosas del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, demostrando que la teoría del *Onus Probandi* se vuelve una herramienta insuficiente para justificar la vulneración de derechos constitucionales como lo es la igualdad y no discriminación al momento de ser despedido.

En el Ecuador, como se ha dicho, el derecho laboral adjetivo aún no marcha al mismo paso que el derecho laboral sustantivo, este último, porque el órgano legislativo, ha adoptado varias figuras e instituciones que tutelan el derecho laboral en su visión constitucional como un derecho fundamental ofreciendo al trabajador derechos y garantías que en realidad resultan ser simples declaraciones que con dificultad se materializan ante las cortes de justicia. El sistema de justicia ecuatoriano no puede permitir que el Estado por intermedio de su órgano legislativo otorgue derechos y garantías sin las debidas herramientas para garantizar una adecuada y eficiente materialización de derechos. Estas imperfecciones de las que se habla ocurren con las reglas de la carga de la prueba de la discriminación de trabajadores en estado de vulnerabilidad que alegan ser despedidos por discriminación, han tenido que ser corregidas por los órganos de justicia a través de los pronunciamientos de altos magistrados con sentencias con efectos *erga omnes* o *inter comunis*. En el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional del Ecuador y la Corte Nacional de Justicia en sus sentencias han adoptado la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba empleando la inversión de la prueba como una herramienta eficaz y eficiente para defender y tutelar el derecho a la estabilidad laboral de trabajadores que se



encuentran en estado de vulnerabilidad que, *per se*, pueden llegar a ser sujetos de discriminación vulnerando derechos como la igualdad, no discriminación, trabajo digno vida digna y otros adyacentes a estos.

Hasta este momento este trabajo ha tratado de explicar que no es correcto utilizar la misma reglas de la prueba para tutelar y garantizar derechos constitucionales y derechos patrimoniales del derecho laboral, cada uno tiene sus peculiaridades que los distinguen, entonces, se busca sostener que no es correcto utilizar la teoría del *Onus Probandi*, con una visión privatista y liberal, para tutelar los derechos constitucionales de un trabajador como la igualdad y la no discriminación, por el contrario, se debe utilizar otras herramientas que permitan una mayor efectividad y goce de dichos derechos constitucionales, pues la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba ha sido vista como la herramienta eficiente por la Corte Constitucional del Ecuador.

En este sentido, es preciso tener presente que la constitucionalización del derecho laboral colocó al Estado en la obligación jurídica de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales como la igualdad y no discriminación en las relaciones laborales (Obando Garrido, 2016, p. 17), sin embargo, en el Ecuador, el ordenamiento jurídico no cuenta con las herramientas necesarias para garantizar una realización de la justicia para aquellos trabajadores en estado de vulnerabilidad que han sido despedidos por discriminación, pues según el principio del *Onus Probandi*, a pesar de su condición de vulnerabilidad, se encuentran en la obligación de probar fehacientemente que el despido se produjo con discriminación. Lo cual implica un desequilibrio de cargas que perjudica al trabajador, tomando en consideración que entre el trabajador y empleador, *per se*, ya existe una relación asimétrica debido a la posición de subordinación y dependencia del primero sobre aquel, pues el empleador tiene una marcada ventaja sobre el dominio y posesión de la prueba, la cual se agudiza cuando el trabajador debe

demostrar un hecho o acto tan complejo como la discriminación. Por tal razón, este estudio pretende hacer extensiva la siguiente reflexión a la comunidad jurídica: es imperativo comprender que la regla del *Onus Probandi*, como regula sobre la carga de la prueba, coloca en una situación de indefensión y causa una carga asimétrica en contra del trabajador al obligarlo a probar la discriminación como causa del despido intempestivo, tratándose de un trabajador en un estado de vulnerabilidad inmerso en al menos una de las categorías sospechosas como la discapacidad, mujer embarazada o en estado de gestación o con una enfermedad catastrófica, entre otros.

Para revisar como las altas cortes del Ecuador han resuelto esta situación, primero se analizarán las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador y, luego, las de la Corte Nacional del Ecuador, donde se haya declarado el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada y, con ella, como garantía del debido proceso, la aplicación de la Movilidad de la Carga de la Prueba a través de la inversión de la prueba con el propósito de alivianar esta carga para el trabajador que, como se insiste, por su condición de vulnerabilidad histórica ha sido discriminado y, en ese orden de ideas, la obligación impuesta al empleador de descartar la discriminación como causa de la terminación de la relación laboral.

El primer pronunciamiento que será analizado ha servido de fundamento para los demás casos que serán analizados, se trata de la sentencia No. 080-13-SEP-CC en el Caso No. 0445-11-EP de fecha 09 de octubre de 2013 la Corte Constitucional del Ecuador que marcó un precedente jurisprudencial de alta importancia para la prueba en el derecho laboral, reconociendo que la defensa de los derechos fundamentales no patrimoniales del trabajador como la igualdad y no discriminación no puede ser tuteladas a través de la regla clásica del *Onus Probandi*, como si estos fueran derechos de carácter patrimonial, por lo que, fue indispensable que dicha regla fuese completada y perfeccionada a través de las teorías

modernas sobre la carga de la prueba, logrando una distribución equitativa de las cargas probatorias entre empleador y trabajador. Esta sentencia reconoció la necesidad de implementar la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba a través de la inversión de la prueba ante la existencia fáctica de inequidades no solo a nivel procesal sino también en la realidad de los hechos que se discuten en la contienda judicial. Si bien es cierto que siempre existirán diferencias entre las partes de una relación jurídica, éstas pueden agudizarse y profundizarse cuando existen factores externos que pueden generar un cierto estado de debilidad o vulnerabilidad de una parte contra la otra, como la subordinación del trabajador hacia el empleador, lo cual ha allanado el camino para que este último tenga el dominio y posesión de los medios probatorios de la relación que mantienen y en general de las obligaciones de la misma. Estas diferencias pueden agudizarse cuando el trabajador es una persona en estado de vulnerabilidad y el riesgo de ser discriminado es inminente por ser discapacitado, mujer embarazada o en periodo de maternidad o persona con enfermedades catastróficas. En este sentido, para José Obando (2016), bajo la ideología de un Estado Social de Derechos y Justicia, y los principios de progresividad y protección en materia laboral, la justicia tiene la obligación de suprimir o reducir estas desigualdades a fin de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de igualdad, no discriminación y trabajo digno (pp. 26-27).

Cabe precisar que esta sentencia No. 080-13-SEP-CC en el Caso No. 0445-11-EP fue emitida cuando aún no existía la figura del despido con discriminación en el Código de Trabajo, como una garantía de los derechos no patrimoniales del trabajador. Esta figura fue introducida posteriormente a través de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar publicada en el Registro Oficial Tercer Suplemento No. 438 en fecha 20 de abril de 2015. Tanto más, que la jurisprudencia constitucional ya había establecido ciertos

lineamientos sobre la carga de la prueba cuando existía una vulneración a los derechos constitucionales como la discriminación y no igualdad. A pesar de ello, el legislador omitió estos y prefirió dejar que la regla del *Onus Probandi* siga siendo la regla de la carga de la prueba como herramienta de defensa de un derecho intangible de orden constitucional como la no discriminación. La omisión de esta garantía del derecho al debido proceso constituye una falta grave del Estado al no garantizar adecuadamente la eficacia de derecho a la no discriminación de trabajadores en estado de vulnerabilidad como un derecho al trabajo.

Se puede decir que la Corte Constitucional del Ecuador tuvo su primer acercamiento con la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba a través de la sentencia No. 080-13-SEP-CC en el Caso No.0445-11-EP, en la cual, conoció el caso de un trabajador diagnosticado con VIH, hecho conocido por su empleador, que fue despedido intempestivamente mientras padecía esta enfermedad, quebrantando el empleador el principio de estabilidad laboral reforzada de la cual goza el trabajador.

Esta sentencia comienza por exponer los problemas históricos y sociales sobre la discriminación en el empleo de las personas con enfermedades como el VIH/SIDA y, a su vez, los diferentes perjuicios que ocasiona esta situación y como los trabajadores se ven imposibilitados de ser parte del mercado laboral y contar con una adecuada (re)inserción en los espacios laborales, por lo que, citando a la Organización Internacional de Trabajo, dice:

*La discriminación en el empleo puede observarse en contextos muy diferentes - desde los altos edificios de oficinas hasta las aldeas rurales - y revestir formas muy variadas. Puede afectar a hombres o mujeres por motivo de sexo, o porque su raza o color de piel, extracción nacional u origen social, religión, u opiniones políticas difieren de las de los demás. Con frecuencia, los países deciden prohibir las distinciones o exclusiones e impedir la discriminación por otros motivos como la discapacidad, el VIH/SIDA o la*

*edad. La discriminación en el empleo resta oportunidades a las personas y priva a la sociedad de lo que esas personas pueden y deberían aportar. (Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 2013)*

Como se puede observar, la Corte Constitucional del Ecuador tomando las palabras de la OIT fundamentó la necesidad de garantizar una protección prioritaria y especial a este tipo de trabajadores, omisión que cometieron las cortes de instancia demostrando que no investigaron e indagaron sobre los factores de vulnerabilidad (enfermedad de VIH/SIDA) que afectaban al trabajador al momento de que su empleador lo despidió, terminando el contrato de trabajo con un trabajador que padecía una enfermedad catastrófica y, que su enfermedad le afectaba diferentes esferas de su vida, incluso, mermaba sus capacidades físicas y psicológicas para desempeñar su trabajo, en este contexto el trabajador contaba con la garantía de estabilidad absoluta por mandato de ley, sin embargo, el empleador no observó ni respecto esta garantía. Lo emblemático de este caso fue la aplicación de la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba a través de la inversión de la prueba en contra del empleador, como una garantía del debido proceso, debido a que el trabajador se encontraba inmerso en al menos una de las categorías sospechosas del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, siendo personas con altas probabilidades de sufrir tratos diferenciados que ocultan o maquillan actos de discriminación, por lo que, si el trabajador es despedido, el empleador tenía la obligación de justificar de manera objetiva, clara y fehaciente que el quebrantamiento del principio de estabilidad laboral no oculta ningún trato o actuación discriminatoria. Estableciendo que no sería suficiente que el empleador utilice argumentos sencillos ni comunes sin una prueba objetiva, como que la decisión se debe a una reestructuración comercial, administrativa o similares, pues al tratarse de una persona en estado de vulneración que, usualmente, son muy propensas a sufrir tratos o actos discriminatorios y, a su vez, bajo la premisa de que la prueba

de la discriminación es sumamente compleja, casi imposible, se presume *prima facie* que el despido ocurrió con motivos de discriminación, salvo que el empleador demuestre lo contrario.

