UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON PASADO JUDICIAL PARA OCUPAR UN PUESTO, CARGO, FUNCIÓN O DIGNIDAD PUBLICA, VULNERAN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES"

TESIS PREVIA A OPTAR EL GRADO DE ABOGADO.

AUTOR:

RAMIRO FERNANDO AGUIRRE CELI

DIRECTOR DE TESIS:

DR. SHANDRY ARMIJOS FIERRO, MG. SC.

LOJA-ECUADOR

2016

CERTIFICACIÓN

Dr. Mg. Shandry Armijos Fierro,

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

Que el presente trabajo investigativo del señor Ramiro Fernando Aguirre Celi, bajo el título **"LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON PASADO JUDICIAL PARA OCUPAR UN PUESTO, CARGO, FUNCIÓN O DIGNIDAD PUBLICA, VULNERAN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES"**, ha sido dirigido y revisado prolijamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, Enero de 2016

Dr. Shandry Armijos Fierro Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Ramiro Fernando Aguirre Celi declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional Biblioteca Virtual.

AUTORA: Ramiro Fernando Aguirre Celi

FIRMA: .....

CEDULA: 1104184237

FECHA: Loja, enero de 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Ramiro Fernando Aguirre Celi, declaro ser autor de la tesis titulada "**LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON PASADO JUDICIAL PARA OCUPAR UN PUESTO, CARGO, FUNCIÓN O DIGNIDAD PUBLICA, VULNERAN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES**", como requisito para optar el grado de **ABOGADO**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realce un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja a los 11 Días del mes de enero del dos mil dieciséis. firma el autor.

.....

AUTOR: Ramiro Fernando Aguirre Celi

CEDULA: 1104184237.

DIRECCIÓN: Macara entre Mercadillo y Azuay.

CORREO ELECRONICO: ramiroaguirre2009@yahoo.es

TELEFONO: 0981560069

TRIBUNAL DE GRADO:

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Shandry Armijos Fierro. Mg. Sc.

Presidente del Tribunal: Dr. Miguel Brito Aguirre, Esp.

Primer Vocal: Dr. Guilber Herrera, Mg. Sc.

Segundo Vocal: Dr. Fernando Soto Soto, Mg. Sc.

DEDICATORIA

Por su apoyo incondicional ese amor que no encontraré en ningún otro lugar a mis padres y abuelitos le dedico este trabajo que es la culminación de un largo camino en el cual he forjado mis conocimientos, a mis maestros que me acompañaron en este andar, a cada uno de mis compañeros y amigos que compartieron conmigo alegrías y tristezas en especial a la Universidad Nacional de Loja por abrirme las puertas de la sabiduría.

El Autor.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de Loja, al Área Jurídica Social y Administrativa, Carrera de Derecho, por permitirme desarrollar mis habilidades intelectuales al abrirme sus puertas y formarme como una profesional del derecho, a mis padres por estar a mi lado en todo momento.

Gracias a ustedes por estar conmigo.

El Autor.

1. TÍTULO

“LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON PASADO JUDICIAL PARA OCUPAR UN PUESTO, CARGO, FUNCIÓN O DIGNIDAD PUBLICA, VULNERAN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES”.

2. RESUMEN

La discriminación es un problema social, que se encuentra en todos los niveles de nuestra sociedad. La discriminación por parte del Estado ocasiona que se fomente el irrespeto de los principios y derechos constitucionales.

"*La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica*"[1]. La supremacía constitucional es un principio universalmente aceptado y reconocido por la mayor parte de las constituciones del mundo, constituye un elemento esencial para garantizar su eficacia y no solo se queden en meros postulados.

La Ley Orgánica de Servicio Publico establece en su art. 10 como prohibición especiales para el desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público, haberse dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y, en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado.

[1] *Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial* Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 189.

Esta disipación colisiona con un deber primordial que tiene nuestro Estado, el de "*garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales*"[2].

Menoscaba el principio de igualdad ante la Ley y la prohibición de no discriminación por pasado judicial, vulnerando además el derechos al trabajo y de participación.

"*El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado*"[3].

Todos los ecuatorianos tenemos derecho a "elegir y ser elegidos"[4], a "*desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional*"[5].

---

[2] *Art. 3, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial* Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. *16*.
[3] *Art. 33 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial* Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 29.
[4] *Art. 61, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial* Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. *Pg. 45.*
[5] *Art. 61, numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 45*

Estos deberes, principios y derechos constitucionales mencionados anteriormente son esenciales para asegurar la dignidad como ser humano, el real reconocimiento del buen vivir, de este grupo de personas vulnerables que han cumplido con una sentencia condenatoria ejecutoriada. Lo determinado en el Art. 10 de la Ley Orgánica de Servicio Público, es totalmente incoherente con los postulados constitucionales, carece de sustento constitucional.

La inconstitucionalidad de esta norma requiere una urgente reforma para que se puedan respetar los derechos fundamentales de todas y todos los ecuatorianos.

ABSTRACT.

Discrimination is a social problem, found at all levels of our society. Discrimination by the state causes disrespect for the principles and constitutional rights is encouraged.

"The Constitution is the supreme law and prevails over any other law. The rules and acts of state must maintain compliance with constitutional provisions; otherwise they will have no legal effect. "Constitutional supremacy is a principle universally accepted and recognized by most of the constitutions in the world, it is an essential element to ensure their effectiveness and not just remain mere postulates.

The Organic Law on Public Service provides in art. 10 as a special prohibition against performing an office, position, function or dignity in the public sector, have led to a conviction executed for crimes of embezzlement, bribery, extortion or embezzlement; and, in general, those who have been convicted of defrauding the state institutions.

This dissipation collides with a primary duty of our state, "to ensure without discrimination the effective enjoyment of the rights established in the Constitution and in international instruments."

Undermines the principle of equality before the law and the prohibition of discrimination on criminal record, besides violating the rights to work and participation.

"Work is a right and a social duty and an economic right, a source of personal fulfillment and economic base. The State will guarantee working people full respect for their dignity and a decent life, fair remuneration and compensation and performance of a healthy and freely chosen or accepted. "

All Ecuadorians have the right to "elect and be elected" to "perform public office or employment based on merit and ability, and in a selection system and transparent, inclusive, equitable, pluralistic and democratic appointment, to ensure their participation, based on equity and gender equality, equal opportunities for people with disabilities and intergenerational participation. "

These duties, principles and constitutional rights mentioned above are essential to ensuring dignity as a human being, the recognition of the good life, of this group of vulnerable people who have met a conviction final. Determined in Art. 10 of the Organic Law on Public Service, is totally inconsistent with the constitutional principles, it lacks constitutional grounds.

The unconstitutionality of this standard requires urgent reform so that it can respect the fundamental rights of each and all Ecuadorians.

3. INTRODUCCIÓN.

La presente tesis titulada “LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON PASADO JUDICIAL PARA OCUPAR UN PUESTO, CARGO, FUNCIÓN O DIGNIDAD PUBLICA, VULNERAN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES”, se encuentra estructurada de la siguiente manera:

Marco Conceptual: En el que se recogen conceptos y definiciones de palabras utilizadas en el desarrollo de la presente Tesis de Grado, estos han sido recogidos de renombrados diccionarios, enciclopedias, de autores nacionales y extranjeros como: Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Ossorio Manuel, Diccionario de derecho constitucional de Prieto Sanchís Luis, Enciclopedia Jurídica de Espinosa Merino Galo, con ello se pretende facilitar la comprensión del tema abordado y su desarrollo.

Marco Teórico: Durante el desarrollo de este, se ha recogido doctrina referente a los derechos y principios constitucionales que vulnera la discriminación por pasado judicial, como prohibición especial para el ingreso al Sector Publico , de libros, revistas, periódicos de renombrados especialistas del derecho como: Teoría de la Constitución de Miguel Carbonell, Los Derechos y sus Garantías Ensayos Críticos de Ramiro Ávila Santamaria, La Agonía del

Derecho de Jorge Zavala Egas, Delitos Contra Administración Pública de Amoretti Pachas Mario.

Marco Jurídico: Se analizado la Legislación Ecuatoriana, como la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, Ley Orgánica de Servicio Público; en la Legislación Comparada en la que se ha tomado como referencia la normativa vigente de países: Colombia, Perú y España.

En cuanto a los métodos aplicados durante el desarrollo de la investigación se han utilizado: El Método Científico-Bibliográfico, Método Analítico, Método Descriptivo, El Método Inductivo y Deductivo.

En cuanto a las técnicas se ha utilizado la encuesta y la entrevista. Para la aplicación de la encuesta se ha tomado una muestra de una población o universo de 30 Abogados en libre ejercicio profesional, mientras que la entrevista se ha tomado de una población o universo de 5 profesionales conocedores de la materia como; Jueces y Ayudantes Judiciales. En cuanto a la Verificación de Objetivos: se ha verificado que los objetivos tanto el general como los específicos han sido cumplidos; el objetivo general; Durante el desarrollo del presente trabajo investigativo se ha podido realizar un exhaustivo análisis de la normativa constitucional, referente a los derechos fundamentales de las personas y las inconstitucionales presentes en la Ley Orgánica de

Servicio Público, relacionado con las prohibiciones especiales para ingresar al servicio público, estrictamente lo relacionado con su art. 10. Además se ha podido verificar este objetivo general dentro del Marco Doctrinario en los puntos 4.2.2. Derecho a la Igualdad y no Discriminación y 4.2.3. Derechos de Partición, dentro del Marco Jurídico se ha podido verificar con el desarrollo el punto 4.3.1. Derechos de los Servidores Públicos; El primer objetivo específico se ha podido verificar dentro del Marco Doctrinario, en el desarrollo de los puntos 4.2.1. Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, 4.2.2. Derecho a la Igualdad y no Discriminación y 4.2.3. Derechos de Partición. También dentro del Jurídico en el desarrollo de los puntos 4.3.1. Derechos de los Servidores Públicos y 4.3.2. Prohibiciones Especiales para ser parte del Servicio Público; El segundo objetivo específico se ha podido verificado con el desarrollo de la legislación comparada en donde se analizado legislaciones de Colombia, España y Perú; El tercer objetivo específico se ha podido verificar con los puntos 7.3. Fundamentación Jurídica de la propuesta de Reforma Legal y 9.1. Propuesta de Reforma. En cuanto a la investigación de campo se ha podido verificar con la quinta pregunta de la encuesta, el 93% de la población encuestada contesto que sí, considera necesario reformar al art. 10 de Ley Orgánica de Servicio Público y con la tercera pregunta de la entrevista, en donde los jurisconsultos preguntados según sus criterios están de acuerdo en realizar una propuesta de reforma a la Ley Orgánica de Servicio Público.

La hipótesis se ha podido contrastar positivamente dentro del Marco Conceptual, Marco Doctrinario y Jurídico. En cuanto a la investigación de campo se contrastar en su totalidad con las preguntas de la encuesta y las entrevistas.

La Fundamentación Jurídica para la propuesta jurídica ha sido realizada en base a fundamentos constitucionales.

La Propuesta de Reforma Jurídica ha sido establecida con el afán de proteger los derechos y garantías constitucionales.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. Discriminación.

"La palabra "discriminar" proviene del latín ***discriminare*** y en su primera acepción alude a seleccionar algo o a alguien excluyendo a los demás.

No obstante, aquí nos interesa la segunda acepción de esta palabra, discriminar consiste en dar trato de inferioridad a una persona por motivos raciales, religiosos, políticos o económicos etc. "*Generalmente, al hablar de discriminación nos referimos a la discriminación en sentido negativo, pues se está tratando indebidamente a una persona por causas injustificadas.*"[6] El trato diferente a los iguales y a los diferentes como iguales, fomenta la discriminación en sentido negativo.

"La discriminación antropológicamente hablando está íntimamente ligada al racismo, que responde a una ideología irracional, antihumana, sin ningún sustento científico y es utilizada para justificar la dominación, la exclusión y la supremacía racial-cultural de unos pueblos sobre otros, considerados inferiores".[7]

---

[6] *http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esoetica/quincena8/quincena8_contenidos_4.htm*
[7] *http://www.llacta.org/organiz/coms/2007/com0130.htm.*

El tema de la discriminación en Ecuador es pertinente analizarlo y sobre todo combatirlo debido a que desgraciadamente esta aberración humana es latente en nuestro país no solo a nivel de sociedad sino también a nivel del Estado. Este, es un problema que desgraciadamente no se dio únicamente en el pasado, sino que sus ramificaciones llegan hasta el aquí y el ahora.

"Discriminar es separar, diferenciar o excluir a alguna persona, o tratarla como un ser inferior, o privarle de derechos, por ciertas características físicas, por sus ideas, por su religión, por su cultura, por su orientación sexual, por su posición económica, u otros motivos aparentes. Este menosprecio hacia el considerado "diferente" afecta su dignidad humana, y lo somete a maltratos y abusos. Una forma positiva de discriminación sería diferenciar los grupos o personas con mayores carencias, con el fin de ayudarlos."[8]

"Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos"[9], cuando a un ser humano se le niega el derecho a la igualdad, surge la problemática de la discriminación. Ya que la discriminación no es un fenómeno aislado seda en todos los niveles sociales y culturales, aun en el ordenamiento jurídico, nuestra legislación de un modo u otro siempre discrimina a los destinatarios de sus normas.