La sentencia también analiza los tipos de discriminación, directa e indirecta; esta última es utilizada con mayor frecuencia y su prueba es más compleja por el ropaje o apariencia de buen derecho que trae consigo, sin embargo, al estar fundada en criterios de irracionalidad y desproporcionalidad, en el fondo resulta ser un trato discriminatorio que perpetua la inferioridad, desventaja, desprotección y exclusión de grupos vulnerables.

Es primordial no confundir la discriminación con la distinción, la primera coloca en una desventaja que anula o limita el ejercicio de los derechos de manera injustificada e irracional, mientras que, la segunda busca garantizar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad (*Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia*, 2020, párr. 243). Es por eso que, la Constitución de la República prohíbe todo tipo de discriminación con el objetivo de “romper las desigualdades históricas, entendiendo que la desigualdad es una construcción social y no natural” (*Sentencia No. 292-16-SEP-CC*, 2016, p. 23).

Continuando con el análisis de la sentencia, la Corte Constitucional del Ecuador, también analiza los problemas sociales que enfrentan las personas con VIH/SIDA en la esfera laboral, dice que:

*Una de las discriminaciones más frecuentes se presenta en el ámbito laboral por cuanto la noticia de que una persona es portadora de VIH o enferma de SIDA en un medio de trabajo, implica en la mayoría de los casos, que esa persona sea despedida o se vea acosada, de suerte que la personas se halla en el desamparo y vulnerable frente a este tipo de actitudes. (Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 2013)*

Un tema de suma importancia para comprender el alcance de este precedente constitucional creado es comprender cuando se está ante las categorías sospechosas y su uso como un acto de discriminación y de diferenciación, la misma sentencia explica lo siguiente:

[Las] *categorías utilizadas para realizar tratos “diferentes” respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociados a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas general mente marginados, y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República. (Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 2013)*

Ante esta realidad del entorno social y laboral acerca de los tratos discriminatorios que sufre un trabajador con VIH/SIDA, la Corte Constitucional del Ecuador determina que un trabajador en estado de vulnerabilidad, es decir, mujer embarazada o en estado de gestación, trabajador discapacitado o, como en este caso en concreto, un trabajador con una enfermedad catastrófica como el VIH/SIDA, que sea despedido, generalmente los motivos de su despido están fundados en una actuación discriminatoria, *prima facie*, se presume la inconstitucionalidad de dicha actuación o trato, a menos que el empleador demuestre lo contrario mediante razones válidas y suficientes a través de una correcta carga argumentativa y probatoria. Es decir, el empleador deberá demostrar que el despido de un trabajador en estado de vulnerabilidad no tuvo por motivos su condición o estado de salud. Esta garantía se impone con el propósito de romper desigualdades históricas y sociales, entendiendo que la diferencia injustificada no es más que una construcción social e imaginaria, no natural.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional del Ecuador resolvió con efectos *inter comunis* que aquellos trabajadores que se encuentren en un especial estado de vulnerabilidad no solo requieren de una garantía de estabilidad laboral, sino de una garantía de estabilidad

laboral reforzada con el afán de “superar aquellas desigualdades que necesitan ser protegidas para que se pueda hablar de una verdadera igualdad dentro de una sociedad plural atravesada por relaciones de poder” (*Sentencia No. 080-13-SEP-CC*, 2013). Y, para superar estas desigualdades, el trabajador necesita contar con los medios adecuados para que sus derechos sean garantizados eficazmente, por lo cual, la Corte Constitucional del Ecuador resolvió aplicar la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba a través de la inversión de la prueba con el propósito de equiparar las cargas probatorias entre un empleador y un trabajador en estado de vulnerabilidad que alega ser despedido con ocasión de su estado o condición.

Esta sentencia representó un aporte valioso a la justicia laboral, la Corte Constitucional del Ecuador abstraigo al trabajador en estado de vulnerabilidad de la regla del *Onus Probandi* para probar un acto tan difícil, sino en ocasiones imposible, como lo es la discriminación cuando es despedido, más aún cuando, *per se*. A pesar de lo dicho, en un ambiente como la discriminación, la prueba puede estar en posesión o dominio del empleador, pero en otras ocasiones, su materialización o externalización puede que haya sido momentánea y efímera y no haya dejado rastro ni huella, lo cual imposibilitaría la prueba de este tipo de tratos inconstitucionales.

La motivación y fundamentación que la Corte Constitucional del Ecuador utiliza en este sentencia demuestra la necesidad imperativa de contar con herramientas eficientes que no solo garanticen la materialidad de los derechos patrimoniales del trabajador, sino, también, los derechos no patrimoniales intangibles como la igualdad, no discriminación y trabajo digno con el propósito, también, de superar las desigualdades históricas y sociales que han sufrido los trabajadores con VIH/SIDA en la esfera laboral siendo continuamente discriminados. Esta regla jurisprudencial como garantía del debido proceso exige que el empleador presente una fuerte carga argumentativa y probatoria a fin de que la presunción *prima facie* de



inconstitucionalidad del acto del despido intempestivo no esté relacionada directa o indirectamente con la condición de vulnerabilidad del trabajador, es decir que el despido no sea por discriminación, debiendo demostrar que existió una causa objetiva con razones válidas y suficientes para que de manera argumentada y probada se justifique que no se trata de un despido fundado en un criterio sospechoso.

Otro caso con hechos similares donde también se aplicó la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba por parte de la Corte Constitucional del Ecuador fue en la sentencia No. 016-16-SEP-CC en el Caso No. 2014-12-EP, en la cual, conoció el caso de un trabajador que había dado positivo para el virus del VIH, esta enfermedad había causado serios problemas en las diferentes esferas de su vida, incluso causándole dependencia alcohólica y, por lo tanto, convirtiéndose en una persona en condición de doble vulnerabilidad. Luego de haber notificado a su empleador esta condición fue despedido, vulnerando derechos a la igualdad, no discriminación, salud y trabajo digno. La Corte Constitucional del Ecuador conoció el caso y argumentó la necesidad de garantizar la estabilidad laboral reforzada del trabajador, toda vez que era una persona con doble condición de vulnerabilidad por su condición de alcohólico y de enfermo de VIH.

En las circunstancias descritas, similares a las de la sentencia No. 080-13-SEP-CC, la Corte Constitucional del Ecuador fundamentó su decisión en demostrar la tutela y protección especial que la Constitución de la República ha otorgado a estos grupos debido a la alta carga discriminatoria que socialmente sufren en las diferentes esferas de la vida, más aún en la esfera laboral. Por lo que, garantizando el derecho a la estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional exigió que sea el empleador quien deba justificar que el despido o terminación de la relación responda a criterios objetivo, razonables y validos de manera argumentada y comprobada caso contrario se presumirá como una actuación discriminatoria. Esta sentencia

tomó como precedente la regla jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba que se dispuso en la sentencia No. 080-13-SEP-CC.

En el siguiente proceso también se aplicó la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, esto fue en la sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, en la cual, sentó una línea argumentativa sobre la inversión de la carga de la prueba del despido intempestivo para las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia o maternidad. A pesar de que la sentencia surgió de hechos de relaciones laborales en el sector público, esta investigación considera que los argumentos y fundamentos esgrimidos en dicha sentencia pueden ser aplicados también para el derecho laboral regulado bajo el Código de Trabajo con respecto al tema de la prueba, más no a las diferentes reparaciones que la Corte Constitucional ordena como el reintegro, pago de remuneraciones no percibidas y otros derechos que no están consagrados en el Código de Trabajo.

Esta sentencia recoge 19 casos recurrentes sobre la vulneración de los derechos de las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia o maternidad, con hechos similares entre ellos, en que estas trabajadoras a pesar de haber notificado a su empleador sobre su condición especial, su contrato de trabajo fue terminado. Cabe precisar que, en estos casos que recoge esta sentencia, todas las trabajadoras se encontraban en una de las tres siguientes modalidades de contratación laboral: libre remoción, nombramiento provisional o contrato de servicios ocasionales, todas siendo figuras que no garantizan estabilidad laboral. Estas mujeres al ver lesionados sus derechos presentaron una demanda de Acción de Protección contra sus empleadores alegando vulneración su derecho al trabajo digno, no discriminación, igualdad y salud. Varias de las 19 sentencias de primera instancia dispusieron su reintegro de inmediato, otras no.

La sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados de la Corte Constitucional del Ecuador empieza por exponer el problema histórico y social de discriminación y marginación que han sufrido las mujeres debido de su rol reproductivo y cómo ha afectado su vida laboral, citando a la Organización de la Naciones Unidas, la Corte dice:

*Las mujeres, (...), aun cuando gozan de derechos laborales y llegan a puestos jerárquicos superiores, se encuentran con el techo de cristal, que se refiere a los obstáculos que enfrentan para el acceso o permanencia a estos cargos. Entre las principales barreras están las responsabilidades familiares que tradicionalmente se les asigna, la carga de trabajo no remunerado, el reparto desigual en la distribución de responsabilidades y recursos a través de la práctica institucional, el acoso laboral y los estereotipos de género. (Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, 2020, párr. 48)*

En el mismo sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, también, determina que:

*Los estereotipos de mujer cuidadora y hombre proveedor siguen existiendo. Como se puede apreciar, las mujeres se encuentran en desventaja en relación con los hombres en cuanto al goce y ejercicio del derecho al trabajo. Si a esta circunstancia le agregamos la situación de embarazo, cuidado y lactancia, las desventajas se incrementan en perjuicio de los derechos de las mujeres. La precariedad del trabajo en el embarazo, durante la maternidad o el periodo de lactancia despierta miedo, hostigamiento, culpa, desconfianza en la justicia y pone a las mujeres en una situación de mayor vulnerabilidad. (Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, 2020, párr. 52 y 53)*

Profundizando acerca de las fuertes construcciones sociales que se han creado en contra de la mujer a fin de anular o mermar su participación en la esfera laboral y, a su vez,

categorizarla como inferior ante el hombre, la sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, citando los estudios del autor Rosario Aguirre en *La política de cuidados en Uruguay: ¿Un avance para la igualdad de género?*, dice:

*El modelo de organización dominante ha privilegiado y valorado las actividades de producción. No casualmente las labores de producción han sido desarrolladas mayoritariamente por hombres, y las labores de reproducción y cuidado han sido atendidas por mujeres. Este desequilibrio es el nudo central que determina las desigualdades entre hombres y mujeres, frenando la inserción laboral remunerada, la posibilidad de encontrar mejores empleos, la participación en la vida social y política, y disponer de tiempo propio. (Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, 2020, párr. 94)*

La Corte Constitucional del Ecuador, en este caso en concreto, después de exponer los problemas sociales y económicos de la mujer en la esfera laboral debido a su rol reproductivo en la sociedad y, por ende, de reflexionar sobre la posición de debilidad, exclusión y marginación que sufren las mujeres, reconoce que la Constitución de la República ha otorgado a la mujer en razón de su rol reproductivo en la sociedad y el hogar una protección especial en las diferentes espacios sociales prohibiendo todo tipo de discriminación por su condición. Analizando los diferentes casos que recoge la sentencia, la mujer embarazada o en periodo de lactancia o maternidad, por mandato constitucional, goza de una estabilidad laboral absoluta, es decir, mientras dure su condición de vulnerabilidad el empleador no podrá dar por terminado su contrato de trabajo y en caso de hacerlo la opción primaria es el reintegro. Sin embargo, a pesar de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, si, prevé esta garantía constitucional para las mujeres, no es menos cierto que el mismo ordenamiento jurídico ha desprotegido el derecho a la no discriminación como motivo de la terminación del contrato de trabajo, pues, coloca a la

mujer en la ardua tarea de probar bajo la regla del *Onus Probandi* que la discriminación fue el motivo de la terminación del contrato de trabajo.

En este contexto, la Corte Constitucional del Ecuador resolvió que si una mujer embarazada o en periodo de lactancia o maternidad es despedida o separada de su cargo, sin perjuicio de la modalidad de trabajo bajo la cual se encuentre, se presumirá *prima facie* que dicha decisión oculta una actuación o trato discriminatorio debido a su estado de vulnerabilidad en que se encuentra la mujer, salvo que demuestre lo contrario. La sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados hace expresa remisión al precedente constitucional emitido en la sentencia No. 080-13-SEP-CC de la misma Corte para aplicar la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba a través de la inversión de la prueba obligando al empleador a demostrar que la decisión de despedir o separar del cargo no fue discriminatoria.

La Corte Constitucional del Ecuador a través de esta sentencia, incluso, indica que para los contratos de libre remoción, que no cuentan con ningún periodo mínimo de estabilidad al estar fundados por la confianza entre empleador-trabajador, no bastará que el empleador justifique la terminación del contrato de trabajo con la pérdida de la confianza y que ésta extrañamente coincida con la condición de vulnerabilidad de la mujer por su rol reproductivo, en dicho caso, se presumirá *prima facie* que se trata de un acto o trato discriminatorio, y se aplicará la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba como una garantía del debido proceso. Así lo estableció el numeral 184 de la sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados.

En este contexto, la sentencia que se está analizando fundamenta la aplicación de la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba en la garantía de estabilidad laboral reforzada que la jurisprudencia constitucional ha otorgado a trabajadores en estado de vulnerabilidad, con el propósito de garantizar un real y efectivo derecho a la igualdad y no discriminación debido a las marginaciones, exclusiones y diferencias no razonables que históricamente pueden

sufrir estos grupos, en este caso en concreto una histórica discriminación y marginación debido a su rol reproductivo en la sociedad.

Un punto de suma importancia, necesario que sea sometido a análisis, es a la conclusión a la que llegó esta sentencia, en los párrafos 202 al 207 sobre el ejercicio de la Acción de Protección como un mecanismo rápido, adecuado y eficaz para resolver actuaciones discriminatorias en contra de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia o maternidad que afecten derechos fundamentales más allá de lo patrimonial. La Corte Constitucional del Ecuador determina que la justicia ordinaria, sea a través del contencioso administrativo o la Unidad Judicial de Laboral, no es el mecanismo oportuno ni eficiente para proteger los derechos fundamentales de tipo intangible de las mujeres embarazadas o en periodo de maternidad, debido a que la justicia constitucional es una vía más sencilla y rápida por la normativa que le es aplicable. Sin embargo, este estudio considera que la celeridad no es el único factor que obliga a señalar que la justicia constitucional debe primar sobre la ordinaria, si no, también, las herramientas con las que tenga una trabajadora sujeta al Código de Trabajo, contar con una garantía como la Movilidad de la Carga de la Prueba, permitiría equiparar e igualar fuerzas con el empleador en la carga probatoria, le obligaría a probar o descartar que la terminación del contrato de trabajo no fue con motivos de actos o tratos discriminatorios; regla que aparentemente está reservada exclusivamente para la justicia constitucional como ya se dicho en este estudio.

Sobre la aplicación de la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba en el caso de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, este estudio busca que la comunidad jurídica se cuestione, ¿por qué la legislación laboral ecuatoriana no aplica lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio sobre la protección de la maternidad de la Organización Internacional de Trabajo (C-183)?, que, en su parte pertinente dice.

*La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.*

(Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000)

A pesar de que este Tratado Internacional aún no ha sido ratificado por el Ecuador, se debe recordar que el artículo 11 numeral 3 de la Constitución de la República prevé la aplicación directa e inmediata de Instrumentos Internacionales que tutelen o protejan los derechos humanos de mejor manera bajo el principio *pro homine*. Si bien la no ratificación no obliga al Estado a su aplicación, su pertenencia al *soft law*, permitiría que pueda ser considerada para la resolución de casos. En efecto, la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, utilizó el Convenio 183 de la OIT como fuente de obligaciones en los párrafos 138, 177, 194 y 214. Lo que demuestra que bajo el principio de aplicación progresiva y de cláusula abierta consagrados en la Constitución de la República, esta disposición, podría y debería ser aplicada en el Ecuador, por lo tanto, en la justicia ordinaria cuando una trabajadora embarazada o en periodo de lactancia demanda al empleador por haberla despedido o terminado su contrato de trabajo, el empleador tendrá la obligación de descartar la discriminación como motivo de la terminación del contrato, caso contrario se presumirá *prima facie* la existencia de un acto inconstitucional por vulnerar el derecho de las mujeres a la no discriminación, igualdad, trabajo digno y salud. Ante dicha situación, la trabajadora sería beneficiaria de la indemnización que prevé el artículo 195.3 párrafo 4 del Código de Trabajo, doce meses de remuneración por probarse la existencia de un despido por discriminación más las otras indemnizaciones que por despido contempla la ley y las del contrato colectivo si es el caso.

Para reforzar la hipótesis sobre la aplicación del artículo 8 del Convenio 183 de la Organización Internacional de Trabajo en el Ecuador, la Corte Constitucional del Ecuador en

la sentencia No. 108-14-EP/20 conoció hechos similares a los de la sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, y, en el párrafo 70 de aquella sentencia, utilizó el artículo 8 del Convenio 183 de la OIT para fundamentar la necesidad de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación de la mujer embarazada o en periodo de lactancia o maternidad para exigir que sea el empleador quien deba probar que el despido o separación del cargo no haya ocurrido por una actuación o trato discriminatorio, citando y haciendo referencia expresa a la inversión de la carga de la prueba del empleador, quien deberá contradecir la presunción de que el despido se debió a causas relacionadas con el estado de embarazo o del periodo de lactancia de la mujer (*Sentencia No. 108-14-EP/20, 2020*).

Un aporte muy valioso de esta sentencia No. 108-14-EP/20 es la fundamentación y motivación de la Corte Constitucional del Ecuador para invertir la carga de la prueba para las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia o maternidad al estar inmersas en al menos una de las categorías sospechosas del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, dice lo siguiente:

*El derecho a la protección reforzada tiene su fundamento en la obligación de garantizar la igualdad material por la situación estructural de discriminación y desventaja en la que se encuentran las mujeres embarazadas, en período de maternidad o en licencia de lactancia para acceder y ejercer de forma efectiva sus derechos, particularmente su derecho al trabajo en dichos períodos. (Sentencia No. 108-14-EP/20, 2020, párr. 101)*

Después de conocer el desarrollo jurisprudencial sobre la garantía de la estabilidad laboral reforzada y la aplicación de la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba para trabajadores en estado de vulnerabilidad que son despedidos, que posiblemente sean víctimas de una actuación o trato inconstitucional que afecte y vulnere un derecho constitucional a la igualdad y no discriminación, esta garantía sobre la prueba tiene como propósito de superar las



desigualdades procesales generadas de la propia naturaleza de la relación entre trabajador y empleador que se agudiza al estar el primero en un estado de vulnerabilidad.

Otro caso donde también la Corte Constitucional del Ecuador aplicó la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba ante la posible vulneración de derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación de un trabajador en estado de vulnerabilidad al ser una persona discapacitada, fue a través de la sentencia No. 375-17-SEP-CC en el Caso No. 0526-13-EP, se revirtió la carga de la prueba en contra del empleador obligándolo a justificar de manera objetiva y razonable que la terminación de la relación laboral no ocultaba o encubría una conducta inconstitucional vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación.

En esta ocasión la Corte Constitucional del Ecuador conoció la terminación del contrato de trabajo de un trabajador que mediante oficio en el 2009 donde la empresa EP PETROECUADOR comunicó a un obrero que en el ejercicio de sus funciones como técnico operador de las plantas catalíticas en la Refinería de Esmeraldas sufrió 2 enfermedades catastróficas descubiertas en 2004 que requerían control médico y exámenes permanentes. Estas enfermedades eran conocidas por su empleadora, inclusive conoció informes emitidos por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de estas enfermedades.

En el proceso de Acción de Protección interpuesto por el trabajador se confirmó que la empleadora conocía que la causa principal de las enfermedades cancerígenas de sus trabajadores que provenían por las constantes exposiciones a procesos de contaminación que ocasionó la Refinería.