[8] *http://deconceptos.com/ciencias-sociales/discriminacion.*
[9] *Art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pg. 11.*

La discriminación ejercida desde el Estado es mucho más abominable, nacido recién hace 177 años, se fundó bajo las premisas del racismo y la discriminación y en su carta fundacional consagró la exclusión de los pueblos indígenas y negros.

Si bien es cierto que gracias a la tenacidad de la lucha indígena, recién desde 1.998 los derechos como pueblos indígenas ya están consignados en esta Carta Política, y se ratificó el Convenio 169 de la OIT, sin embargo éstos en la práctica son letra muerta, no ha habido ningún avance en cuanto garantizar sus demandas históricas a territorio, autonomía, autodeterminación, respeto y desarrollo de sus culturas milenarias.

4.1.2. Tipos de Discriminación.

Nuestra Constitución establece algunos tipos de discriminación, entre los cuales establece "*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"*[10]. Lo que determina nuestra Constitución en su art. 11 numeral 2, determina el bien jurídico de no

[10] *Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 21.*

discriminación e igualdad, permitiendo que la ley sancione y proteja a las personas que son víctimas de discriminación.

Hay varios tipos de discriminación dependiendo si se analiza desde el punto de vista de quién discrimina (autor) o de la forma en que se discrimina. Para el caso, según el autor de la discriminación, podemos hablar de discriminación cometida por personas naturales o por personas jurídicas, por agentes del Estado o por particulares, o por instituciones públicas o privadas. Así también, dependiendo de la forma en que se comete la discriminación puede ser formal o informal, normativa o conductual, intencional o no intencional, por acción u omisión, positiva o negativa.

TIPOS DE DISCRIMINACIÓN SEGÚN EL AUTOR.

- Por Personas Naturales o Jurídicas.

Persona natural es cualquier hombre o mujer sujeto de derechos y obligaciones, *"en un sentido general se aplica a los individuos de la especie humana"*[11]. *"Persona jurídica es un ente, diferenciado de la persona natural, que puede también ser sujeto de derechos y obligaciones y que siempre está conformado por un grupo de personas naturales que buscan una finalidad específica"*[12]*."* Esta clasificación diferencia entre un acto discriminatorio de un vecino, compañero de trabajo o maestro (personas naturales), de un acto

[11] *Art. 20 del Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 26 de junio de 2005. Pg. 7.*
[12] *AZERRAD Rafael, Extensión de la Quimera; Buenos Aires; Editorial Astrea; 1979; Pg. 108*

discriminatorio cometido por una institución bancaria, un colegio profesional o un comercio (personas jurídicas)"[13].

Para el caso, un compañero de trabajo puede discriminar a otro por el color de piel oscuro y celebrar reuniones sociales con todos los empleados y no invitarlo. Ese sería un acto discriminatorio incorrecto pero no surte mayores consecuencias legales que aquellas del derecho privado, entre partes, por cualquier daño o perjuicio ocasionado.

Por el otro lado, un banco puede eliminar de la lista de candidatos para cajera por el color, raza o discapacidad y en ese caso, sí debe haber mayores consecuencias legales mediante la intervención del Estado con leyes que prohíban la discriminación en el empleo.

- Por Agentes Del Estado O Particulares.

"En materia de derechos humanos, esta clasificación toma mucha importancia porque los agentes del Estado actúan en representación del Estado mismo, que ha asumido obligaciones a nivel internacional, de respetar y garantizar los derechos humanos"[14], y más específicamente, el principio de igualdad o de no discriminación. Como claro ejemplo podemos referirnos al tema del presente trabajo investigativo que nos ocupa; La imposibilidad de poder ocupar un

[13] *Centro de Documentación de Honduras Unidad de Estudio para la Prevención de la Discriminación. Pg. 5.*
[14] *Centro de Documentación de Honduras Unidad de Estudio para la Prevención de la Discriminación. Pg. 5.*

puesto, cargo, función o dignidad en el sector público, por haber tenido un sentencia condenatoria ejecutoria. La discriminación por pasado judicial por parte del Estado fomenta la desigualdad de los derechos de las personas de gozar de los mismos, deberes y oportunidades, los derechos de participación y discriminación en el ámbito laboral, en un futuro podrá convertirse en demandas contra el Estado por inconstitucionalidad a nivel nacional y a nivel internacional ante la Comisión de derechos humanos. Por otro lodo la discriminación por pasado judicial en la Empresa Privada en donde nuestra legislación laboral establece el principio de *"libertad de trabajo y de contratación"*[15], le da la potestad al empleador en este caso a contratar a cualquier persona de acuerdo con los criterios personales del empleador. No se puede obligar al empleador a la contratación de una persona con pasado judicial. Esto ocasiona un vacío jurídico en nuestro ordenamiento jurídico atenta con la inclusión en el ámbito laboral a estas personas, se debe obligar la contratación en un porcentaje mínimo como medida de acción afirmativa para la no vulneración de sus derechos. En cuanto a las personas con capacidades especiales nuestro Código de Trabajo determina; *"El empleador público o privado, que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, está obligado a contratar, al menos, a una persona con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales, observándose los principios de*

[15] *Art. 3 del Código del Trabajo. Codificación 17, Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de Diciembre del 2005. Pg. 7.*

equidad de género y diversidad de discapacidad"[16], de esta manera *"el Estado esta adoptado medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad"*[17]. Garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación de este grupo vulnerable.

Si bien es cierto que normalmente es el Estado el que adquiere obligaciones en el derecho internacional, no es menos cierto que dentro de esas amplias obligaciones de garantía de los derechos humanos, el Estado puede y debe regular algunas circunstancias que se dan en el ámbito privado porque erosionan los esfuerzos de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, el Estado debe regular el respeto a los derechos humanos, y más específicamente, de la no discriminación, en los empleos, centros privados de salud, centros privados de educación, entes comerciales o industriales, etc. La obligación de garantizar los derechos humanos es del Estado pero la obligación de respetarlos es de todos.

- Por Instituciones Públicas o Privadas.

"Habrá casos en los que el Estado como entidad pública discrimine a alguna persona, así como habrá casos en los que lo hay instituciones

[16] *Art. 42, numeral 33 del Código del Trabajo. Codificación 17, Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de Diciembre del 2005. Pg. 60.*

[17] *Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 21.*

privadas"[18]*.* Por ejemplo, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) podría disponer una política de contratación que determine que no podrá contratar personas mayores de 50 años, porque están pronto a jubilarse en cuyo caso se dará la discriminación cometida por una institución pública.

También puede ser que el Colegio de Abogados de la Provincia de Loja determine que no podrá contratar personas que pertenezcan al partido de oposición, en cuyo caso será discriminación cometida por instituciones privadas.

TIPOS DE DISCRIMINACIÓN SEGÚN LA FORMA EN QUE SE COMETE

- Formal o Informal.

Como se explicó en un principio, *"hay casos en los que nuestras actividades cotidianas consisten en discriminación pero del tipo informal, es decir, sin consecuencias legales prohibitivas"*[19]*.* Tal es el caso de la discriminación que hacemos al momento de seleccionar un candidato para un puesto en lugar de otro, porque tiene más años de experiencia o más preparación académica, o cuando discriminamos sobre los estudiantes que admitimos o no en una escuela privada, según sus méritos académicos, etc.

---

[18] *Centro de Documentación de Honduras Unidad de Estudio para la Prevención de la Discriminación. Pg.6.*

[19] *Centro de Documentación de Honduras Unidad de Estudio para la Prevención de la Discriminación. Pg.6.*

"La discriminación de tipo formal es aquella prohibida por los convenios y organismos defensores de los derechos humanos, porque se utiliza para crear un prejuicio a otra persona, basada únicamente en la intolerancia a la diversidad de las características inherentes o adquiridas de los seres humanos"[20]. Para el caso, hay discriminación formal cuando expulsamos a un alumno de una escuela únicamente por ser ateo o dejamos de contratar a un candidato idóneo para un puesto sólo porque tiene una piel obscura.-

- Normativa o Conductual.

"La discriminación normativa es aquélla que se refleja en toda ley, reglamento, ordenanza, norma, política o procedimiento preestablecido ya sea por el Estado o por instituciones privadas"[21].

La discriminación conductual es aquella que se refleja en el comportamiento hostil, despectivo y prejuiciado de las personas contra grupos específicos.

- Intencional o No Intencional.

"La discriminación intencional, como su palabra lo indica, es aquélla que se comete con la intención de crear el resultado discriminatorio, con ofensas, agresión, demérito o rechazo.

[20] *Centro de Documentación de Honduras Unidad de Estudio para la Prevención de la Discriminación. Pg.6.*
[21] *Centro de Documentación de Honduras Unidad de Estudio para la Prevención de la Discriminación. Pg.6.*

La discriminación no intencional se da cuando se comete un acto discriminatorio pero no pensando o ignorando las consecuencias discriminatorias que tendrá"[22]. A pesar de su carácter no intencional, este tipo de discriminación también se entiende prohibida según los convenios internacionales de protección de derechos humanos que no hacen diferencia en la voluntad de discriminación del autor.

- Por Acción u Omisión.

"Esta clasificación se refiere al hacer o dejar de hacer algo que dé como resultado la discriminación"[23]. Si yo como policía detengo a un joven porque lo veo sospechoso de ser un delincuente, sólo porque no me pareció correcta su forma de hablar, vestir o sus tatuajes, y luego además no se encuentra ningún cargo contra el joven, yo podría haber incurrido en discriminación por acción. Si por el contrario, yo como Asambleísta formo parte de una comisión para velar por los derechos de los discapacitados y nunca promuevo una iniciativa de ley que proteja sus derechos porque en el fondo siento un rechazo hacia ellos, yo incurriría en discriminación por omisión.

- Positiva o Negativa

Como vimos anteriormente, *"la discriminación positiva consiste en medidas que se toman para asegurar una igualdad efectiva y no meramente teórica*

[22] *Centro de Documentación de Honduras Unidad de Estudio para la Prevención de la Discriminación. Pg. 7.*
[23] *Centro de Documentación de Honduras Unidad de Estudio para la Prevención de la Discriminación. Pg. 7.*

entre los habitantes de un país y está reconocida por los convenios y órganos internacionales protectores de los derechos humanos"[24]. Por ejemplo, una ley que dispone que en la contratación de médicos para los hospitales públicos debe cumplirse una cuota del 30% de mujeres, porque tradicionalmente se ha sabido que las mujeres han sido excluidas en los campos profesionales y, en este caso, de la medicina. Este tipo de discriminación es muy controvertida porque hay algunos que piensan que se utiliza un mal para curar otro. Así también, por el contrario, hay otros que opinan que la discriminación no se erradicará con la simple prohibición de la discriminación, sino con medidas activas para cambiar las leyes, las políticas y los comportamientos sociales.

"La discriminación negativa es aquélla prohibida por los convenios y órganos internacionales de derechos humanos que clasifica a ciertos grupos por distintas condiciones sociales, con rechazo, demérito y menosprecio de su condición y limita el goce de sus derechos como seres humanos"[25].

Por ejemplo, una ley que disponga que los Asambleístas a la Asamblea Nacional no pueden ser ateos porque deben tener cierta moral religiosa que los ayude a tomar buenas decisiones para el país.

[24] *Centro de Documentación de Honduras Unidad de Estudio para la Prevención de la Discriminación. Pg.7.*
[25] *Centro de Documentación de Honduras Unidad de Estudio para la Prevención de la Discriminación. Pg.7.*

En conclusión, la discriminación puede tener muchas facetas, dependiendo de cómo se analice su forma de acción, su autor, o sus consecuencias o efectos sobre los grupos discriminados.

4.1.3. Servidor Público y Sector Público.

Nuestra Constitución y la Ley Orgánica de Servicio Público definen a las servidoras o servidores públicos como *"todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables".*[26]

En nuestro país se consideran como servidores públicos a quienes laboran para la administración pública y cuya función es la de brindar servicios públicos a todos los ecuatorianos. El servicio público es una actividad amplia por sus características, organización y forma. Es un interés general que está por encima de cualquier otra circunstancia, en donde el Estado tiene la obligación de asegurar la prestación del mismo con eficiencia y eficacia.

El Profesor Gustavo Penagos, en su obra Derecho Administrativo, define a los servidores públicos de manera clara y sencilla, y dice: *"Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, ejercerán sus funciones en la*

[26] *Art. 229 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 118.*

forma prevista por la Constitución, la Ley y el Reglamento"[27]*. "Son deberes de las o los servidores públicos, respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución de la Republica, leyes y reglamentos y más disposiciones expedidas de acuerdo con la ley".*[28]

Todos los actos de los servidores públicos deben estar dentro de la legalidad y el respeto de la supremacía constitucional o los mismos carecerán de eficacia jurídica.

"Las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y al finalizar su gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos, así como la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias; quienes incumplan este deber no podrán posesionarse en sus cargos. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional harán una declaración patrimonial adicional, de forma previa a la obtención de ascensos y a su retiro. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito."[29]

La declaración patrimonial, asegura la transparencia de las funcionarios público en el desempeño de sus funciones, como medida preventiva de inmiscuirse en actos de corrupción.

---

[27]PENAGOS Gustavo. Derecho Administrativo. Pg. 34.

[28] Art. 22, literal "A" de la Ley Orgánica de Servicio Público en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 294, 6 De Octubre De 2010.

[29] *Art. 231 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 118.*

"Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito"[30]. Estos tipos de delitos contra la eficiencia de la administración pública tipificados en la Sección Tercera de nuestro Código Orgánico Integral Penal, por mandato constitucional *"la acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas"*[31].