Conocidos estos hechos por la Corte Constitucional del Ecuador, la sentencia motivó la aplicación de la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba a favor del trabajador que gozaba de la garantía de la estabilidad laboral reforzada debido a su condición vulnerable mediante la siguiente fundamentación:

*Considerando que el presente caso se encuentra dentro de un contexto de vulneración sistemática de derechos constitucionales en la esfera laboral, salud y vida digna, es pertinente establecer si los trabajadores que adolecen de enfermedades catastróficas, como consecuencia de su actividad laboral, adquieren una estabilidad laboral reforzada. En cuanto a la estabilidad laboral reforzada esta Corte Constitucional ha sostenido que dadas las peculiaridades de determinados trabajadores se les debe brindar un trato preferente. (Sentencia No. 375-17-SEP-CC, 2017, p. 37)*

En tal sentido la Corte Constitucional del Ecuador citando a la Corte Constitucional de Colombia por el desarrollo jurisprudencial de la sentencia de Tutela No. T-238/2008 sobre la estabilidad laboral reforzada, con el propósito de fundamentar la teoría de la Movilidad de la Carga Prueba, dijo:

*Esta estabilidad laboral reforzada 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. (Sentencia No. 375-17-SEP-CC, 2017, pp. 37 y 38)*

Bajo estas premisas jurídicas, la Corte Constitucional del Ecuador encontró necesaria la aplicación de la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba a través de la inversión de la carga de la prueba con el propósito de evitar o hacer cesar actuaciones deshonestas y desleales que ocultaban una actuación inconstitucional aparentando obrar en derecho al pretender justificar que la relación laboral con un trabajador en estado de vulnerabilidad terminó por situaciones cómo:

1. Incumplimiento de las funciones y obligaciones
2. Disminución de las capacidades y aptitudes para desempeñar el trabajo
3. Bajo rendimiento físico o psicológico de las actividades laborales
4. Restructura del personal o de áreas de trabajo

En este sentido la Corte Constitucional del Ecuador a través de sus jurisprudencias obligó al empleador a justificar y probar de manera objetiva y razonable que la terminación de la relación laboral con un trabajador que gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada no fue con motivo u ocasión de la condición de salud del trabajador. Por tal motivo, esta Corte Constitucional se pronunció de la siguiente forma:

*Sobre esta base, la figura llamada a proteger los derechos del hoy accionante, al que por su circunstancia de debilidad manifiesta como resultado de la disminución de su capacidad física no pueda desempeñar de forma idónea las funciones para las que fue contratado, debería tener acceso a la reubicación laboral, en otra función donde el trabajador pueda potencializar su capacidad productiva y tener la satisfacción o la realización como profesional pese a la disminución sobrevenida producto del correcto desempeño de sus funciones, teniendo así un escenario satisfactorio tanto para el empleador como para el empleado, dado que el trabajo es uno de los medios de los ciudadanos para alcanzar una realización personal. (Sentencia No. 375-17-SEP-CC, 2017, p. 38)*

Bajo esta hipótesis, la justicia constitucional exige que la terminación de la relación laboral con un trabajador en estado de vulnerabilidad sea de *ultima ratio*, obligando a la parte empleadora a demostrar haber agotado todas las alternativas para preservar la relación laboral, inclusive de ser necesario, reubicarlo en otra área de trabajo, al ser un grupo que gozan de un trato preferencial. En tal sentido, esta sentencia resolvió aplicar con efecto *inter comunis* la

teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba, por medio de presunciones, revierte la carga de la prueba en contra del empleador, pues en el literal ii numeral 4.7 de la parte resolutive de la sentencia No. 375-17-SEP-CC en el caso No. 0526-13-EP, que indica lo siguiente:

*Las personas portadoras de enfermedades catastróficas/profesionales que fueren separadas de sus labores, se presume prima facie como violatoria de los derechos constitucionales, por fundarse en criterios sospechosos, a menos que el empleador funde en una causa objetiva - razones válidas y suficientes que justifiquen de manera argumentada y probatoria ante la autoridad competente que no se trata de un despido que se funda en un criterio sospechoso. (Sentencia No. 375-17-SEP-CC, 2017, p. 42)*

Finalmente para continuar con el análisis de la aplicación de la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba a través de la inversión de la carga de la prueba, también, es oportuno revisar casos donde la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha aplicado esta garantía demostrando que el principio del *Onus Probandi* es insuficiente cuando se trata de tutelar o proteger derechos constitucionales como la igualdad y no discriminación de trabajadores despedidos que se encuentran en estado de vulnerabilidad.

La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia a través de la sentencia No. 17316-2019-00033, que ya fueron expuestos con anterioridad en el primer capítulo, conoció el caso donde un empleador, a efectos de evadir la garantía de estabilidad laboral reforzada de un trabajador con discapacidad, forzó a éste a interponer un visto bueno a fin de evadir una terminación del contrato de trabajo por despido intempestivo, encausando un despido injustificado. Sin embargo, la Sala de lo Laboral aplicó la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba para que sea el empleador quien tenga la obligación de probar que la terminación del contrato de trabajo no fue con ocasión del estado de salud del trabajador, con lo cual, al no demostrarse *ipso facto* declaró la existencia de un despido injustificado.

En este caso la Sala de lo Laboral fundamentó su decisión de aplicar la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba basándose en la necesidad de las partes procesales de contar con una igualdad real de oportunidades y de pruebas. La Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza un sistema de protección especial para personas en situación de vulnerabilidad con el propósito de evitar que sufran abusos y discriminación, más aún en la esfera de lo laboral. De esta forma, el sistema jurídico ecuatoriano pretende evitar que el empleador se aproveche de la posición de debilidad del trabajador para provocar la terminar la relación laboral no aplicando una causa legal y justificada.

En este sentido, la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en este caso en concreto, dijo:

[El] *objetivo es equiparar las oportunidades en el trabajo -y otros derechos- entre las personas en situación de discapacidad y frente al resto que no tienen esta condición. (...) se debe entender y aplicar los derechos laborales de las personas en situación de discapacidad; (...) asumiendo siempre la especial protección diferenciada a su favor que implica la satisfacción del derecho a la igualdad material. (Sentencia No. 17316-2019-00033, 2021)*

La fundamentación de la Sala de lo Laboral estuvo encaminada a garantizar una real y verdadera igualdad material y no discriminación a una población que histórica y socialmente es excluida y marginada por su estado de vulnerabilidad o debilidad de mercado laboral. Entonces, se dirá que, ante la ausencia de una norma clara y expresa, fue a través de una decisión judicial que se reconoció las desigualdades procesales existentes entre trabajador y empleador, donde por lo general el empleador tiene el dominio y posesión de los medios probatorios causando una asimetría procesal, más aún esta situación se agudiza, cuando de demostrar actuaciones o tratos discriminatorios que usualmente no dejan huella o rastro en

contra del trabajador, limitando así las oportunidades del trabajador de alcanzar un resultado positivo al verse en la compleja situación de probar una vulneración a derechos constitucionales como trabajo digno, igualdad y no discriminación.

Previendo este escenario, la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en los hechos conocidos de la sentencia No. 17316-2019-00033, aplicó la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba a través de imponer una presunción *iuris tantum* a efectos de que sea el empleador quien demuestre que no forzó a un trabajador con discapacidad a terminar el contrato de trabajo por Visto Bueno por la causal de falta de pago de remuneraciones, tratándose de un hecho que ocultaba una actuación inconstitucional pretendiendo discriminar a un trabajador que se encontraba en un estado de vulnerabilidad por ser discapacitado. Con la aplicación de la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba, la Sala de lo Laboral buscó equilibrar las cargas procesales entre empleador y trabajador, permitiendo efectivizar y garantizar la verdad histórica de los hechos, y no limitarse a la verdad procesal de estos, obligando al empleador a ser la persona que deba demostrar objetiva y razonablemente que no forzó al trabajador discapacitado a terminar la relación laboral con su empleador, vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación.

Otro caso donde la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia aplicó la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba, a través del sistema de presunciones *iuris tantum*, donde era un trabajador en estado de vulnerabilidad que había sido despedido sin justa causa por ser sustituto, exigió a la parte empleadora demostrar haber empleado el máximo de sus esfuerzos para probar que pudo conocer que el trabajador mantenía a su cargo una persona discapacitada, a fin de no excusarse bajo el argumento de desconocer aquel estado de vulnerabilidad del trabajador y evadir su responsabilidad de indemnizar al trabajador despedido bajo lo que expresamente dispone el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidad. En este

sentido, bajo está hipótesis, la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia en el caso No. 17371-2018-04858 impuso al empleador la carga de la prueba de justificar que objetiva y razonablemente no haber conocido sobre el estado de vulnerabilidad del trabajador al ser una persona discapacitada o tener bajo su responsabilidad el cuidado y manutención de una persona sustituta, siendo un trabajador sustituto, pues el trabajador se encontraba en un estado de vulnerabilidad gozando de la garantía de estabilidad laboral reforzada, siendo titular de tratos preferentes; en tal sentido revirtió la carga de la prueba exigiendo al empleador lo siguiente:

*Es decir, el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, no contempla como requisito para acceder a la indemnización ahí prevista, que el empleador sea notificado por iniciativa del trabajador formal y directamente sobre el hecho de que tiene a su cargo la manutención de una persona (su hijo) en situación de discapacidad, pues ante las circunstancias y la situación de desigualdad en la que se encuentran los trabajadores, es el empleador quien debe procurar obtener información suficiente de aquellos, como es el hecho de dependientes en situación de discapacidad. En todo caso, en un proceso judicial deberá ser el empleador quien demuestre que, a pesar de haber solicitado información al respecto, fue el trabajador quien la ocultó o impidió que el empleador acceda a ella, siendo por tanto obligación del empleador valerse de los medios adecuados para informarse sobre las cargas de sus trabajadores. (Sentencia No. 17371-2018-04858, 2021)*

Como se puede observar sobre el criterio acogido por la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, si, el trabajador es una persona que pertenece a un grupo vulnerable reconociendo que puede ser sujeto de tratos discriminatorios o abusos, reconoce la aplicación del principio del *Onus Probandi* como carga de la prueba es insuficiente para garantizar un real y material derecho a la igualdad, no discriminación y, también, a la tutela judicial efectiva,

pues la inversión de la carga de la prueba a través del sistema de presunciones permite un eficiente sistema de justicia de derechos permitiéndose superar las desigualdades entre empleador y trabajador en razón de los hechos que sean presentados en el caso en concreto considerando que puede existir una desigualdad procesal de fuerzas probatorias entre empleador y trabajador.

### **3.3. Lineamientos normativos para la prueba del despido intempestivo en los trabajadores dentro de categorías sospechosas para corregir la indebida aplicación del *Onus Probandi*.**

Este subcapítulo expondrá el resultado de las entrevistas realizadas a tres de los cuatro jueces de la actual Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dra. Enma Tapia Rivera y Dr. Alejandro Arteaga García, quienes en entrevistas separadas, contestando las mismas preguntas, expusieron sus criterios jurídicos y experiencias acerca de la inversión de la carga de la prueba como garantía del debido proceso para aquellos trabajadores en situación de vulnerabilidad despedidos al amparo del Código de Trabajo, imponiendo la obligación al empleador de descartar o desechar la discriminación como motivo de terminación de la relación laboral y, a su vez, analizando la regla del *Onus Probandi* como herramienta para probar la discriminación de este tipo de trabajadores.

Estas entrevistas permitieron conocer de cerca los criterios jurídicos de manera clara y objetiva sobre la carga de la prueba en el despido de trabajadores en estado de vulnerabilidad y, en especial, conocer los puntos de vista de los magistrados sobre por qué los jueces de instancia no aplican los precedentes constitucionales sobre la inversión de la carga de la prueba recogidas en sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, aún incluso, cuando son



emitidas con efectos *erga omnes o inter comunis*. Adicionalmente, también, se pudo apreciar el criterio de los magistrados sobre, sí, la regla del *Onus Probandi* como regla general de la carga de la prueba del proceso laboral debería ser completada y perfeccionada con teorías modernas como la Carga Dinámica de la Prueba, Movilidad de la Carga de la Prueba o Reversión de la Carga de la Prueba.