Se trata de impedir el ejercicio del poder punitivo, una vez que han transcurrido determinados plazos a partir de la comisión del delito o del pronunciamiento de la condena, sin haberse cumplido la sanción, con el único fin de salvaguardar el interés del Estado.

"El sector público comprende:

1. *Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa,*

---

[30] *Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 119.*

[31] *Art. 233* de la Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 118.*

Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

2. *Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.*

3. *Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.*

4. *Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos"*[32].

Las disposiciones constitucionales imponen a la administración pública dentro del ámbito de su competencia, la obligación de crear mediante ley o acto normativo el servicio público, como herramienta necesaria para cubrir una necesidad que cuyo destinatario es el público en general.

"Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución"[33].

---

[32] *Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 117.*

[33] *Art. 226* de la Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 117.*

"La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación"[34].

El servicio público es general, es para toda la población sin distinción de ninguna persona. Por ejemplo: Servicio de salud, educación, etcétera. Por lo cual tendrán las personas los mismos beneficios igualitarios del servicio que presta el Estado.

4.1.4. Sentencia.

*"La palabra sentencia procede del **latín sintiendo**, que equivale a sintiendo por expresar la sentencia lo que siente u opina quien dicta. Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su opinión y según la ley o norma aplicable"*[35].

Para Manuel Ossorio sentencia es el *"Acto procesal emanado de los órganos jurisdiccionales que deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento"*[36].

Sentencia es la resolución legal de un juez que pone fin a la litis, declara o reconoce el derecho o razón de una de las partes.

---

[34] *Art. 227 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 117.*
[35] GUILLERMO CABANELLAS. Diccionario Jurídico Elemental. EDITORIAL HELIASTA 2008. Pg. 397.
[36] *OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, 2008, p. 878.*

En materia Civil, nuestro Código Orgánico General de Procesos define a la sentencia como *"la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso"*[37].

El Código Orgánico Integral Penal en su parte pertinente determina; *"Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos.*
El tribunal ordenará se notifique con el contenido de la sentencia dentro del plazo de diez días posteriores a la finalización de la audiencia, dela que se pueden interponer los recursos expresamente previstos en este Código y la Constitución de la República"[38].

Sentencia es la resolución legal de un juez que pone fin a la litis, declara o reconoce el derecho o razón de una de las partes.

Sentencia es una resolución judicial que decide definitivamente un proceso o una causa o recurso o cuando la legislación procesal lo establezca.

---

[37] *Art. 88 del Código Orgánico General de Procesos. Suplemento -- Registro Oficial Nº 506 -- Viernes 22 de mayo de 2015. Pg. 15.*
[38] *Art. 621 del Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Nº 180 - Lunes 10 de febrero de 2014. Pg. 121.*

Sentencia condenatoria ejecutoriada; *"La que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, la sentencia firme, por no caber contra ella sino el recurso extraordinario de revisión"*[39].

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Historia de los Derechos y Principios de las Personas.

El tránsito del Estado liberal al Estado Constitucional, supone una progresiva evolución de las generaciones de derechos humanos. "*En primer lugar surgieron los Derechos Civiles y Políticos, es decir los derechos reconocidos en las revoluciones liberales"*[40]. *"En segundo lugar, corresponde al Estado social la conquista histórica de los derechos de segunda generación, como los derechos económicos, sociales y culturales, reconocidos fundamentalmente durante la Revolución Industrial del Siglo XIX"*[41]. El Estado Constitucional, en cuanto Estado de derecho de tercera generación, expresa la última fase de conquista de derechos más novedosos y plurales de nuestra sociedad actual, tales como el derecho a un medio ambiente saludable, el derecho a la libertad informática y los derechos colectivos, entre otros más.

El Estado Constitucional, se caracteriza como un sistema de poder mínimo que concibe los derechos fundamentales como limites, a través de los cuales se

[39] GUILLERMO CABANELLAS. Diccionario Jurídico Elemental. EDITORIAL HELIASTA 2008. Pg. 398.
[40] *Barba M Gregorio. Historia de los Derechos Fundamentales, Madrid, Dikinso, 2001, cap 1, vol I. Pg. 225.*
[41] *Antonio Enrique, Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución. Madrid 2001. Boletín Oficial del Estado.*

maximizan la libertad y se minimiza la arbitrariedad e impunidad por parte de los gobernantes. Con ello propone una restructuración de la democracia, desglosa en dos dimensiones claras y distintas: democracia formal (relacionada con el procedimiento de toma de decisiones) y democracia sustancial (relativa a los derechos fundamentales).

"El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones.
Las soluciones que pueden desprenderse de un caso son múltiples y solo pueden ser determinadas en el caso concreto, por esto Alexy afirma que los principios proporcionan un haz de posibilidades para la persona que interpreta o aplica el derecho. La ambigüedad es una característica esencial del principio"[42].

El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente, es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción.

[42] *Ramiro Ávila Santamaria. "La Igualdad". Los Derechos y sus Garantías Ensayos Críticos. Quito, Corte Constitucional del Ecuador. Pg. 64.*

Ilustremos lo afirmado con un ejemplo cotidiano. En el derecho de los niños y niñas se establece que *"se atenderá al principio de su interés superior"*[43].

El interés superior significa que cuando se interpretan los derechos se tiene que visualizar la manera de aplicarlos de tal modo que se promueva el ejercicio de derechos y el desarrollo de las potencialidades de los niños y niñas. El principio del interés superior del niño obliga al responsable, en este caso el padre, a visualizar de qué manera se potencia de mejor forma el ejercicio de derechos.

4.2.2. El Servidor Público.

Las ramas del poder público traducen una manifestación del poder y de la actividad estatal, en desarrollo del principio de la separación de los poderes y de la necesaria especialización en el cumplimiento de las funciones públicas, las cuales se concretan en el cumplimiento de las funciones Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Electoral y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social a través de los diferentes órganos que las integran; pero igualmente dicho poder y actividad se sectorizan en otros órganos autónomos e independientes que han sido instituidos para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

[43] *Art. 44 de la de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 34.*

El conjunto de competencias atribuidas a dichos órganos constituyen la variedad de funciones públicas que deben ser desarrolladas por las personas naturales vinculadas mediante una relación de servicio, es decir, los servidores públicos, los cuales, están al servicio de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución y la ley.

Para Sergio García Ramírez, el servidor público, *"es quien presta sus servicios al Estado, en la forma y bajo la relación laboral, con el propósito de atender alguna de las atribuciones, funciones o tareas legalmente asignadas aquel"*[44].
La Ley Orgánica de Servicio Público en concordancia con nuestra Constitución define al servidor público como *"todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público"*[45].

Para que todas las Instituciones del Estado funcionen, es necesario el recurso humano, es decir, las personas físicas que formen y exterioricen la voluntad del Estado y que tendrán una responsabilidad correcta por el manejo de los asuntos públicos.

"Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y

---

[44] *García Ramírez, Sergio y Uribe Vargas, Erika, Derecho de los Servidores Públicos. Instituto Nacional de Administración Pública. UNAM, México, 2002. Pág. 4.*
[45] *Art. 229 de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 118.*

serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas."[46].

desempeñar sus funciones con total transparencia, legalidad, imparcialidad, eficiencia y honradez. Es el encargado del manejo del Estado mediante la función que le asignen o desempeñe. La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública es necesaria para poder salvaguardar los bienes públicos y el presupuesto del Estado, tratando de asegurar su correcta y licita utilización.

"Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables"[47], esto nos quiere decir que en cualquier tiempo podrán ser justiciables,

---

[46] *Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 119.*

[47] *Art. 229 de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 117.*

anteponiéndose a este derecho reconocido por nuestra Constitución la Ley Orgánica de Servicio Público, "*la servidora o servidor público, sea o no de carrera, tendrá derecho a demandar el reconocimiento y reparación de los derechos que consagra esta Ley, en el término de noventa días contados desde la notificación del acto administrativo"*[48]. Inculca el derecho de los servidores públicos para poder reclamar sus derechos constitucionales, esta disipación es carece de eficacia jurídica por lo tanto es inconstitucional.

4.2.3. El Puesto, Cargo o Función.

Los derechos de participación nos permiten a los ecuatorianos, *"a elegir y ser elegidos"*[49], *"a desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional"*[50].

Todo ecuatoriano que tenga los méritos suficientes o ser elegido por votación popular podrá ser parte del Servicio Público, es un derecho consagrado en nuestra Constitución, permitiéndonos desempeñar un puesto cargo, función o dignidad pública.

---

[48] Art. 90 de la *de la Ley Orgánica de Servicio Público en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 294, 6 De Octubre De 2010.Pg. 59.*

[49] *Art. 61, numeral 1, de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 45.*

[50] *Art. 61, numeral 7, de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 45.*

Guillermo Cabanellas nos indica que cargo es *"Responsabilidad atribuida a una persona. Falta atribuida a alguien por el indebido desempeño de sus funciones. Obligación impuesta por el disponente a la persona que recibe una liberalidad. Oficio o empleo desempeñados por una persona"*[51].

El cargo es el desempeño de las actividades que realiza una persona, en nuestro sistema de administración públicos, los cargos son considerados como servidores públicos, en el desempeño de una actividad ya sea oficio o empleo.

"Dignidad Publica es el empleo o puesto que lleva aneja cierta autoridad"[52]. Es ejercida por los funcionarios que han sido elegidos por votación polar, como el Presidente de la Republica, Asambleístas, Alcaldes, Concejales, miembros de las Juntas Parroquiales, el etc.

"Para la creación de puestos el Ministerio de Relaciones Laborales aprobará la creación de puestos a solicitud de la máxima autoridad de las instituciones del sector público, a la cual se deberá adjuntar el informe de las unidades de administración de talento humano, previo el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas en los casos en que se afecte la masa salarial o no se cuente con los recursos necesarios.

---

[51] *CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Tomo I, A-B, 25, Edición, 1997, p.75.*

[52] *CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Tomo I, A-B, 25, Edición, 1997, p.143.*

Se exceptúan del proceso establecido en el inciso anterior los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, las universidades y escuelas politécnicas públicas y las entidades sometidas al ámbito de la Ley Orgánica de Empresas Públicas"[53].

La creación de un puesto público tiene que solventar las necesidades del Estado para el correcto funcionamiento de sus funciones dentro de la legalidad, transparencia y eficiencia para el servicio de todos los ecuatorianos.

4.2.4. La Selección de Personal.

La selección de una persona para que labore en el sector público, ha sido siempre delicada. Nuestra Constitución establece que para *"el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora"*[54].

Si se omitiera la realización del concurso de méritos y opción provocara la destitución de la autoridad denominadora. Si el empleado público ingresara a ocupar una potestad pública omitiendo el concurso de méritos y opción se le

[53] *Art. 57 de la de la Ley Orgánica de Servicio Público en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 294, 6 De Octubre De 2010.Pg. 43.*
[54] *Art. 228 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 117.*

cesara de sus funciones de conformidad con lo establecido en el art. 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público; *"La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones por ingresar al sector público sin ganar el concurso de méritos y oposición"*[55].

La omisión de este requisito, opera inmediatamente el sumario administrativo respectivo, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales que dieran lugar, así lo determina el art. 107 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público; *"A quien ingresare al servicio público y se otorgare nombramiento provisional o definitivo sin haber cumplido con los requisitos establecidos en la LOSEP y este Reglamento General, al no haberse efectuado el respectivo concurso de méritos y oposición, a través del cual se haya declarado ganador, será destituido inmediatamente de su puesto previo sumario administrativo o cesación inmediata en el nombramiento provisional, según el caso, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales a que hubieren lugar"*[56].

No solo la omisión del concurso de méritos y oposición se puede considerar una arbitrariedad, sino el proceso miso de selección en el momento de la calificación del concurso, sobre esto hace referencia el art. 65 de la Ley Orgánica de Servicio Público; *"La calificación en los concursos de méritos*

---

[55] *Art. 4, literal h) de la de la Ley Orgánica de Servicio Público en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 294, 6 De Octubre De 2010.Pg. 34.*

[56] *Art. 107 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público. Decreto Ejecutivo 710.* Registro Oficial *Suplemento 418 de 01-abr.-2011.Pg. 38.*

y oposición debe hacerse con parámetros objetivos, y en ningún caso, las autoridades nominadoras podrán intervenir de manera directa, subjetiva o hacer uso de mecanismos discrecionales. Este tipo de irregularidades invalidarán los procesos de selección de personal"

Para la selección del personal que pueda ingresar a la función pública se ha realizado un gran avance con el establecer en nuestra constitución de forma obligatoria el concurso de méritos y oposición.

4.2.5. Nombramiento.

El acto de nombramiento para el desempeño de un cargo público implica la manifestación de la voluntad estatal de otorgarle a una persona la calidad de funcionario público. El nombramiento y por lo tanto la manifestación de la voluntad estatal referida deberá contenerse siempre a un acto administrativo que una vez promulgado y aceptado por el designado, implica el nacimiento de derechos y obligaciones.

Nicolás Granja Galindo manifiesta, "*el nombramiento de un servidor público, es un acto administrativo que da origen a derechos y a obligaciones entre el Estado y dicho servidor o funcionario. El acto de nombramiento produce sus efectos completos, según la doctrina más exacta, desde el día en que se expidió"*[57].El nombramiento de un servidor público es un acto administrativa mediante el cual el servidor y el Estado contraen derechos y obligaciones.

[57] GRANJA, Op, cit, Pg. 32.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público nos define claramente que es un nombramiento, *"entiéndase por nombramiento el acto unilateral del poder público expedido por autoridad competente o autoridad nominadora mediante la expedición de un decreto, acuerdo, resolución, acta o acción de personal, que otorga capacidad para el ejercicio de un puesto en el servicio público".*[58]

"Para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora. El término para posesionarse del cargo público será de quince días, contados a partir de la notificación y en caso de no hacerlo, caducarán"[59].

Los nombramientos extendidos para el ejercicio de un puesto en la función pública pueden ser:

"a) Permanentes: *El que se otorga a la o el ganador del concurso de méritos y oposición, una vez que haya aprobado el período de prueba;*

b) Provisionales: *Aquellos otorgados para ocupar temporalmente los puestos determinados en el literal b) del artículo 17 de la LOSEP; no generarán derecho de estabilidad a la o el servidor. Entre los cuales establece"*[60]*:*

---

[58] *Art. 16 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público. Decreto Ejecutivo 710.* Registro Oficial *Suplemento 418 de 01-abr.-2011.Pg. 8.*

[59] *Art. 16, literal b), de la de la Ley Orgánica de Servicio Público en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 294, 6 De Octubre De 2010.Pg. 15.*

[60] *Art. 17 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público. Decreto Ejecutivo 710.* Registro Oficial *Suplemento 418 de 01-abr.-2011.Pg. 8.*

- "El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto;

- El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada licencia;

- Para ocupar el puesto de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión;

Quienes ocupen puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior; y,

- De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior"[61]*;*

[61] *Art. 17, literal b), de la de la Ley Orgánica de Servicio Público en el Segundo Suplemento del Registro*

"c) De libre nombramiento y remoción: *Los expedidos a favor de personas que van a ocupar puestos de dirección política, estratégica o administrativa en las instituciones del Estado.* Es el nombramiento que se expide a personas que van a desempeñar funciones administrativas de asesoramiento técnico y especializado, designados por los funcionarios, por la situación de confianza que poseen. Una característica fundamental de este tipo de nombramiento, el funcionario que haya ingresado mediante esta forma de nombramiento, es la remoción como manera de dar concluido sus funciones. Ya que la autoridad nominadora puede proceder a separar de la institución pública, al funcionario de libre nombramiento y remoción en cualquier momento cuando lo estime conveniente, es lo que le diferencia del funcionario de carrera administrativa, ya que la forma de separar de la institución procede previo a un proceso administrativo, dando como resultado la cesación de sus funciones.

d) De período fijo: *Aquellos cuyos titulares son nombrados para ejercer un puesto en el servicio público por un período determinado por mandato legal"*[62].

El nombramiento de periodo fijo es empleado por la respectiva autoridad nominadora, para designar a una persona en el desempeño de un puesto en el servicio público cuya duración se encuentre establecido en la Ley.

Oficial 294, 6 De Octubre De 2010.Pg. 15.

[62] *Art. 17 de la de la Ley Orgánica de Servicio Público en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 294, 6 De Octubre De 2010.Pg. 8.*

4.2.6. La Sentencia Ejecutoriada Condenatoria.

Una sentencia ejecutoriada, *"quiere decir que no exista pendiente recurso alguno o que haya transcurrido el tiempo legal para interponerlo"*[63]. *"Por sentencia definitiva debe entenderse la que pone fin al proceso en sus instancias ordinarias, o hace imposible su continuación"*[64]. Este es el criterio generalmente aceptado, señalándola como la que termina el pleito o la que pone término al litigio sin que lo decidido pueda renovarse por otra vía o la que poniendo fin al pleito tiene, entre otros efectos jurídicos, el de extinguir la jurisdicción del juez y determinar cosa jugada respecto a los derechos sustanciales controvertidos en la litis.

- Producir cosa juzgada formal y material: *"Significa, en general, la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla". No constituye, pues, un efecto de la sentencia, sino una cualidad que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que vale para todos los posibles efectos que produzca"*[65]. De lo dicho se sigue que la cosa juzgada supone, fundamentalmente, la inimpugnabilidad de la sentencia, o, lo que es lo mismo, la preclusión de los recursos que procedan contra ella tanto por no haberse deducido, cuanto por haberse consumado la facultad de deducirlos. Al operarse tal preclusión, que obsta al ataque directo de las sentencias, se dice que ésta adquiere autoridad

---

[63] *Valentín Cortés Domínguez, y otros, Derecho Procesal. Pg. 27.*
[64] *Valentín Cortés Domínguez, y otros, Derecho Procesal. Pg. 27.*
[65] *Fernando de la Rúa, El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, Buenos Aires, Editorial Víctor de Zabalía, 1968, p. 547.*

de cosa juzgada en sentido formal. Cuando en cambio la sentencia, aparte de ser insusceptible de ese ataque directo mediante la interposición de un recurso, también lo es de un ataque indirecto a través de la apertura de un nuevo proceso. Se dice que aquélla goza de autoridad de cosa juzgada en sentido material.

La ejecutabilidad: *"es la propiedad de un sentencia, de servir para la ejecución forzosa"*[66].

4.2.7. El Pasado Judicial.

El término pasado judicial se utiliza normalmente para referirse a aquellas circunstancias que se han producido con anterioridad y anticipación a otras y que normalmente pueden servir para juzgar situaciones o acontecimientos posteriores o bien para comparar hechos pasados con hechos presentes y futuros**.**

Por otro lado y ya en otro contexto como ser el judicial**, *"un antecedente o antecedentes penales son aquellas anotaciones que se realizan en un registro correspondiente, dependiente del Ministerio del Interior, como ser los registros que lleva el poder judicial de una región en particular, de las condenas impuestas a los individuos como consecuencia de la comisión de algún delito*[67]*.***

[66] *Enrique Palacio Lino, Manual de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Abe1edo Perrot, 1986, p. 30.*
[67] *http://www.definicionabc.com/general/antecedente.php.*

Asimismo, los condenados por alguna falta, tienen el derecho, una vez saldadas las responsabilidades civiles o penales transgredidas, de exigirle, también a las autoridades competentes, que les extiendan de oficio o por previa solicitud, un certificado que dé cuenta de la cancelación de las anotaciones penales que hayan en su contra.

De conformidad con nuestro Código Orgánico Integral Penal, para garantizar el derecho al debido proceso penal a "*las víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como toda niña, niño o adolescente que participe en un proceso penal, tienen derecho a que se respete su intimidad y la de su familia.*

Se prohíbe divulgar fotografías o cualquier otro dato que posibilite su identificación en actuaciones judiciales, policiales o administrativas y referirse a documentación, nombres, sobrenombres, filiación, parentesco, residencia o antecedentes penales"[68].

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social.

La Constitución de la República aprobada en referéndum del 28 de septiembre del 2008, contiene principios, reglas y valores que inobjetablemente deben ser desarrolladas en normas secundarias. La

[68] Art. 5, numeral 20 del Código Orgánico Integral Penal. *Registro Oficial Nº 180 - Lunes 10 de febrero de 2014.*

Constitución contiene normas abstractas y generales que consagran: valores supremos, principios fundamentales, proclaman derechos, definen y organizan la estructura jurídica, política, económica y social del Estado.

Nuestra constitución es totalmente garantista de los derechos fundamentales de las personas. En su artículo primero establece un nuevo tipo de Estado; *"Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social"*[69], encaminándolo al nuevo constitucionalismo. Nuestra Constitución ha introducido muchas y trascedentes innovaciones en la estructura del Estado y funcionamiento, lo cual determina que las disposiciones relativas a los órganos que se encargan de la administración de justicia y su modo de operar igualmente se hayan modificado profundamente.

En el Estado constitucional de derechos y justicia social, el derecho constitucional sienta las bases normativas más generales que se refieren a la estructura de órganos del Estado, a sus ámbitos competenciales, a las relaciones entre los órganos estatales y sus límites frente a los gobernados. Por el desarrollo de esas bases normativas generales se da a través de las leyes.

"El garantismo constitucional, también conocido como neoconstitucionalismo, es una nueva filosofía y cultura jurídica y una nueva teoría del derecho. "El

[69] *Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 16.*

neoconstitucionalismo, como teoría del Estado funde elementos de dos tradiciones jurídicas originalmente contrapuestas: fuerte contenido material con forma normativa y garantía jurisdiccional de esa normatividad"[70]. Estas dos tradiciones jurídicas se resumen en lo que determina nuestra Carta Magna en su art. 424; *"La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica"*[71].

"En tanto teoría del derecho, el neoconstitucionalismo es profundamente crítico con varios postulados básicos del positivismo teórico: a) el carácter estatal del derecho positivo; b) la teoría positivista de las fuentes y su identificación del derecho con la ley; c) el axioma según el cual el ordenamiento jurídico es un sistema carente de contradicciones internas; d) la creencia en la actividad estática lógica y declarativa del juez. Por otra parte, mantiene intactos y comparte otros postulados fundamentales del positivismo: i) la coactividad del derecho; ii) su estructura y carácter imperativo"[72].

El nuevo constitucionalismo es crítico con los postulados del positivismo porque en modelos como el Estado de Derecho la supremacía constitucional se vea

---

[70] *Prieto Sanchís, Luis. "Neoconstitucionalismo". Diccionario de derecho constitucional. México, Editorial Porrúa, 2005, Pg. 420-423.*

[71] *Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 189.*

[72] Teoría de la Constitución: Ensayos Escogidos. Ed. Miguel Carbonell. México, Editorial Porrúa, 2005.

supeditada a la norma a las legislaciones Civiles y Penales, irrespetando los derechos constitucionales. El límite del poder del Estado Constitucional de Derechos, marca sus limiten en los derechos fundamentales de las personas.

Finalmente, en cuanto ideología de la justicia, el neoconstitucionalismo solo se puede entender como reacción ética a los abusos del positivismo, y como tal se separa de forma radical de la filosofía política del positivismo que al considerar justo el derecho por el solo hecho de serlo, posibilitó el avance y los resultados del totalitarismo. En ese sentido, comparte con el iusnaturalismo la búsqueda ética de la validez material de las normas, y la consideración de la materialidad y del denso contenido normativo de la Constitución. A su vez participa de algunas ideas positivistas como la identificación del derecho con el derecho positivo vigente, la distinción entre la moral y el derecho positivo, y la consideración de la Constitución como una norma jurídica directamente aplicable.

Si el neoconstitucionalismo es una metodología, una teoría y una filosofía del derecho que surge y se explica históricamente como una apertura a los derechos humanos y a los principios de justicia en reacción a los horrores fascistas, el modelo constitucional implícito en la actual Constitución ecuatoriana se entiende como una reacción humanista a los abusos del modelo constitucional autoritario que se desarrolló en nuestro país en los últimos 20 años.

“Estas similitudes y diferencias entre neoconstitucionalismo y positivismo son las que en última instancia permiten entender el fenómeno de “constitucionalización del ordenamiento jurídico” y la caracterización del Estado contemporáneo como un Estado constitucional de derechos donde:

a) El Estado tiene una nueva finalidad material: la garantía efectiva de los derechos de las personas;

b) La Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento por encima de la ley;

c) La Constitución en este tipo de Estado es norma jurídica directamente aplicable, sin que se requiera de desarrollo normativo secundario;

d) La omnipresencia de la Constitución en todas las esferas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes;

e) La coexistencia de valores tendencialmente contradictorios en lugar de homogeneidad ideológica;

f) El reforzamiento del papel del juez frente al resto de funciones estatales y particularmente frente a la antigua autonomía del legislador, pues se asigna a la jurisdicción una función directa de garantía de los derechos de las personas y de creación de derecho;

g) Se produce, además, un cambio sustancial en la forma de hacer los juicios de validez de las normas jurídicas: para que una norma sea válida no solo necesita haber sido promulgada cumpliendo ciertos procedimientos

previamente establecidos, sino que se requiere además la coherencia sustancial con los significados de la Constitución (validez material);

h) Toda esa nueva institucionalidad es garantizada por un organismo autónomo y especializado, el Tribunal o Corte Constitucional, cuya principal función es asegurar la supremacía e indemnidad de la Constitución"[73].

El modelo constitucional ecuatoriano de 2008 participa de los elementos del modelo constitucional postpositivista esbozados, con los siguientes elementos propios de la realidad constitucional local: a) la adopción de un modelo de democracia participativa en reemplazo de la antigua democracia representativa; b) la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; c) el fortalecimiento del papel de los jueces y la función judicial dentro de la arquitectura constitucional; d) la ampliación radical del sistema de garantías establecido en la Constitución; e) el reconocimiento al carácter multiétnico y pluricultural de las naciones latinoamericanas.

4.3.2. Derecho a la Igualdad y no Discriminación.

El principio de igualdad, en nuestra Constitución, tiene algunas interesantes variaciones. Reconoce a las personas *"el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación"*[74].

---

[73] *Prieto Sanchís, Luis. "Neoconstitucionalismo". Diccionario de derecho constitucional. México, Editorial Porrúa, 2005, pp. 426.*

[74] *Art. 66, numeral de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 47.*

- "La igualdad formal significa que, ante el sistema jurídico y no exclusivamente ante la ley, todas las personas deben ser tratadas de igual manera. En la versión clásica, que se sintetiza en la doctrina equal but separate, hay que tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, esto significaba que cabía trato diferenciado si es que la ley lo establecía. En otros termino la igualdad ante la ley o la igualdad de procedimiento no constituye en si un valor, si no hace referencia a elementos conexos con la igualdad material.