Este subcapítulo concluirá con la exposición de un caso judicial, donde, la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay mediante sentencia dispuso se aplique la inversión de la carga de la prueba en contra del empleador a efectos de que sea quien deba probar que la terminación de la relación laboral no fue con ocasión de una actuación discriminatoria, toda vez que la trabajadora padecía de una enfermedad catastrófica como lo es el cáncer, siendo una persona en estado de vulnerabilidad.

A continuación, para obtener un mejor contraste sobre los criterios jurídicos y apreciaciones personales basadas en la experiencia de cada uno de los magistrados, se insertarán las preguntas realizadas y en orden sucesivo las respuestas de cada uno de los actuales jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.

1. ¿Con que frecuencia se presentan casos para recurso de casación que involucren la figura del despido por discriminación a trabajadores en estado de vulnerabilidad?

*Respuesta de la Dra. Katerine Muñoz Subía, (comunicación personal, 9 de junio de 2022).* En relación con el número de procesos que conocemos en casación en los que esté en controversia si la terminación laboral fue por despido intempestivo, los casos de despidos por discriminación de grupos en estado de vulnerabilidad no llegan ni al 1%. Es mínimo. En los cuatro años que he estado en la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, no he conocido ningún caso de este tipo. Cuando fui jueza de apelación conocí pocos casos de este

tipo. La razón puede ser por la (1) dificultad de acceder a la justicia de estos grupos, (2) el hecho de que el empleador hace uso del periodo de prueba para terminar la relación laboral cuando conoce que tiene a un trabajador en estas condiciones, (3) porque el empleador llega a acuerdos previos para evitar litigios, o, (4) porque la prueba para el despido por discriminación es compleja a través del principio del *Onus Probandi*.

*Respuesta de la Dra. Enma Tapia Rivera* (comunicación personal, 9 de junio de 2022).

Durante el tiempo que ejerzo como jueza de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, un año seis meses, nunca hemos tenido ningún caso para resolver sobre el despido con discriminación de trabajadores en estado de vulnerabilidad. Durante los años que fui jueza de instancia en la ciudad de Cuenca, no tuve más que dos casos sobre despido por discriminación. Las causas sobre la poca afluencia de esta figura del despido por discriminación en las cortes de justicia, puede ser debido a varias causas, entre ellas, (1) desconocimiento de esta figura de los propios jueces incluso sobre categorías sospechosas y discriminación. Inclusive, en alguna ocasión, mientras fui jueza de instancia conocí a un Juez que, a pesar de existir la figura en el Código de Trabajo, dijo que la misma no existía al momento de emitir su resolución. También, (2) la falta de conocimiento de los abogados sobre la figura del despido por discriminación es otra causa, una incorrecta asesoría a clientes sobre como probar, que es la discriminación o cuando ocurre la discriminación, incluso desconociendo las sentencias de la Corte Constitucional.

*Respuesta del Dr. Alejandro Arteaga García* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). Los casos que han llegado a la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia son muy pocos sobre discriminación, sin contar con aquellos que están inmersos en discriminación de mujer embarazada o dirigentes sindicales por despido ineficaz. Puede que se deba a que la prueba de es compleja.

2. ¿Considera Usted que, en una contienda judicial para resolver y decretar el despido por discriminación en contra de un trabajador en estado de vulnerabilidad, la regla del *Onus Probandi*, como carga de la prueba, garantiza una igualdad de armas, oportunidades y de acceso a los medios probatorios para que el trabajador pueda demostrar la discriminación en un despido?

*Respuesta de la Dra. Katerine Muñoz Subía* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). Sí. En primer lugar el trabajador debería probar que se encuentra en estado de vulnerabilidad; si el empleador indica que la relación laboral ha terminado por cualquiera de las causas que no está contemplada en el artículo 169 del Código de Trabajo deberá probarla. Motivo por el son es muy importantes las alegaciones que realice el empleador. Muchos jueces de instancia tienen una cultura jurídica de que quien alega debe probar, porque, cómo se ha venido ejerciendo el derecho laboral con la regla del *Onus Probandi*, no aplicaría la regla de la inversión de la carga de la prueba.

*Respuesta de la Dra. Enma Tapia Rivera* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). La inversión de la carga de la prueba no debe ser aplicada de manera absoluta. El riesgo de aplicarla de esa manera puede ser perjudicial. Sin embargo, si existe los indicios o evidencias suficientes que el trabajador aporte al juzgador sobre su estado de vulnerabilidad y, a su vez, sobre la discriminación que alega, si, debería aplicarse la inversión de la carga de la prueba. La discriminación es un hecho que puede quedar en las sombras y su prueba es muy compleja.

*Respuesta del Dr. Alejandro Arteaga García* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). Particularmente, considero que nuestras normas procesales establecen las formas de cómo se debe probar, y si las partes las actúan como se debe, tendrán toda la capacidad de probar lo que quieren demostrar. Sobre la reversión de la carga de la prueba, siguiendo las reglas establecidas, la inversión de la prueba se da cuando en la contestación hay una

aceptación, y hace necesario aquello. Creo que debe aplicarse de la misma manera para cuando se trate de las condiciones discriminatorias o sobre una alegación de discriminación, pero el juez debe valorar no con una visión general, sino con una especializada para la discriminación. La discriminación puede resultar una visión oculta, no suele ser evidente.

No considero que exista una desigualdad procesal, porque la Constitución propende una igualdad y en una contienda judicial todos tenemos las mismas reglas para la prueba. La norma constitucional y legal, establece que tenemos dentro del proceso igualdad de condiciones, pero quien modula estas igualdades es el juez, el sistema probatorio está adaptado, pero el juez debe modularlo de acuerdo con el caso concreto. La falla no está en el sistema procesal, las reglas de la prueba son adecuadas, sino que la conducta del juzgador no es técnica al momento de su aplicación, él dirige la audiencia permitiéndose obtener la verdad material de los hechos. Se necesita un juzgador que sepa utilizar las herramientas que prevé el COGEP para descubrir la verdad de los hechos alegados. Por ejemplo, el juez tiene capacidad para exigir prueba para mejor resolver; el mismo COGEP prevé la aplicación de una sana crítica como sistema de valoración de la prueba. Entonces, tiene las herramientas necesarias para encontrar igualar desigualdades entre las partes. El juez no es un muñeco de piedra que no puede actuar, cuando es el que debe actuar, no debe limitarse a intervenciones formales de la audiencia, si no en exigir las pruebas necesarias para obtener la realidad material y no quedarse en la realidad procesal, siempre y cuando de los hechos narrados se desprendan evidencias e indicios de lo demandado. Todo dependerá del juez que conozca el caso.

3. ¿Considera Usted que, en caso de someter a conocimiento de las Unidades Judiciales de Trabajo una acción sobre despido por discriminación a un trabajador en estado de vulnerabilidad, el juez de instancia debería aplicar los precedentes constitucionales recogidos por la Corte Constitucional del Ecuador en las

sentencias No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP y No. 016-16-SEP-CC en el Caso No. 2014-12-EP, dictadas con efectos *inter comunis*, sobre la inversión de la carga de la prueba donde se exige al empleador que pruebe que el despido de un trabajador en estado de vulnerabilidad no fue con motivos de discriminación?

*Respuesta de la Dra. Katerine Muñoz Subía* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). Estos precedentes deben ser aplicados, sin perjuicio de que los hechos que sean conocidos por la Corte Constitucional se referirán una relación laboral en el ámbito público o privado. El problema entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria no está correctamente delimitado ni regulado de manera clara. Si un trabajador en condición de vulnerabilidad es despedido y acude a la justicia constitucional, seguramente, tiene muchos más beneficios que de acudir a la justicia ordinaria. La justicia constitucional tiene figuras como, el reintegro al cargo de trabajo, el pago de remuneraciones no percibidas, indemnización, inclusive obligar a una reparación inmaterial al trabajador. Mientras que, si el trabajador acude a la justicia ordinaria solo tendrá derecho a las indemnizaciones consagradas en el Código de Trabajo. Este tratamiento diferenciado entre ambas justicias constituye una discriminación en el ámbito procesal. Los jueces de trabajo deberían tener las mismas facultades que los jueces constitucionales para defender los derechos de los trabajadores en estado de vulnerabilidad.

Nosotros no somos jueces constitucionales, somos jueces ordinarios. Sin embargo, los criterios de estas sentencias constitucionales pueden ser aplicados al caso que se está conociendo en la justicia ordinaria solo en aquello que le sea aplicable, lo que no podríamos otorgar más allá de lo que la Ley (Código de Trabajo) nos permite.

*Respuesta de la Dra. Enma Tapia Rivera* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). Sí, si el trabajador aporta los suficientes elementos o indicios sobre su condición de vulnerabilidad y la discriminación de la cual fue víctima. Estos elementos deberán ser

aportados en la presentación de la demanda, y el empleador deberá prever que en caso de que su contestación sea la negativa pura y simple, podrá quedarse sin elementos de prueba, si llegase a revertirse la carga de la prueba en su contra.

*Respuesta Dr. Alejandro Arteaga García (comunicación personal, 9 de junio de 2022).*

Si los efectos de la sentencia lo disponen debe ser aplicada, verificando que sea un caso análogo, y los jueces deben entenderla como dice. Si la sentencia es forjada con hechos de una relación laboral de un servidor público, lo que tiene que hacer el juzgador es buscar el punto de derecho, los casos pueden ser distintos, pero si existe coincidencia en los puntos de derecho a tratarse. Por ejemplo, como debe tratarse la discriminación, o cuando un acto es discriminatorio. Muchos jueces desechan las sentencias de la Corte Constitucional argumentando que la sentencia es de otra materia a la que están en conocimiento.

4. En caso de aplicarse la garantía de la estabilidad laboral reforzada y la regla de la Carga Dinámica de la Prueba en un despido por discriminación de un trabajador en estado de vulnerabilidad en el derecho laboral privado ¿Cuáles son/serían los fundamentos y motivación jurídica para su aplicación?

*Respuesta de la Dra. Katerine Muñoz Subía (comunicación personal, 9 de junio de 2022).* La jurisprudencia ha dicho que el despido se da en un determinado lugar, tiempo y en circunstancias en específico, por tal motivo cuando se alega estas circunstancias en la demanda, corresponde al trabajador probar este hecho. Se puede hablar del despido como una situación que tiene que ser palpable. Sin embargo, también debería ser incluida la figura del despido injustificado, que sucede de manera prolongada, cuando no se cancela remuneración, o se le quita al trabajador las herramientas de trabajo, y se fuerza a un trabajador a presentar un visto bueno. Este despido indirecto también debería estar dentro de este tipo de protección. El despido indirecto no se da por una acción positiva sino por omisiones.

Para que se pueda dar paso a la inversión de la carga de la prueba, el trabajador deberá aportar elementos o indicios que permitan conocer sobre su estado de vulnerabilidad o debilidad y también sobre la discriminación. Luego se analizará si estos elementos constituyen prueba o no en el proceso judicial.

*Respuesta de la Dra. Enma Tapia Rivera (comunicación personal, 9 de junio de 2022).*

El trabajador deberá presentar indicios o evidencias en su demanda que permitan observar que el trabajador ha sido discriminado y se encuentra dentro de una categoría sospechosa, ambas situaciones deben ser puestas en evidencia.

*Respuesta del Dr. Alejandro Arteaga García (comunicación personal, 9 de junio de 2022).* Con el tema de la discriminación, el juez debe encontrar sintonía con estos temas para conocer sobre el caso, para qué así module las reglas para encontrar la verdad material.

El trabajador deberá justificar que está en estado de vulnerabilidad y haya sufrido discriminación. En la presentación de la demanda deberá dar a conocer las condiciones e indicios que permitan conocer que existió discriminación y vulnerabilidad, estos indicios deben estar narrados en la demanda, sin perjuicio de que la parte procesal conteste con la negativa pura y simple, el trabajador podrá exigir al juez que haga una búsqueda de la verdad de los hechos. Todo depende de la dirección que dé el juez al proceso. Muchos jueces necesitan ver escrito textualmente en código y leyes para aplicar estas atribuciones.

El trabajador no debe colocarse en una condición lastimera, que evite observar a la discriminación con criterios objetivos y técnicos. No confundamos el acto discriminatorio con un acto subjetivo de discriminación de su sentir personal, la prueba de la discriminación debe ser objetiva, y los abogados que defienden la discriminación deben saber cómo probarla, porque si no saben cómo probarla, para que la alegan. No por ser discapacitado, quiere decir que soy discriminado, no se debe tener una condición lastimera sobre la discapacidad.

5. ¿Considera Usted que, existe una discriminación indirecta o por resultado en la figura del despido por discriminación, en razón de que para probar un mismo hecho como lo es la discriminación, existen diferentes reglas sobre la carga de la prueba entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional?

*Respuesta de la Dra. Katerine Muñoz Subía* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). Estos precedentes constitucionales pueden ser aplicados, sin perjuicio de que los hechos que sean conocidos por la Corte Constitucional y refieran sobre una relación laboral en el ámbito público. El problema es claro entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria para el derecho laboral, porque existen diferentes herramientas para los jueces al momento de juzgar un caso.

*Respuesta de la Dra. Enma Tapia Rivera* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). Son diferentes ambas justicias, cada una con sus particularidades. La Corte Constitucional ha otorgado mejores ventajas al sector público, está en mejor posición que el trabajador sujeto al Código de Trabajo. Por ejemplo, en el caso de las mujeres embarazadas, la Corte Constitucional puede disponer el reintegro de la mujer despedida, incluso el pago de remuneraciones dejadas de percibir desde el despido. Como jueza de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia no contamos con estas atribuciones, lo que muestra una clara desventaja. Sin dejar todo en manos de la Corte Constitucional, pero ésta debería pronunciarse a fin de aclarar las desigualdades del derecho laboral en el ámbito privado y público.

*Respuesta Dr. Alejandro Arteaga García* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). Cada justicia tiene un ámbito de aplicación distinto, con sus reglas particulares. El despido en sí mismo no es justificativo de que la persona fue discriminada. En la justicia ordinaria se debe demostrar que exista el daño, un daño patrimonial, en el despido existe un daño patrimonial, aquí no se violenta un derecho constitucional. No es que existe una disparidad entre las normas



procesales entre ambas justicias. Son dos jurisdicciones diferentes. Incluso los derechos que se reclaman en cada justicia son diferentes. Tanto es así que en materia constitucional no se busca las indemnizaciones que otorga un despido, no se puede, está restringido por las reglas de exclusión en materia constitucional.

6. Revisada que fue la regulación del Código General del Proceso colombiano sobre la carga de la prueba ¿Cuál es su apreciación y valoración sobre regulación de las reglas de la carga de la prueba en comparación con el Ecuador? ¿Estima necesaria una reforma legislativa para el Ecuador?

*Respuesta de la Dra. Katerine Muñoz Subía* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). Debido a las desigualdades que existe entre la justicia constitucional y justicia ordinaria con respecto a la protección de trabajadores en estado de vulnerabilidad que son despedidos, si, debería existir una reforma, incluso para que existan las mismas facultades para el juez constitucional y el juez ordinario, así evitaríamos una diferencia entre ambas justicias. Es claro que cada justicia tiene una finalidad distinta, pero es necesario contar con los mismos recursos y herramientas para los trabajadores del sector público y privado. La reforma debería tener lugar en las normas procesales del derecho laboral, como por ejemplo contemplarse expresamente en la ley la reversión de la carga de la prueba en casos específicos.

La necesidad de una reforma es necesaria, a pesar de existir sentencias de la justicia constitucional que establecen la reversión de la carga de la prueba para el despido de trabajadores en estado de vulnerabilidad, se trata de sentencias de y para la justicia constitucional, motivo principal por el que los jueces laborales rehúsan su aplicación, pudiendo ser sujetos de sanciones por extralimitarse en sus funciones. Por lo tanto, con una reforma tendríamos seguridad los jueces ordinarios, incluso unificar herramientas para la prueba o medidas de reparación entre ambas justicias para eliminar estas desigualdades procesales.

Es interesante el tema consultado, y esta focalización sobre este tipo de trabajadores, porqué podría ser un revuelo para el derecho procesal en materia laboral, sería la puerta para que no solo los trabajadores en estado de vulnerabilidad que han sido despedidos puedan beneficiarse de la reversión de la carga de la prueba, sino que en algún momento lo sea para el despido intempestivo en general.

*Respuesta de la Dra. Enma Tapia Rivera* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). En países como México, la inversión de la carga de la prueba sobre el despido es absoluta en contra del empleador, al igual que en otras situaciones. Este tipo de regulaciones donde se invierte la carga de la prueba para que el Ecuador las adopte, siempre, deben ser analizadas en el contexto de nuestra cultura jurídica, debe existir una regulación apegada a nuestra realidad, evitando que abogados y juzgadores abusen del derecho y causen perjuicios a la justicia.

*Respuesta del Dr. Alejandro Arteaga García* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). Primero sería importante revisar como en la práctica es apreciada aquella regulación, a través de un análisis estadístico para atrevernos a adoptar esa regulación.

7. La Corte Constitucional del Ecuador ha decretado el estado de vulnerabilidad de un trabajador con criterios objetivos, como lo son la discapacidad, embarazo, gestación, enfermedades catastróficas; pero, con respecto a las demás categorías sospechosas, como la discriminación racial, identidad de género, preferencia sexual, religión, que requieren un criterio subjetivo. ¿Sobre estos últimos grupos que están inmersos también en una categoría sospechosa, podría decretarse el estado de vulnerabilidad y aplicarse la garantía de estabilidad laboral reforzada y la regla de la Carga Dinámica de la Prueba en caso de un despido por discriminación?

*Respuesta de la Dra. Katerine Muñoz Subía* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). Sí, estos grupos también son considerados como vulnerables, su prueba representa cierta

complejidad por la carga subjetiva que requieren, sin embargo, dependerá de los medios de prueba aportados y la exposición de motivos para demostrar que el trabajador es una persona inmersa en una de estas categorías sospechosas para indicar que es una persona vulnerable. En estos casos siempre será importante la afirmación del empleador sobre cuál fue la causa que dio fin a la relación laboral. Ejemplo, si pretende justificar el despido en el incumplimiento de obligaciones laborales para descartar la discriminación, deberá probarlo con un Visto Bueno por incumplimiento a los reglamentos de trabajo, ya que deberá fundamentar y probar que la terminación del contrato de trabajo no ocurrió por motivos de discriminación utilizando argumentos y pruebas objetivas, lógicas, coherentes y razonables. Por este motivo, son muy importantes las afirmaciones explícitas o implícitas que da el empleador en la contestación a la demanda. Para este tipo de categorías sospechosas siempre deberán ser analizadas dentro del contexto donde se refiere ocurrió la discriminación que se alega. También el trabajador deberá aportar con los indicios necesarios para el convencimiento de que fue víctima de discriminación a más de estar inmerso en una categoría sospechosa y, por ende, en un estado de vulnerabilidad.

*Respuesta de la Dra. Enma Tapia Rivera (comunicación personal, 9 de junio de 2022).*

. Sí, también deben ser consideradas como un estado de vulnerabilidad. Se encuentran dentro del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República como criterios de categorías sospechosas. Su prueba puede ser más compleja al tener una mayor carga subjetiva. Por ejemplo en la ciudad del Austro (Cuenca) existe una fuerte discriminación hacia personas de edad avanzada, durante la pandemia del COVID-19 una empresa de muebles desvinculó a varios trabajadores por la causal de caso fortuito y fuerza mayor del Código de Trabajo, sin embargo, las personas desvinculadas extrañamente casi todos eran mayores de 60 años con poco tiempo para jubilarse, también habían mujeres embarazadas, discapacitados y otras personas que mostraban estar inmersos en al menos una de las categorías sospechosas. Los

abogados al presentar estas demandas no reclamaron el despido por discriminación, lo cual puede darnos una señal que también es una institución que los abogados no conocen con claridad ni tampoco temas sobre la discriminación o las categorías sospechosas. En estos casos, probado que fuese el despido y siendo una persona en estado de vulnerabilidad, la carga de la prueba hubiese tenido que revertirse para que el empleador deba descartar la discriminación como causa de terminación de la relación laboral.

*Respuesta del Dr. Alejandro Arteaga García* (comunicación personal, 9 de junio de 2022). Sí, son grupos inmersos en categorías sospechosas que indica el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, sin embargo, estar en dicha categoría no implica *per se* la existencia de discriminación, la discriminación debe ser declarada.

Terminadas las entrevistas a los tres magistrados de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, se pudo observar de cerca el criterio jurídico de cada uno de ellos sobre la carga de la prueba del despido de trabajadores en estado de vulnerabilidad y la obligación del empleador de descartar la discriminación como motivo del despido. A pesar de la poca, casi nula, concurrencia de casos judiciales sobre trabajadores despidos con discriminación, mucho menos de aquellos que se encuentran en estado de vulnerabilidad -excluyendo la figura del acoso laboral- se pudo apreciar que existe una fuerte resistencia por parte de jueces de instancia en materia laboral para aplicar los precedentes jurisprudenciales sobre la inversión de la carga de la prueba cuando se presentan estos casos, por otra parte, también se puede atribuir esta situación al desconocimiento de las reglas de la prueba en estos casos lo cual podría ayudar a alivianar la carga de la prueba del trabajador, y su aporte como una herramienta para equiparar fuerzas entre empleador y trabajador. Los abogados desconocen sobre estos precedentes constitucionales y sobre criterios de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia lo que involucra prestar una asesoría que limita la eficacia de los derechos de los trabajadores.