- En la igualdad material, en cambio, se introduce una análisis sustancial que pasa del sistema jurídico a la realidad de la persona; en este sentido, la fórmula de Santos contribuye a aclarar las consecuencias del trato igualitario en relación a la constatación de la diferencia: todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho ase diferentes cuando la igualdad descaracteriza"[75]*.* La igualdad material trata de eliminar la gran brecha que atenta a los seres humanos que han sido objeto de atropellos ocasionados por su color, su condición social o por sus capacidades diferentes, estas personas que se encuentran en desventaja con otras persona la igualdad material rompe todas esas barreras buscando la igualdad como principio rector de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social.

Garantiza la igualdad, define lo que significa la discriminación que queda prohibida y cierra con las acciones afirmativas. Nuestra Constitución recoge

[75] *Ramiro Ávila Santamaria. "La Igualdad". Los Derechos y sus Garantías Ensayos Críticos. Quito, Corte Constitucional del Ecuador. Pg. 72.*

todos los elementos reconocidos a nivel internacional para distinguir el trato igualitario del discriminatorio: enumera los criterios por los que se pueden discriminar y los prohíbe expresamente, en tanto la finalidad o consecuencia del trato distinto, menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

"Todas las personas son iguales y gozaran 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"[76].

Nuestra Constitución es congruente con los postulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su parte pertinente reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación.

[76] *Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 21.*

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"[77].

"Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"[78].

Estos dos derechos básicos que determina la nuestra Constitución y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, son las bases para poder conquistar el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social.

"El concepto de igualdad ha sido un principio que ha sufrido un largo camino para ampliarse a la protección y a la promoción de lo diverso. Una primera acepción tiene que ver con la concepción aristotélica de igualdad, por la que se debe tratar igual a lo que tiene características iguales y diferente a lo que es diferente"[79].

Igualdad sin discriminación consiste en respetar la diferencia cuando la igualdad descaracteriza, y combatir la diferencia cuando la distinción subordina.

---

[77] *Art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pg. 11.*
[78] *Art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pg. 12.*
[79] *Ramiro Ávila Santamaria. "La Igualdad". Los Derechos y sus Garantías Ensayos Críticos. Quito, Corte Constitucional del Ecuador. Pg. 72.*

La lucha por la igualdad ha sido siempre entre seres que tenían características comparables.

El reconocimiento de la igualdad ha sido, en última instancia, la lucha por el reconocimiento de la calidad de ser humano

El derecho humano de la igualdad ante la ley puede ser un principio o un valor, con el carácter de una condición general de validez. La igualdad como valor, es un regulador y no una forma concreta de vida, más bien es una medida abstracta. Y en la óptica normativa, la igualdad como principio, no es una descripción universal de la realidad, es una directriz genérica referida al tratamiento de la identidad entre sí de la realidad humana.

"La Segunda Sala de la Corte Constitucional en el caso No. 1533-2007-RA, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial Nº 63 de Viernes 11 de Julio del 2008, cuyo Juez Constitucional Ponente fue el Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, en su parte pertinente efectúa el siguiente análisis: …DERECHO DE IGUALDAD, El derecho a la igualdad es un derecho innato que poseemos los seres humanos a ser reconocidos iguales ante la ley; de disfrutar y gozar todos los derechos, sin importar su origen sea este nacional, raza, creencias religiosas, etc., Es el derecho que tenemos los seres humanos a no ser rechazados por nuestras condiciones o creencias, que la idea de sujeto implica universalismo, plenitud, permanencia, uniformidad,

borrándose lo que es tan real como la diferencia(Carlos de Cabo Martín, El Sujeto y sus Derechos, p.117), al respecto La Declaración Universal de Derechos Humanos, que es una Declaración que ningún Estado, persona a su libre albedrío debe dejar de cumplirla y mucho menos debe dejar de respetarla señala en el Art. 1 "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros ". El Art. 7 "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación". Por su parte La Convención Interamericana de Derechos Humanos dice: Art. 5. "Derecho a la Integridad Personal I. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". Ecuador al ser un Estado Constitucionalista, es un Estado garantista que busca el porvenir de las personas a través de la salvaguarda de sus derechos. Así el Art. 11, numeral 2 de la Constitución vigente, especifica: "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, portador UIH, 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 DESCRIMINACIÓN"[80].

Nótese que la Constitución no sólo prohíbe cualquier forma de discriminación sino que, además, dispone que la ley sancione toda forma de discriminación, lo cual significa que, bajo ninguna circunstancia, está permitida y si las normas infraconstitucionales contravienen el contenido de esta norma carecen de validez jurídica y deben ser expulsadas del sistema jurídico por inconstitucionales. El inciso primero del Art. 424 de la Constitución Prescribe: *"La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica"*[81].

4.3.3. Derechos de Partición.

Es deber primordial del Estado es el de *"garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales"*[82]. El Estado y todas sus Funciones debe respetar y hacer respetar la Constitución, todos sus actos deben estar en armonía con los lineamientos constitucionales.

---

[80] *Segunda Sala de la Corte Constitucional en el caso No. 1533-2007-RA.*

[81] *Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 189.*

[82] *Art. 3, numeral 1 de la de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 16.*

Los derechos de participación corresponden a los derechos políticos. La participación se realiza mediante el derecho al voto, a ejercer funciones públicos, a la representación paritaria etc.

"Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos:

1. *Elegir y ser elegidos.*

2. *Participar en los asuntos de interés público.*

3. *Presentar proyectos de iniciativa popular normativa.*

4. *Ser consultados.*

5. *Fiscalizar los actos del poder público.*

6. *Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular.*

7. *Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.*

8. *Conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten. Las personas extranjeras gozarán de estos derechos en lo que les sea aplicable"*[83].

[83] *Art. 61 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 45.*

Los derechos de participación guardan relación directa y deben leerse juntamente con lo que establece el Art. 95 referido a la Participación y organización del poder; *"Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.*

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria"[84].

Es notable que con esta norma se le otorgue al ciudadano una enorme facultad para estar involucrado en todo asunto de carácter público. Hay algo bastante rescatable en el Art. 95, nos habla de que estos derechos de participación se ejercerán mediante mecanismos de tres formas de democracia: representativa (el pueblo ejerce su poder mediante las autoridades o representantes a los que eligió); directa (el poder lo ejerce directamente el pueblo en una asamblea); y, comunitaria (las decisiones se adoptan en torno a los propios ordenamientos

[84] *Art. 95 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 67.*

de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas dentro del marco de la Constitución).

"Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional"[85]. Es un derecho consagrado en nuestro Constitución, el participar en asuntos públicos, fomentando la participación ciudadana. .

La Ley Orgánica de Servicio Público, contiene disposiciones por las cuales prohíbe el desempeño de cargos públicos a las personas contra quienes se hubiera dictado sentencia condenatoria ejecutoriada, por delitos de: violación, peculado, abuso de recursos públicos, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; en consecuencia están perpetuamente incapacitados para el desempeño bajo cualquier modalidad de todo cargo, dignidad o función pública, así lo prevé en su artículo 10; *"Las personas contra quienes se hubiere dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de: peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y, en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado están*

[85] *Art. 61 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 45.*

prohibidos para el desempeño, bajo cualquier modalidad, de un puesto, cargo, función o dignidad pública.

La misma incapacidad recaerá sobre quienes hayan sido condenados por los siguientes delitos: delitos aduaneros, tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, lavado de activos, acoso sexual, explotación sexual, trata de personas, tráfico ilícito o violación.

Esta prohibición se extiende a aquellas personas que, directa o indirectamente, hubieren recibido créditos vinculados contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente"[86]*.*

Por su parte el artículo 48 incorpora entre las causas para la destitución de un cargo público, *"c) Haber sido sancionado por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento ilícito y en general por los delitos señalados en el art. 10 del mismo cuerpo legal*[87]*"*

Estas disposiciones colisionan con los principios constitucionales, que prohíbe cualquier forma de discriminación en razón de pasado judicial en este caso y el principio a la igualdad. En un estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, esto es una aberración jurídica el irrespeto a la supremacía

---

[86] *Art. 10 de la Ley Orgánica de Servicio Público en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 294, 6 de Octubre De 2010. Pg. 11.*

[87] *Art. 48, literal "C", de la Ley Orgánica de Servicio Público en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 294, 6 de Octubre De 2010. Pg. 11.35.*

constitucional. *"La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica"*[88].

4.3.4. Derechos de los Servidores Públicos.

"Son servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables"[89].

La Ley Orgánica de Servicio Público establecen los derechos irrenunciables de las servidoras y servicios públicos:

"a) *Gozar de estabilidad en su puesto.* Al disponer la estabilidad de un servidor público, goza de seguridad en la permanencia del puesto público. Un empleado que goza de estabilidad solo puede ser retirado del sector público por lo que establece el literal f) del Art. 146 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público; *"Por terminación unilateral del contrato por parte de la autoridad nominadora, sin que fuere necesario otro requisito previo"*[90].

---

[88] *Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 189.*

[89] *Art. 229 de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 118.*

[90] *Art. 146 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público. Decreto Ejecutivo 710.* Registro Oficial *Suplemento 418 de 01-abr.-2011.Pg. 53.*

b) *Percibir una remuneración justa, que será proporcional a su función, eficiencia, profesionalización y responsabilidad. Los derechos y las acciones que por este concepto correspondan a la servidora o servidor, son irrenunciables;*

c) *Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley;*

d) *Ser restituidos a sus puestos luego de cumplir el servicio cívico militar; este derecho podrá ejercitarse hasta treinta días después de haber sido licenciados de las Fuerzas Armadas;*

e) *Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, por el monto fijado en esta Ley;*

f) *Asociarse y designar a sus directivas en forma libre y voluntaria.* Los empleados públicos asociados no gozan de la posibilidad de suscribir convenios tipos contrato colectivo con la entidad que preste servicio.

g) *Gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en esta Ley;*

h) *Ser restituidos en forma obligatoria, a sus cargos dentro del término de cinco días posteriores a la ejecutoria de la sentencia o resolución, en caso de que la autoridad competente haya fallado a favor del servidor suspendido o destituido;*

y, recibir de haber sido declarado nulo el acto administrativo impugnado, las remuneraciones que dejó de percibir, más los respectivos intereses durante el tiempo que duró el proceso judicial respectivo si el juez hubiere dispuesto el pago de remuneraciones, en el respectivo auto o sentencia se establecerá que deberán computarse y descontarse los valores percibidos durante el tiempo que hubiere prestado servicios en otra institución de la administración pública durante dicho periodo;

i) *Demandar ante los organismos y tribunales competentes el reconocimiento o la reparación de los derechos que consagra esta Ley;*

j) *Recibir un trato preferente para reingresar en las mismas condiciones de empleo a la institución pública, a la que hubiere renunciado, para emigrar al exterior en busca de trabajo, en forma debidamente comprobada;*

k) *Gozar de las protecciones y garantías en los casos en que la servidora o el servidor denuncie, en forma motivada, el incumplimiento de la ley, así como la comisión de actos de corrupción;*

l) *Desarrollar sus labores en un entorno adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar;*

m) *Reintegrarse a sus funciones después de un accidente de trabajo o enfermedad, contemplando el período de recuperación necesaria, según prescripción médica debidamente certificada;*

n) *No ser discriminada o discriminado, ni sufrir menoscabo ni anulación del reconocimiento o goce en el ejercicio de sus derechos;*

ñ) *Ejercer el derecho de la potencialización integral de sus capacidades humanas e intelectuales;*

o) *Mantener su puesto de trabajo cuando se hubiere disminuido sus capacidades por enfermedades catastróficas y/o mientras dure su tratamiento y en caso de verse imposibilitado para seguir ejerciendo efectivamente su cargo podrá pasar a desempeñar otro sin que sea disminuida su remuneración salvo el caso de que se acogiera a los mecanismos de la seguridad social previstos para el efecto. En caso de que se produjere tal evento se acogerá al procedimiento de la jubilación por invalidez y a los beneficios establecidos en esta ley y en las de seguridad social;*

p) *Mantener a sus hijos e hijas, hasta los cuatro años de edad, en un centro de cuidado infantil pagado y elegido por la entidad pública;*

q) *Recibir formación y capacitación continua por parte del Estado, para lo cual las instituciones prestarán las facilidades; y,*

r) *Los demás que establezca la Constitución y la ley"*[91].

Es deber primordial del Estado, *"garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales"*[92]. Es primordial que el Estado vele por los derechos de todas las personas y no sea el principal artífice de su vulneración, Los derechos consagrados en nuestra Constitución son de inmediata aplicación, al igual que los tratados adscritos el nuestro país. Una característica sobre saliente sobre los tratados internaciones es que si determinan mayores derechos que los establecidos en nuestra Constitución su aplicación estará por encima de ella.

"Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento"[93]. *"Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades"*[94]. La exigibilidad de los derechos por parte de todas las personas para que sean respetados es una cualidad fundamental de un Estado de Constitucional de Derechos, este tipo de está siendo un Estado superior al Estado Constitucional es una aberración jurídica el irrespeto de los derechos de fundamentales. La igualdad ante la ley nos da a todos los

---

[91] *Art. 23 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público. Decreto Ejecutivo 710.* Registro Oficial *Suplemento 418 de 01-abr.-2011.Pg. 18.*

[92] *Art. 3, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 16.*

[93] *Art.11, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 21.*

[94] *Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 21.*

ecuatorianos los mismos derechos, deberes y oportunidades para el desarrollo del buen vivir, sin este principio rector la supremacía constitucional simplemente no existiera dejándonos en un limbo jurídico y por ende en una indefensión total.