Sin perjuicio de lo dicho, evidencia de que, sí, es posible la aplicación de la teoría de la Movilidad de la Carga de la prueba, superando al principio clásico y liberal del *Onus Probandi* como regla general de la carga de la prueba en materia laboral, es necesario que sea completada y perfeccionada a través de estas teorías modernas. Un caso emblemático para el Azuay donde se aplicó la inversión de la carga de la prueba, obligando al empleador a probar que no despidió por discriminación a su trabajadora, toda vez que, su empleadora que sufría de cáncer, a pesar de que en sus mejores años fue una trabajadora excelente, llegada esta enfermedad, su empleador decidió terminar la relación laboral debido a la condición de salud que sufría, sin embargo entre los rubros a cancelar en la liquidación de haberes no se contempló la indemnización del artículo 195.3 párrafo 4 del Código de Trabajo, es decir el pago de 12 remuneraciones por despido por discriminación.

La Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Azuay en el caso No. 01371-2016-00458 conoció sobre una trabajadora que al momento de ser despedida su empleador conocía que adolecía de una enfermedad catastrófica como lo es el cáncer, a pesar de que en ese momento gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada, su empleadora quebranto dicha garantía con el despido intempestivo. Por el despido ocurrido, la trabajadora demandó a su empleadora el despido discriminatorio. En primera instancia, el juzgador rechazó la demanda interpuesta indicando que la trabajadora no habría probado que el despido ocurrió con ocasión de una actuación discriminatoria. Interpuesto el recurso de apelación, la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay resolvió decretar la inversión de la carga de la prueba, abandonando el principio clásico del *Onus Probandi* y apegándose a la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba a través de la inversión de la carga de la prueba a efectos de que sea el empleador quien deba probar o descartar con argumentos y pruebas de manera objetiva y razonable que el despido no ocurrió con motivo u ocasión de la condición de salud de la

trabajadora o por un bajo rendimiento físico o psicológico en sus actividades laborales, por la enfermedad que sufría.

En este sentido, no descartada la discriminación como causa del despido por el empleador, se declaró con lugar el despido por discriminación, liberando y, a su vez, aliviando la carga de la prueba al trabajador que, cómo se ha dicho en este estudio, las desigualdades entre empleador y trabajador también se desplazan hacia el proceso judicial y estas se pueden agudizar cuando el trabajador se encuentra en un estado de vulnerabilidad o debilidad, siendo una persona inmersa en al menos uno de los criterios sospechosos del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, como, discapacidad, mujer embarazada o en periodo de maternidad, enfermedad catastrófica, género, orientación sexual, edad y demás criterios sospechosos que indica el artículo, por lo que para la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay probado el despido y estado de vulnerabilidad del trabajador dispuso de aplicación obligatoria el precedente jurisprudencial emitido en la sentencia No. 080-13-SEP-CC en el caso No. 0445-11-EP de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la inversión de la carga de la prueba en contra del empleador.

La sentencia emitida por la Sala de lo Laboral de la Corte de Justicia del Azuay trae consigo importantes reflexiones sobre la sobre la deficiente regulación del Código de Trabajo ecuatoriano con respecto a la protección de los derechos fundamentales no patrimoniales del trabajador, reconociendo la inexistencia de un procedimiento especial para solventar y garantizar este tipo de conflictos sociales que suceden con ocasión del trabajo, que permitan disuadir al empleador de ocasionar despidos por discriminación a grupos vulnerables. Sin embargo tal como se pudo observar en el primer capítulo de este estudio, la prueba bajo el principio del *Onus Probandi* no da el apoyo que requiere el derecho sustantivo, la discriminación es una actuación que puede ser efímera, momentánea y circunstancial, que

busca quedar en la impunidad o encubierta, generalmente sucede en la obscuridad, entre sombras y evita dejar huellas, por lo que la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba resulta una herramienta eficiente y adecuada, complementando y perfeccionando el principio clásico del *Onus Probandi* para equilibrar las cargas asimétricas en una contienda judicial entre un empleador y un trabajador que adolece una estado de vulnerabilidad y debilidad. Estas categorías sospechosas que puede sufrir el trabajador lastran el camino de tratos discriminatorios y actuaciones inconstitucionales en contra del trabajador, por lo tanto, este estudio considera acertado que la justicia constitucional haya declarado con precedente que se deba presumir *prima facie* que el despido de trabajadores en estado de vulnerabilidad oculte un trato discriminatorio, salvo que el empleador pruebe lo contrario. A criterio de este estudio, este precedente constitucional debe aplicarse tanto para el derecho laboral en el ámbito público como para aquellos trabajadores bajo el Código de Trabajo al amparo del principio de progresividad y protección del derecho laboral.

Previo a concluir este subcapítulo, es preciso realizar la siguiente reflexión, ya que esta puede ser uno de los principales causas o motivos por lo que existe resistencia de los juzgadores de instancia para aplicar la teoría de la Movilidad de la Carga de la Prueba como regla de la prueba cuando un trabajador en estado de vulnerabilidad es despedido. Si bien los hechos conocidos y que sirvieron de fundamento para decretar la inversión de la carga de la prueba del despido de trabajadores en estado de vulnerabilidad en la sentencia No. 080-13-SEP-CC en el caso No. 0445-11-EP de la Corte Constitucional del Ecuador tuvieron lugar en el derecho laboral público, el trabajador era un servidor público, al emitir un precedente jurisprudencial con efecto *inter comunis* dicha regla se vuelve de aplicación obligatoria para todo el ordenamiento jurídico siempre y cuando los presupuestos fácticos o elementos normativos o criterios jurídicos puedan ser utilizados en un caso en concreto en la justicia ordinaria. Sin

perjuicio de lo dicho, los magistrados entrevistados concuerdan que los juzgadores de instancia no aplican estos criterios a pesar de ser obligatorios por varios motivos, entre ellos, desconocimiento el alcance de las sentencias constitucionales, o por qué los abogados también desconocen el alcance de estas.



## Conclusión

Analizados todos los objetivos planteados en este estudio, resulta oportuno dar respuesta a la pregunta efectuada en la Introducción de este estudio. Previo a responder concretamente dicha interrogante, es preciso recopilar algunas ideas sobre lo analizado respecto a la teoría moderna de la Movilidad de la Carga de la Prueba, como regla para la inversión de la carga de la prueba en el derecho laboral.

El principio del *Onus Probandi* como carga de la prueba en el derecho laboral que se puede leer en el artículo 169 del Código Orgánico General del Proceso, en Ecuador, proviene de una ideología liberalista y privatista, fundada en un principio de igualdad formal, abstrayendo al ser humano de toda realidad, creando en el mundo jurídico una ficción, pues la realidad material dicta que todos somos diferentes. *A priori*, existe cierta contradicción entre el derecho laboral sustantivo y la prueba de regulada en el derecho procesal, la primera está gobernada por una ideología protectora y progresista; mientras que, la segunda está gobernada por una ideología liberal y privatista. Ciertamente, el *Onus Probandi* sigue siendo la regla general de la prueba en el derecho laboral.

Por medio de la constitucionalización del trabajo como un derecho fundamental, surgió la necesidad de garantizar y proteger los derechos de los trabajadores, entre ellos, la igualdad, no discriminación, y trabajo digno, obligando a que aparezcan nuevas figuras jurídicas como el Acoso Laboral o el Despido por Discriminación que tutelan precisamente estos derechos no patrimoniales, intangibles, además irrenunciables e inalienables del trabajador. Los trabajadores inmersos en al menos de una de las categorías sospechosas del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República han sido social e históricamente víctimas de discriminación, rechazados y limitando su ingreso, permanencia o retorno al mercado laboral

por su condición de vulnerabilidad. La justicia constitucional ha reconocido la garantía de la estabilidad laboral reforzada, será estos grupos que requieren un trato especial por su condición, ya que son colectivos que constantemente han sido sujetos de discriminación y segregación en la esfera laboral.

A través de la sentencia No. 080-13-SEP-CC en el Caso No. 0445-11-EP la Corte Constitucional del Ecuador estableció como precedente jurisprudencial que, al decretar la garantía de estabilidad laboral reforzada para trabajador en estado de vulnerabilidad que han sido despedido, también, simultáneamente, se debe aplicar la teoría moderna de la Movilidad de la Carga de la Prueba a través de la inversión de la carga de la prueba, imponiendo al empleador la obligación de descargar o desechar la discriminación como motivo o causa de la terminación ilegal del contrato de trabajo. De no hacerlo, a *prima facie* se presumirá que el despido o terminación del contrato concluyó mediante una causa de discriminación en contra del trabajador. Entonces, a la luz del criterio de la Corte Constitucional del Ecuador y de los jueces de la Sala Laboral de la Corte de Justicia Nacional para decretar la garantía de estabilidad reforzada y la inversión de la carga de la prueba, el trabajador deberá probar que se encuentra en un grupo vulnerable y deberá aportar indicios y elementos suficientes sobre la discriminación que alega haber sufrido.

Observadas las diferentes sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador donde se ha analizado sobre la estabilidad laboral reforzada y la inversión de la carga de la prueba, se observa que el empleador deberá desechar o descartar la discriminación aportando argumentos y pruebas cumpliendo con los requisitos de lógica, razonabilidad, objetividad y coherencia para fundamentar que el despido o terminación del contrato no fue por un acto de discriminación debido al estado de vulnerabilidad del trabajador. En este sentido, el empleador cuando reciba una demanda por despido por discriminación no deberá dar contestación arguyendo que fue

por: (1) restructuración de personal, (2) pérdida de confianza, incumplimiento de obligaciones y funciones laborales, (3) disminución o pérdida de las capacidades o aptitudes para el trabajo, (4) bajo rendimiento físico o psicológico, y otros similares. Por consiguiente, el empleador deberá ser precavido, si contesta la demanda con la negativa pura y simple de los hechos, porque es suficiente que el trabajador aporte los indicios o elementos para revertir la carga de la prueba y, en aquel escenario, el empleador corre el riesgo de quedarse sin medios de prueba y que la demanda *a priori* sea aceptada.