Los derechos tienen características esenciales; "Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía"[95].

"Inalienables. Los derechos son indisponibles y ningún poder lo puede vaciar de contenido. En cambio los derechos patrimoniales pueden ser de libre disposición del titular y de restricción legítima por parte de otro poder. Por ejemplo, no se puede disponer del derecho a la salud, pero sí se puede disponer de la propiedad.

Irrenunciables. Una persona no puede renunciar, bajo circunstancia alguna, de la titularidad de estos derechos.

Indivisible. Los derechos, al igual que las personas, son integrales; no se puede sacrificar un derecho a costa de otro. Las personas al mismo tiempo están ejerciendo múltiples derechos (vivir, libertad de movimiento, de pensamiento, de expresión, vivienda, nutrición, salud...) o los están violando.

[95] *Art. 11, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 21.*

Así como en la vida no se puede afirmar que se ejerce un derecho a la vez, así tampoco se debe analizar los derechos sin consideración de los otros. Una persona es digna cuando todos los derechos están satisfechos.

Interdependiente. Los derechos se relacionan entre sí, son como un sistema en el que si un derecho no se lo ejerce o se lo viola, puede afectar a otros. Los derechos tienen que ser leídos de forma sistemática. Los derechos son un instrumento para que los seres humanos puedan vivir cabalmente.

Igual jerarquía. Esto quiere decir que cualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquización alguna. No por estar al final, en segundo o tercer lugar de una enumeración de derechos, significa que es menos importante, como se ha pretendido afirmar en relación con la ubicación del derecho a la vida o al derecho a las libertades"[96].

Estas características de nuestros derechos determinados en nuestra Constitución son esenciales para su correcta aplicación, buscando poner límites al poder del Estado.

4.3.5. Prohibición Especial para ser parte del Servicio Público.

La Ley Orgánica de Servicio Publico establece como prohibición especial para poder ser parte del Servicio Público el pasado judicial; *"Las personas contra*

[96] *Ramiro Ávila Santamaria. "La Igualdad". Los Derechos y sus Garantías Ensayos Críticos. Quito, Corte Constitucional del Ecuador. Pg. 83*

quienes se hubiere dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de: peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y, en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado están prohibidos para el desempeño, bajo cualquier modalidad, de un puesto, cargo, función o dignidad pública.

La misma incapacidad recaerá sobre quienes hayan sido condenados por los siguientes delitos: delitos aduaneros, tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, lavado de activos, acoso sexual, explotación sexual, trata de personas, tráfico ilícito o violación.

Esta prohibición se extiende a aquellas personas que, directa o indirectamente, hubieren recibido créditos vinculados contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente"[97].

Es también causa de destitución, "el haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento lícito y en general por los delitos señalados en el Artículo 10 de este mismo cuerpo normativo"[98].

Estas prohibiciones especiales colisiona con los principios de igualdad y la prohibición de no discriminación; *"Todas las personas son iguales y gozaran de*

---

[97] *Art. 10 de la Ley Orgánica de Servicio Público en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 294, 6 de Octubre De 2010. Pg. 11.*

[98] *Art. 48, literal "C" de la Ley Orgánica de Servicio Público en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 294, 6 de Octubre De 2010. Pg. 35.*

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[99]".

Vulnerando el "derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación[100]".

Se ven afectados los derechos de participación. Este derecho se "orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria"[101].

Una de las formas de democracia representativa es el de "desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un

---

[99] *Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 21.*

[100] Art. 66, numeral 4. *de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 47.*

[101] Art. 95. *de la Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial *Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 67.*

sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional”[102].

Estas disipaciones establecidas en la Ley Orgánica de Servicio Público son inconstitucionales, irrespetan la supremacía constitucional; “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”[103].

Es atribución de la Asamblea Nacional, “expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”[104].”Las asambleístas y los asambleístas ejercerán una función pública al servicio del país”[105]. En función de sus actos como Asambleístas o Servidores Públicos deben ser congruentes respetando y hacer respetar la Constitución.

“Los derechos fundamentales de los ecuatorianos no se imponen al poder público, han quedados reducidos a la posibilidad a la posibilidad de ser

---

[102] *Art. 61, numeral 7. de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 45.*

[103] *Art. 424. de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 189.*

[104] *Art. 120, numeral 12 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 75.*

[105] *Art. 127 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 78.*

reconocidos por los asambleístas y dentro de los límites que estos marquen a sus contenidos, ejercicio y garantías”[106]. La supremacía de la normativa constitucional ha sido sepultada; los derechos fundamentales de los ecuatorianos han sido vaciados de contenido y sin garantías normativas carecen de eficiencia.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1. España.

CONSTITUCIÒN ESPAÑOLA.

“Artículo 9.- *Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*[107].

“Artículo 2. *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*[108].

---

[106] *Jorge Zavala Egas. “Describamos al Ecuador”. La Agonía del Derecho. Guayaquil, EDINO. Pg. 16.*
[107] *Art. 9 de la Constitución Política de España. Pg. 1.*
[108] *Art. 2 de la Constitución Política de España. Pg. 2.*

"Artículo 14.

Igualdad ante la ley.- *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*[109].

"Artículo 23

Derecho de participación

1. *Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.*

2. *Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes"*[110].

"Artículo 149.

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1. ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales"[111].

La Constitución Española consagra derechos determinados en nuestra Constitución:

---

[109] *Art. 14 de la Constitución Política de España. Pg. 3.*
[110] *Art. 23 de la Constitución Política de España. Pg. 4.*
[111] *Art. 149 de la Constitución Política de España. Pg. 30.*

Determina el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, consagra los derechos de participación activamente a todos los ciudadanos en asuntos públicos y acceder a condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos.

De igual forma las personas y los poderes o funciones del Estado están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, respetando la supremacía constitucional.

4.4.2. Colombia.

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA

"Art. 13.- *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan"[112].

[112] *Art. 13 de la Constitución Política de Colombia. Pg. 2.*

En el art. 13 de la Constitución Política de Colombia al reconocer que todas las personas nacen libres e iguales recoge las primeras palabras del art. 1 de la Declaración de Derechos Humanos; "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"[113]. Al igual que nuestra Constitución reconoce la igual ante la ley y no discriminación, no toma en cuenta el pasado judicial como forma de discriminación. Otra de las similitudes que establece la Constitución Colombiana con la nuestra complementa la igualdad real y formal. Principio rector en todo ordenamiento constitucional, determina los deberes y obligaciones de los ciudadanos, sobretodo el reconocidito y la exigibilidad de sus derechos.

4.4.3. Perú.

CONSTITUCIÓN POLITICA DE PERÚ.

"Art. 2.- *Toda persona tiene derecho:*

[...] 2. *A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole"*[114]*.*

- La Constitución peruana recoge de forma simple el principio de igualdad ante la ley y no discriminación por razones de cualquier índice. No determina medias de acción afirmativa para poder salvaguardar este derecho con grupos de

[113] *Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Pg. 11.*
[114] *Art. 2 de la Constitución Política de Perú. Pg. 5.*

personas vulnerables. Además no establece derechos de participación ni mucho menos derechos de los servidores públicos en este ordenamiento, a diferencia de nuestra Constitución que es totalmente garantistas de los derechos y garantías de las personas. Los derechos fundamentales en nuestra constitución son de inmediata aplicación buscando la no vulneración de los mismos, la Constitución peruana no están declarativa como la nuestra en su parte dogmática.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. Materiales.

Los materiales utilizados en el desarrollo y ejecución de la presente tesis son los siguientes:

Diccionarios jurídicos, revistas jurídicas, libros, enciclopedias jurídicas, periódicos, internet y accesorios de oficina.

5.2. Métodos.

Los métodos que se utilizaron para el desarrollo de la presente tesis titulada "LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON PASADO JUDICIAL PARA OCUPAR UN PUESTO, CARGO, FUNCIÓN O DIGNIDAD PUBLICA, VULNERAN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES" son los siguientes:

Método Científico: Este método facilito la obtención datos técnicos sujetos de comprobación científica con la finalidad de presentar en la investigación de tesis criterios objetivos y verificables que sean lo suficientemente claros, fundamentados, científicos y reales. Permitió desarrollar una investigación con bases científicas respecto a la vulneración de derechos constitucionales de las personas como el derecho a la igualdad, de participación y al trabajo.

Método Hermenéutico.- El mismo qué permitió el análisis de las normas constitucionales y legales que inciden de manera directa en el tratamiento de la

problemática planteada; en el caso particular los derechos Constitucionales de las personas.

Método Analítico-Sintético.- El mismo qué fue empleado para realizar un análisis global de la problemática planteada e información recopilada de manera que sea posible sintetizaremos contenidos en conceptos, ideas y resultados que se obtengan en el transcurso del desarrollo de la investigación.

Método Deductivo.- Este método permitió el estudio y esclarecimiento de los aspectos generales del problema a investigar de manera que se logre determinar ciertos aspectos específicos o particulares del problema objeto de la investigación.

Método Inductivo.- Permitió el estudio concreto de la problemática planteada, pues sirvió para estudiar la realidad concreta de la problemática de la investigación que se plantea; de manera particular la vulneración de los derechos Constitucionales por razones de discriminación.

- Las Encuestas:

Se ha aplicado en relación con la población de abogados de Loja, hacia quienes va dirigida la investigación, para el caso presente, la población o universo, está alrededor de los 30 abogados en ejercicio profesional.

Para la muestra se aplica la siguiente fórmula estadística:

$$n = \frac{N}{1+N e^2}$$

N=Población o Universo= 30 Abogados del Cantón Loja.

n= Tamaño de la muestra =?

e= Margen de error = 10% = 0,1

De donde se tiene:

$$n = \frac{30}{1+Ne^2} = \frac{30}{1 +3.000 (0,1)^2} = \frac{30}{1+3.000(0,01)} = \frac{30}{1+30} \quad n = \frac{30}{31}$$

n= 26.5

n= 30 (Encuestas)

n= 30 = (Encuestas).

- Las Entrevistas:

Las Entrevistas fueron aplicadas a una población de cinco 5 profesionales conocedores de la materia como Jueces y Ayudantes Judiciales de la Judicatura Provincial de Loja.

6. RESULTADOS.

6.1. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.

Las encuestas realizadas en la investigación de campo, fueron aplicadas a una población de treinta Profesionales del Derecho de la Provincia de Loja, los cuales respondieron al siguiente cuestionario:

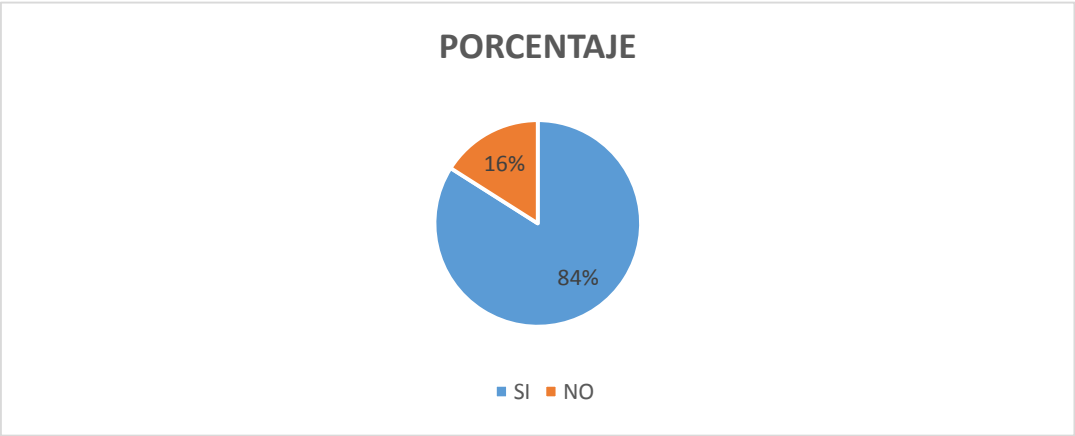
1.- ¿Considera usted, que el pasado judicial como prohibición especial para ocupar un puesto, cargo o dignidad en el sector público atenta a los derechos constitucionales de las personas?

CUADRO No. 01

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	84%
NO	5	16%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho.
Elaboración: El Autor Ramiro Fernando Aguirre Celi.

GRAFICO No. 1



ANÁLISIS: El 84% de la población encuestada considera que la discriminación por pasado judicial como prohibición especial para ocupar un puesto, dignidad o cargo público atenta a los derechos constitucionales de las personas, sobre todo al derecho al trabajo y los derechos de partición. Mientras que el 16% de la población encuestada considera que no vulnera los derechos constitucionales de las personas.

APORTE PERSONAL:

Nuestra Constitución es totalmente garantista de los derechos de las personas, consagra el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, la disposición establecida en la Ley Orgánica de Servicio Público en su art. 10 es totalmente inconstitucional, conculca los derechos fundamentales de las personas, no respeta la supremacía constitucional por lo tanto carece de eficacia jurídica.