A criterio de la mayoría de los jueces de la Sala Laboral de Corte Nacional de Justicia que fueron entrevistados, se pudo observar que los criterios recogidos en las sentencias de la Corte Constitucional sobre la inversión de la carga de la prueba a fin de que el empleador descarte la discriminación como causa del despido de un trabajador en estado de vulnerabilidad es aplicable a la justicia ordinaria, sin perjuicio de que dichos criterios hayan surgido de la justicia constitucional. A pesar de lo dicho, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, los beneficios de la justicia constitucional son mayores a los de la justicia ordinaria en conflictos laborales, pues un juez ordinario no puede decretar el reintegro al puesto de trabajo o el pago de las remuneraciones no percibidas desde el tiempo del despido hasta el reintegro y, tampoco ordenar la indemnización por los daños causados. Entonces, se puede determinar que existe una desigualdad por resultado entre ambas justicias, ordinaria y constitucional, cuando lo ideal sería que ambas cuenten con las mismas herramientas y facultades al momento de juzgar y de esta manera garantizar de manera igualitaria los derechos de los trabajadores vulnerables que han sido despedidos.

En este sentido, dando respuesta a la cuestión planteada en la Introducción, se puede decir que este estudio no pretende desconocer ni restar importancia al principio del *Onus Probandi*, sino por el contrario, perfeccionarlo y complementarlo a través de la implementación

de las teorías de la Movilidad de la Carga de la Prueba para que se pueda considerar un sistema dual sobre la carga de la prueba. Así lo aplica la Corte Constitucional del Ecuador en sus sentencias donde se ha conocido el despido de un trabajador en estado de vulnerabilidad que ha sido despedido y, en aquel escenario, ha exigido al empleador desechar la discriminación como motivo del despido. En las entrevistas a los Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, como juzgadores de casación, se desprende que existen pocos procesos que resuelvan cuestiones relacionadas con el despido por discriminación por lo que no se ha podido tener aún un criterio objetivo o reiterado sobre la aplicación del precedente constitucional de la sentencia No. 080-13-SEP-CC en el Caso No. 0445-11-EP de la Corte Constitucional del Ecuador en procesos de justicia ordinaria de trabajadores que están sujetos al Código de Trabajo. Sin embargo, en la sentencia del proceso No. 01371-2016-00458 de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay, el tribunal aplicó el precedente referido a efecto de exigir con argumentos y pruebas objetivas, lógicas y razonables, que sea el empleador, la parte procesal que descarte la discriminación como motivo del despido, demostrándonos así que si es aplicable este pronunciamiento en la justicia ordinaria. Por las consideraciones expuestas, con este trabajo de investigación se ha demostrado que los criterios de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en el caso del despido por discriminación de trabajadores en estado de vulnerabilidad deben ser aplicable en todos los casos que sobre el tema se ventilen en la justicia ordinaria.

## Bibliografía

- Arteaga García, A. (2022, junio 9). Inversión de la carga de la prueba, obligación del empleador de descartar la discriminación como motivo de despido a personas vulnerables. [Entrevista personal].
- Constitución de la República del Ecuador, Pub. L. No. Registro Oficial No. 449 (2008).
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Pub. L. No. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 52 (2009).
- Código Orgánico General de Procesos, Pub. L. No. Registro Oficial Suplemento No. 506 (2015).
- Baylos Grau, A. P. (1994). La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva. *Derecho Privado y Constitucional*, 107-129.  
file:///C:/Users/pandr/Downloads/Dialnet-LaIgualdadDeLasPartesEnElProcesoLaboralYLaTutelaJu-1426769%20(1).pdf
- Bordalí, A. (2016). Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. *Revista de derecho*, 23, 173-198.
- Bordalí, A. (2020). La carga de la prueba en el proceso civil: Una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas. *Estudios de Derecho*, 170, 201-225.
- Bujosa Vadell, L., & Bueno de Mata, F. (2018). La prueba en el proceso: Perspectivas nacionales. <https://bibticapps.upf.edu/tirant/auth.php?isbn=9788491909521>
- Castillo Aguirre, D. (2021, junio). El derecho a la igualdad material en contratos de servicios ocasionales. Comentario de fallo. *Revista de Derecho FORO*, 35, 65-88.
- Chaverra Madrid, P. (2020). La carga de la prueba: Una barrera de acceso a la administración de justicia para los empleados públicos. 17, 93-123.

Código del Trabajo, Pub. L. No. Registro Oficial Suplemento No. 167 (2005).

Código General del Proceso, Pub. L. No. Diario Oficial de Colombia No. 1564 (2012).

Código de Procedimiento Civil, Pub. L. No. Registro Oficial Suplemento No. 58 (1987).

Código de Procedimiento Civil, Pub. L. No. Registro Oficial Suplemento No. 687 (2005).

Sentencia No. C-086/16, Expediente D-10902 (Corte Constitucional de Colombia 24 de febrero de 2016).

Sentencia de Tutela No. 521/16, T-653889229 (Corte Constitucional de Colombia 21 de septiembre de 2016).

Sentencia de Tutela No. 572/17, T-5877618 (Corte Constitucional de Colombia 13 de septiembre de 2017).

Sentencia de Tutela No. 041/19, T-6951249 (Corte Constitucional de Colombia 4 de febrero de 2019).

Sentencia de Tutela No. 305/20, T-7622236 (Corte Constitucional de Colombia 11 de agosto de 2020).

Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Sentencia No. 080-13-SEP-CC. Caso No. 0445-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 9 de octubre de 2013).

Sentencia No. 016-16-SEP-CC, Sentencia No. 016-16-SEP-CC. Caso No. 2014-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 13 de enero de 2016).

Sentencia No. 292-16-SEP-CC, Caso No. 0734-13-EP (Corte Constitucional del Ecuador 7 de septiembre de 2016).

Sentencia No. 375-17-SEP-CC, Sentencia No. 375-17-SEP-CC. Caso No. 0526-13-EP (Corte Constitucional del Ecuador 22 de noviembre de 2017).

Sentencia No. 108-14-EP/20, Sentencia No. 108-14-EP/20. Caso No. 108-14-EP (Corte Constitucional del Ecuador 9 de junio de 2020).

Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados. Caso No. 3-19-JP y acumulados (Corte Constitucional del Ecuador 5 de agosto de 2020).

Sentencia No. 1273-2012, Sentencia No. 1273-2012 (Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia 4 de junio de 2013).

Sentencia No. 17371-2018-04858, Sentencia No. 17371-2018-04858 (Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia 14 de enero de 2021).

Sentencia No. 17316-2019-00033, Sentencia No. 17316-2019-00033 (Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia 19 de julio de 2021).

Sentencia No. 09359-2019-02778, Sentencia No. 09359-2019-02778 (Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia 19 de noviembre de 2021).

Sentencia No. SL1360-2018, SL1360-2018 (Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia de Colombia 11 de abril de 2018).

Sentencia SL1452-2019, N.º 68852 (Corte Suprema de Justicia de Colombia 3 de abril de 2019).

Sentencia STL1940-2020, Sentencia No. 58742 (Sala de Casación Laboral 18 de febrero de 2020).

Couture, E. (1958). Fundamentos del derecho procesal civil (Tercera). Roque DEPALMA Editor.

Damaška, M. R. (2000). Las caras de la justicia y el poder del estado: Análisis comparado del proceso legal (1. ed). Ed. Jurídica de Chile.

Devis Echandía, H. (2015). Teoría general de la prueba judicial (Reimpresión de la sexta edición). Temis.

- Díaz Restrepo, J. C. (2016). La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. 1, 12, 202-221. <https://doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>
- Fernández Toledo, R. (2020). La Prueba en el Proceso Laboral. Tirant lo Blanch.
- Ferrer Beltrán, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. *Contra la carga de la prueba*, 53-87.
- Forero Vargas, E. (2017). Trazos en la construcción de un derecho procesal laboral colombiano. Universidad Libre.
- Herrera Vásquez, R. (1991). La Inversión de la Carga de la Prueba: ¿Manifestación del «In Dubio Pro Operario»? THEMIS: Revista de Derecho, 45-48. [file:///C:/Users/pandr/Downloads/Dialnet-LaInversionDeLaCargaDeLaPrueba-5110061%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/pandr/Downloads/Dialnet-LaInversionDeLaCargaDeLaPrueba-5110061%20(1).pdf)
- Lanas Medina, E. (2010). La prueba en demandas laborales por discriminación. *Revista de Derecho FORO*, 14, 69-89. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2978/1/05-Lanas.pdf>
- Meza-Salas, M. (2003). Autonomía del Derecho Procesal del Trabajo en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y la aplicación supletoria del proceso civil al laboral. [https://www.academia.edu/33942572/Autonom%C3%ADa\\_del\\_Derecho\\_Procesal\\_d el\\_Trabajo\\_en\\_la\\_Ley\\_Org%C3%A1nica\\_Procesal\\_del\\_Trabajo\\_y\\_la\\_aplicaci%C3 %B3n\\_supletoria\\_del\\_proceso\\_civil\\_al\\_laboral\\_Caracas\\_Venezuela\\_2003\\_](https://www.academia.edu/33942572/Autonom%C3%ADa_del_Derecho_Procesal_del_Trabajo_en_la_Ley_Org%C3%A1nica_Procesal_del_Trabajo_y_la_aplicaci%C3%B3n_supletoria_del_proceso_civil_al_laboral_Caracas_Venezuela_2003_)
- Muñoz Subía, K. (2022, junio 9). Inversión de la carga de la prueba, obligación del empleador de descartar la discriminación como motivo de despido a personas vulnerables. [Entrevista personal].



Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán, J., Giannini, L. J., & Taruffo, M. (2019). *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons.

Obando Garrido, J. M. (2016). *Derecho Laboral* (2da, Edición ed.). Editorial Temis.

Convenio sobre la protección de la maternidad, Pub. L. No. C-183 (2000).  
[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_IL O\\_CODE:C183](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL O_CODE:C183)

Parra, Q. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Librería Ediciones del Profesional.

Peyrano, J. W. (2003). *Lecciones de Procedimiento Civil*. Ed. Zeus.

Ricci, G. F. (2015). *Principi di diritto processuale generale* (6. ed. aggiornata alla legge 27 febbraio 2015, n. 18, sulla responsabilità civile del giudice). G. Giappichelli.

Rodríguez, L. M. (1995). *La Prueba en el Proceso Civil*. Marsol Perú Editores.

Sentencia SL1689-2019, No. 65791 (Corte Suprema de Justicia de Colombia 8 de mayo de 2019).

Tapia Rivera, E. (2022, junio 9). *Inversión de la carga de la prueba, obligación del empleador de descartar la discriminación como motivo de despido a personas vulnerables*. [Entrevista personal].

Tirado Hernández, J. (2016). *Curso de pruebas judiciales: En los procesos civiles, comerciales, de familia, agrarios, laborales, contenciosos administrativos y penales, incluyendo los nuevos códigos procesales*. Ediciones Doctrina y Ley.

Trujillo Vásquez, J. C. (2008). *Derecho del Trabajo* (Vol. 1). Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Ugarte Cataldo, J. L. (2009). *Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba*. XXXIII, 215-228.

Vega Gómez, J. (Ed.). (2002). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana [Review of El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, por C. Bernal Pulido]. 51-74.