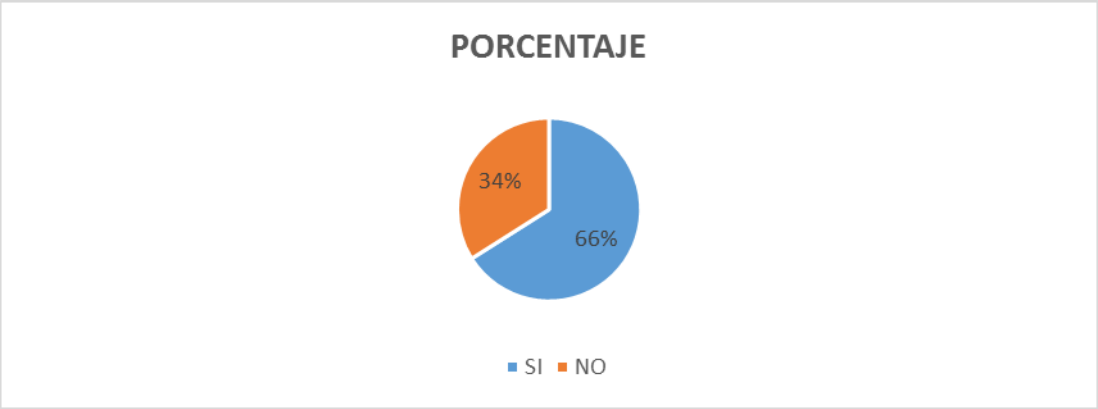
2.- ¿De acuerdo a su criterio, la prohibición especial para el desempeño de un puesto, cargo, o dignidad en el sector público, por pasado judicial, es discriminatorio?

CUADRO No. 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	**20**	**66%**
NO	**10**	**34%**
TOTAL	**30**	**100%**

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho.
Elaboración: El Autor Ramiro Fernando Aguirre Celi.

GRAFICO No. 2



ANÁLISIS: El 66% de la población encuestada contesto que es discriminatorio la prohibición especial por pasado judicial para poder ser parte del sector público, por cuanto atenta el principio de igualdad y no discriminación, vulnerando además el derecho al trabajo y los derechos de participación consagrados en nuestra Constitución. Mientras que el 34% de la población encuestada considera que esta disipación no es discriminatoria, no atenta a los derechos fundamentales de las personas precautela a las funciones del Estado que no se comentan actos de discriminación por parte de funcionarios que tengan antecedentes penales, por cuanto no hay una rehabilitación de las personas que han sido privadas de su libertad por parte del Estado.

APORTE PERSONAL:

Nuestra Constitución prohíbe todo tipo de discriminación y estable que debe ser castigada por la ley. Esta disposición es discriminatoria, con las personas que han tenido sentencia ejecutoria por delitos contra al Estado. La Asamblea

Nacional al aprobar esta disposición dentro de la Ley Orgánica de Servicio Público irrespeta nuestra Constitución, es deber como servidores públicos y más aún como una función tan importante del Estado hacer respetar los derechos fundamentales de las personas.

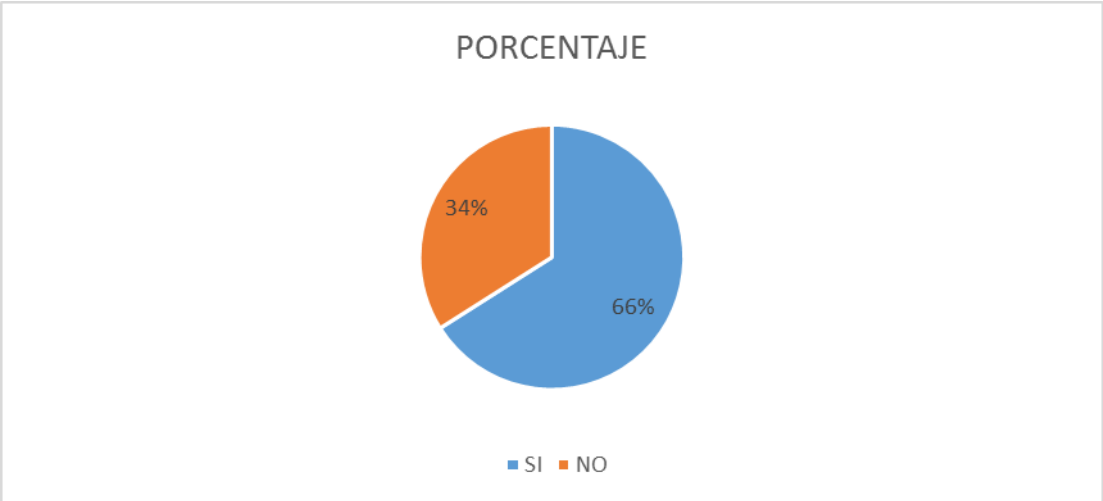
3.- ¿Considera usted que el Estado Ecuatoriano implementa medidas de acción afirmativa contra la discriminación?

CUADRO No. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	**20**	**66%**
NO	**10**	**34%**
TOTAL	**30**	**100%**

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho.
Elaboración: El Autor Ramiro Fernando Aguirre Celi.

GRAFICO No. 3



ANÁLISIS: El 66% de la población encuestada contesto que el Estado ecuatoriano implementa acciones afirmativas contra la discriminación especialmente por la discriminación dada por razones de sexo, color de la piel o creencia religiosa, en cuanto a la discriminación por pasado judicial no se evidencias de acciones por parte del Estado para evitar este tipo de discriminación. Mientras que el 34% de la población encuestada contesto que el Estado ecuatoriano no realiza acciones afirmativas en contra de la discriminación en todas sus manifestaciones, centrándose solamente en la discriminación por sexo, su descendencia o color de la piel.

APORTE PERSONAL:

La discriminación es un fenómeno social arraigado en nuestra sociedad, es responsabilidad del Estado determinar políticas de acción afirmativa para poder llegar a la igualdad formal y real. Dando como resultado las mismas oportunidades a todas las personas, en cuanto la discriminación por pasado judicial el Estado ecuatoriano es el principal accionante para que ocurra este fenómeno vulnerando los derechos de las personas que antenado sentencia condenatoria ejecutoriada. Es inadmisible que un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social vulnere los derechos de las personas al no considerar como delito la discriminación por pasado judicial y establecer como prohibición especial para ocupar un cargo público, así lo establece el Art. 10 de la Ley Orgánica de Servicio Público.

4.- ¿ Considera usted que se está vulnerando el principio constitucional de igualdad ante la Ley y no discriminación, al

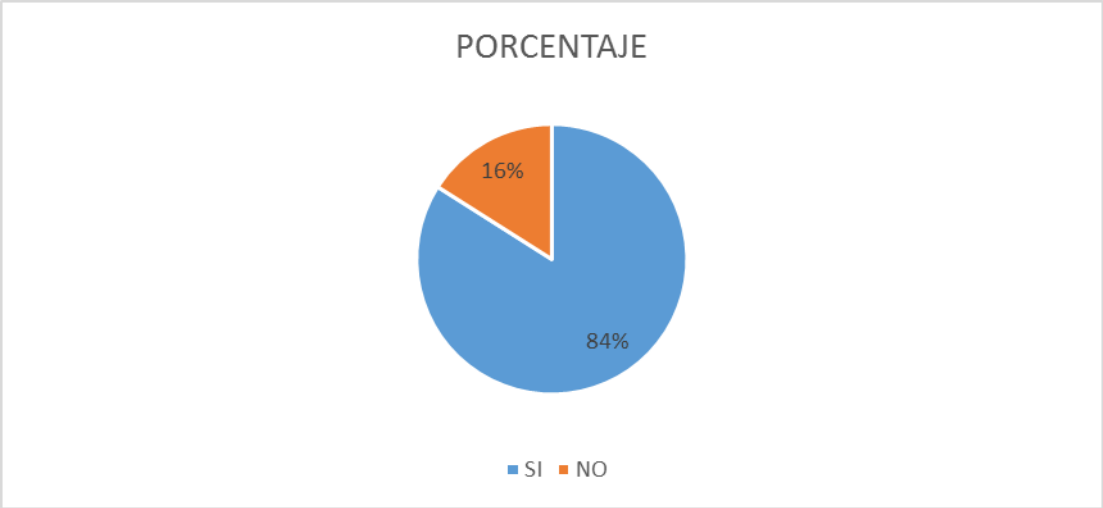
establecerse la Ley Orgánica de Servicio Público que no se puede ejercer un cargo o función pública por haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada?

CUADRO No. 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	**25**	**84%**
NO	**5**	**16%**
TOTAL	**30**	**100%**

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho.
Elaboración: El Autor Ramiro Fernando Aguirre Celi.

GRAFICO No. 4



ANÁLISIS: El 84% de la población encuestada considera que la discriminación por pasado judicial para poder ser parte del servicio público vulnera el principio de igualdad ante la Ley y no discriminación, por cuanto todas las personas son

iguales ante la ley con los mismos derechos, deberes y oportunidades. Mientras que el 16% de la población encuestada considera que no se vulnera este principio constitucional.

APORTE PERSONAL:

El principio de igualdad es preponderante en cualquier legislación. Al respetar este principio conculcan sin excepción todos los derechos fundamentales determinados en nuestra Constitución. Lo determinado en el art. 10 de la Ley Orgánica de Servicio Público no está en armonía con la supremacía constitucional que establece nuestra Constitución en su art. 424 y 425, por lo tanto que carece de eficacia jurídica.

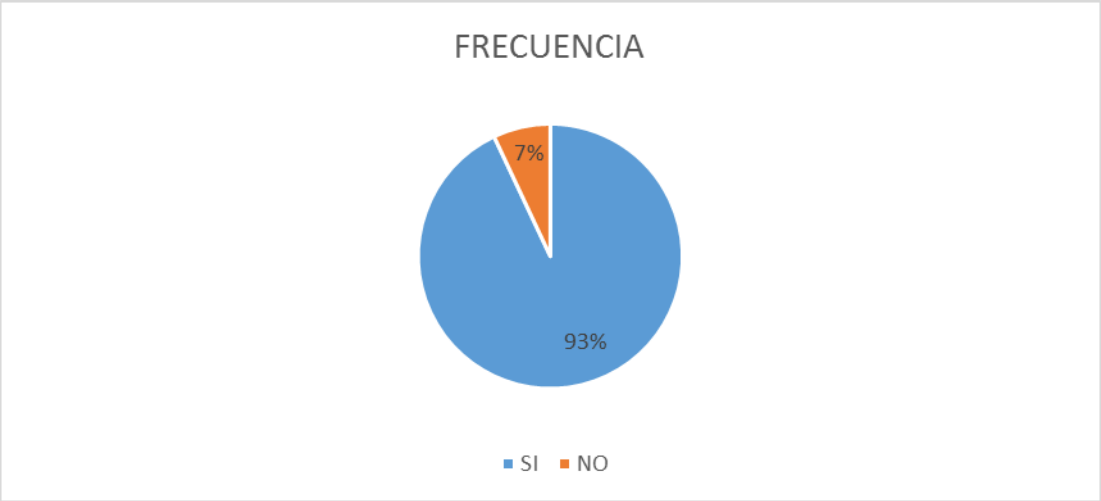
5.- ¿Considera usted pertinente reformar al art. 10 de Ley Orgánica de Servicio Público, en cuanto a la prohibición especial para el desempeño de un puesto, cargo, o dignidad en el sector público, por pasado judicial vulnera el goce o ejercicio de derechos constitucionales?

CUADRO No. 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	6%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho.
Elaboración: El Autor Ramiro Fernando Aguirre Celi.

GRAFICO No. 5



ANÁLISIS: El 93% de la población encuestada considera que es necesario reformar el Art. 10 de la Ley Orgánica de Servicio Público sí, por cuanto considera inconstitucional. Mientras que el 7% de la población encuestada considera que no es pertinente ni necesario reformar el mencionado artículo.

APORTE PERSONAL:

El Estado Constitucional de Derechos se basa en el respeto de los derechos y las garantías de las personas, la igualdad y no discriminación. En su art. 11, segundo y tercer numeral establece; "Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades"[115]. "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

[115] Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

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"[116]. El art. 10 de la Ley Orgánica de Servicio Publico atenta contra estos derechos vulnerando la dignidad de las personas, es totalmente inconstitucional por lo tanto es necesario una reforma.

6.2. RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.

Las Entrevistas fueron aplicadas a una población de cinco 5 profesionales conocedores de la materia como Jueces y Ayudantes Judiciales de la Judicatura Provincial de Loja, los cuales contestaron el siguiente cuestionario:

1.- ¿Considera usted, que el pasado judicial como prohibición especial para ocupar un puesto, cargo o dignidad en el sector público atenta a los derechos constitucionales de las personas?

Respuestas.

Primera Entrevista:

- Esta disposición atenta contra los derechos fundamentales de estas personas, el Estado ecuatoriano discrimina mediante este artículo negándole una vida digna, la superación económica y la oportunidad de ser entes productivos a la sociedad que alguna vez defraudaron con sus actos.

[116] Art. 11, numeral 3. Ibídem.

Segunda Entrevista:

- Nuestra constitución es garantista de los derechos fundamentales de los individuos, en su ordenamiento prohíbe toda forma de discriminación, una de ellas es el pasado judicial. Aunque no es muy recurrente en nuestro país vulnera los derechos de las personas que han tenido una sentencia condenatoria ejecutoriada mientras se siga este artículo vigente en la Ley Orgánica de Servicio Público.

Tercera Entrevista:

- Todo ordenamiento jurídico debe estar en armonía con nuestra Constitución, se debe respetar la supremacía constitucional, para que todos los actos que se desprendan del referido ordenamiento sean legítimos y por lo tanto constitucionales. Esta disposición es inconstitucional porque vulnera el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas.

Cuarta Entrevista:

- Esta disposición vulnera los derechos constitucionales como la igualdad, la no discriminación los derechos de participación entre otros, los cuales son preponderantes para la realización del buen vivir.

Quinta Entrevista:

- Lo establecido en la Ley Orgánica de servicio Público vulnera los derechos de las personas, las discrimina prohibiéndoles ser parte de la función pública por

haber tenido una sentencia ejecutoriada, dejando en plena evidencia que no existe en los centros de privación de la libertad una verdadera rehabilitación, convirtiéndose en centros de hacinamiento.

Comentario:

El pasado judicial como prohibición especial para ocupar un puesto, cargo o dignidad en el sector público atenta a los derechos constitucionales de las personas, transgrede el principio de igualdad ante la Ley y no discriminación, derechos fundamentales como el del trabajo, derechos de participación negándole a este grupo de personas una vida digna.

2.- ¿Considera discriminatoria de acuerdo a su criterio, la prohibición especial por pasado judicial, para ingresar al sector público?

Preguntas.

Primera Pregunta:

- Es totalmente discriminatoria contradice lo establecido en el art. 11, numeral 2 de nuestra Constitución, todas las personas son iguales ante la ley y no discriminación, además de los derechos de partición.

Segunda Pregunta:

- Al realizar una distinción, en este caso por haber cumplido con una sentencia se está discriminando por su pasado judicial y la igualdad ante la ley. Este acto discriminatorio proviene del mismo Estado.

Tercera Pregunta:

- Esta prohibición especial para poder ser parte del sector público es discriminatoria atenta contra el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación. No les permite desarrollarse como personas para alcanzar el buen vivir.

Cuarta Pregunta:

- La disposición señalada es inconstitucional, discrimina a estas personas que quien optar a un puesto público estando en pleno goce d sus derechos constitucionales, ya pagaron su deuda con la sociedad.

Quinta Pregunta:

- Ninguna disposición puede estar por encima de lo que establece nuestra Constitución carece de todo eficacia jurídica por lo tanto es inconstitucional vulnera el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, también los derechos de participación.

Comentario:

La Ley Orgánica de Servicio Público en su Art. 10 establece como prohibición especial para ocupar un puesto, cargo o dignidad pública el haber tenido una sentencia condenatoria ejecutoriada. Nuestra constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación y deberá ser sanciona por la Ley. Este artículo no guarda

armonía con nuestra constitución trasgrede el principio de igualdad ante la ley careciendo de eficacia jurídica por lo tanto es inconstitucional.

3.- ¿Considera usted pertinente reformar al art. 10 de Ley Orgánica de Servicio Público, en cuanto a la prohibición especial para el desempeño de un puesto, cargo, o dignidad en el sector público, por pasado judicial vulnera el goce o ejercicio de derechos constitucionales?

Preguntas.

Primera entrevista:

- Es necesario realizar una reforma a la ley Orgánica Integral Penal en cuanto a la prohibición especial determinada en el art. 10, ya que es totalmente inconstitucional.

Segunda Entrevista:

- Considero que es necesario realizar una reforma al artículo 10 de la Ley, es discriminatoria y no respeta el principio de igualdad ante la ley.

Tercera Entrevista:

- Todo ordenamiento jurídico no debe estar en contradicción de nuestra Constitución, la disipación que hace mención es inconstitucional atenta contra los derechos de participación de las personas y la prohibición de no discriminación.

Cuarta Entrevista:

- Se debe reformar esta ley vulnera los derechos fundamentales de las personas.

Quinta Entrevista:

- Esta reforma es necesaria, atenta con los derechos de participación de las personas, la prohibición de no discriminación y sobre todo la igualdad ante la ley. Principio básico el respeto de todos los derechos y garantías Constitucionales.

Comentario:

En un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social como el nuestro en donde la principal característica es la supremacía Constitucional sobre cualquier otro ordenamiento jurídico, toda norma debe estar en armonía con el Texto Constitucional o carecerá de eficacia jurídica. El Art. 10 de La Ley Orgánica de Servicio Público es inconstitucional, discrimina a las personas con pasado judicial para ocupar un puesto, cargo o dignidad. Es necesario realizar una reforma jurídica para que no se menoscaben los derechos de estas personas.

6.3. ESTUDIO DE CASOS.

CASO 1.

La Segunda Sala de la Corte Constitucional en el caso No. 1533-2007- RA, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial Nº 63 de viernes 11 de

julio del 2008, cuyo Juez Constitucional Ponente fue el Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, en su parte pertinente efectúa el siguiente análisis:

“DERECHO DE IGUALDAD, El derecho a la igualdad es un derecho innato que poseemos los seres humanos a ser reconocidos iguales ante la ley; de disfrutar y gozar todos los derechos, sin importar su origen sea este nacional, raza, creencias religiosas, etc., Es el derecho que tenemos los seres humanos a no ser rechazados por nuestras condiciones o creencias, que la idea de sujeto implica universalismo, plenitud, permanencia, uniformidad, borrándose lo que es tan real como la diferencia (Carlos de Cabo Martín, El Sujeto y sus Derechos, p.117), al respecto La Declaración Universal de Derechos Humanos, que es una Declaración que ningún Estado, persona a su libre albedrío debe dejar de cumplirla y mucho menos debe dejar de respetarla señala en el Art. 1 "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros ". El Art. 7 "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación". Por su parte La Convención Interamericana de Derechos Humanos dice: Art. 5. "Derecho a la Integridad Personal I. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

Ecuador al ser un Estado Constitucional, es un Estado que garantiza y busca el porvenir de las personas a través de la salvaguarda de sus derechos. Así el Art. 11, numeral 2 de la Constitución vigente, especifica: “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 socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portador 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.”

Nótese que la Constitución no sólo prohíbe cualquier forma de discriminación sino que, además, dispone que la ley sancione toda forma de discriminación, lo cual significa que, bajo ninguna circunstancia, está permitida y si las normas infraconstitucionales contravienen el contenido de esta norma carecen de validez jurídica y deben ser expulsadas del sistema jurídico por inconstitucionales.

El inciso primero del Art. 424 de la Constitución Prescribe: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán

mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica".

CASO 2.

POR TERMINACION DE CONTRATO DE SERVICIOS LABORALES

Norma: Resolución de la Corte Constitucional 640 Publicación: Registro Oficial Suplemento 122 Fecha: 13-may-2009 Estado: Vigente

POR TERMINACION DE CONTRATO DE SERVICIOS LABORALES.

Resolución de la Corte Constitucional 640, Registro Oficial Suplemento 122 de 13 de Mayo del 2009.

SEGUNDA SALA

No. 0640-2007-RA

Juez Constitucional Ponente: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie

ANTECEDENTES:

Julio César Calderón Villareal, propone acción de Amparo Constitucional ante el Juzgado Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha, fundamentado en el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República, Art. 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, contra el Dr. Fernando Calderón Director Provincial de Salud de Pichincha; en lo principal el accionante manifiesta que, como requisito para el ingreso al servicio público, no haber sido sancionado, por delitos de: peculado, abuso de recursos públicos, cohecho,

concusión o enriquecimiento ilícito; en consecuencia están perpetuamente incapacitados para el desempeño bajo cualquier modalidad de todo cargo, dignidad o función pública. Que desde el 15 de mayo de 1998, en virtud de un nombramiento provisional ha prestado sus servicios lícitos y personales en el Hospital Pablo Arturo Suárez, en la sección de Urología, bajo la partida presupuestaria individual No. 115, suscritos por el Eco. Alfredo Álvarez Mejía Coordinador de Gestión de Recursos Humanos; como profesional 3, Médico Tratante y Función Administrativa 3-4 H.D., hasta el 27 de abril del 2002, percibiendo un sueldo de setecientos treinta y ocho dólares con un centavo de los Estados Unidos de Norteamérica.

Que por un acto ilegal ha sido sentenciado por un acto enriquecimiento ilícito. Que actualmente está impedido de ingresar y participar en actos de concursos de méritos y oposición, por así señalarlo el Art. 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público. Con lo cual viola la norma del Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador que expresa que Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado

menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

Hay que tener presente que, mediante publicación realizada por la prensa el domingo 22 de abril del 2009, el Director Provincial de Salud de Pichincha, Dr. Fernando Calderón convocó a concurso abierto de merecimientos y oposición, con la participación del Colegio Médico de Pichincha, para optar al cargo, función o trabajo, indicando como requisito no haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento ilícito, por lo que no se le acepta su carpeta por haber merecido una sentencia ejecutoriada; y, en consecuencia es el Director Provincial de Salud de Pichincha emanó un acto ilegítimo que viola derechos consagrados en la Constitución causando al compareciente un daño inminente, grave e irreparable; y, solicita se suspenda definitivamente y consecuentemente se deje sin efecto el acto ilegítimo emanado por el Director Provincial de Salud de Pichincha Dr. Fernando Calderón. En la Audiencia Pública realizada el 8 de mayo del 2007, comparece el Dr. Xavier Gonzalo Arregui Camacho, ofreciendo poder o ratificación del Dr. Julio César Calderón Villareal; y manifiesta que se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en su demanda. Comparece el Dr. Marco Augusto Suárez Galarza ofreciendo poder o ratificación del Dr. Fernando Calderón Director Provincial de Salud de Pichincha; y manifiesta que no se ha violentado ningún principio

constitucional; por lo que la presente acción no reúne los requisitos establecidos en el Art. 88 de la Constitución de la República y del Art. 46 de la Ley Orgánica de Control Constitucional.

Que, el acto es legítimo por haber sido emanado por autoridad competente y cumpliendo con todas las formalidades sustanciales exigidas por la Constitución y la Ley.

Que, comparece el Abg. José Antonio Saud Sacoto ofreciendo poder o ratificación del Procurador General del Estado. Que, el 18 de mayo del 2009 el Juez Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha resuelve negar la presente Acción de Amparo Constitucional. Decisión que es apelada ante esta Corte, la que fue aceptada y una vez radicada la competencia en la Segunda Sala por el sorteo de rigor para resolver, se realizan las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición publicado con la Constitución de la República del Ecuador, en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 y la resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre de 2008.

SEGUNDA.- No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución del presente por lo que se declara su validez.

TERCERA.- Que, es pretensión del accionante se deje sin efecto el acto ilegítimo emanado por el Director Provincial de Salud de Pichincha Dr. Fernando Calderón, en el cual se dispone el concurso abierto de merecimientos y oposición para ocupar el puesto del recurrente, como profesional 3, Médico Tratante y en Función Administrativa 3-4.H.D., con cargo a la partida presupuestaria individual No. 115, en el Hospital Pablo Arturo Suárez, dado a conocer mediante publicación por la prensa en el Diario Hoy, el domingo 22 de abril del 2009.

CUARTA.- Que, la acción de amparo procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: **a)** que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; **b)** que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; **c)** que el acto u omisión, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

QUINTA.- La Sala entra a realizar el análisis de la pertinencia de la acción de amparo constitucional; y, principalmente verificará: **a)** si existe acto

ilegítimo; y, **b)** si el acto amenaza gravemente o en su defecto lo vulnera un derecho fundamental. Que, un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación; por tanto, el análisis de legitimidad del presente acto impugnado no solo se basa en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto.

Que, de fojas 1 y 2, consta la publicación realizada el domingo 22 de Abril del 2009, realizada por el Ministerio de Salud a través de la Dirección Provincial de Salud que en lo pertinente dice: "Convocatoria a concurso abierto de méritos y oposición, a los interesados médicos interesados en optar los puestos (que a continuación se detalla): (...) Hospital Pablo Arturo Suárez (...) Profesional 3B, Médico Tratante en Funciones administrativas 3-HD, urología. La convocatoria tiene su base legal en el Reglamento Único de Concursos para la provisión de Cargos Médicos a Nivel Nacional, publicado en Registro Oficial No.- 138 del 20 de Noviembre de 1989, artículo 85 del Reglamento de la Ley de Federación Médica Ecuatoriana que dice: en los cargos de médicos residentes y en general, de todo lo relacionado a residencia hospitalaria, por tratarse de este tipo especial de trabajo médico durante el cual se contempla la formación profesional el horario de trabajo será el que la unidad de trabajo u hospitalaria determine, de acuerdo

a las necesidades del servicio. La Tercera Disposición de Transitoria al Reglamento sustituto al Reglamento a la Ley de Escalafón para Médicos, (para quienes) viene desempañando puestos en el sector público o privado. El nivel de cálculo base para los médicos residentes y tratantes y/o en función administrativa será a partir de la categoría uno, para los médicos tratantes o especialistas y/o en función administrativa a partir de la categoría tres. Finalmente, los médicos tratantes realizarán turnos cada tercer día de acuerdo con el reglamento interno de cada unidad (...)". Que, de fojas 3 del proceso, aparece el certificado emitido por el Hospital Pablo Arturo Suárez, suscrito por el Economista Alfredo Alvarez Mejía, que en lo principal dice: "(...) el doctor Calderón Villareal Julio César, (es) Profesional 3 Médico Tratante y en Funciones Administrativas 3-4 H.D., con nombramiento provisional de 15 de mayo de 1998 hasta el 03 de octubre de 1998; de 02 de diciembre de 1998 hasta el 03 de diciembre de 1999. La Sala considera, que si existe relación e identificación de objeto (el cargo que se llama a concurso de merecimientos) y el sujeto (es el recurrente). Este hecho, se encuentra prohibido por el artículo 5 del Reglamento Único Sustitutivo de Concursos para la provisión de cargos Médicos a Nivel Nacional y dispone que: "La convocatoria (para concurso de merecimientos y oposición) se hará dentro de los diez días hábiles siguientes a la producción de la vacante o a la creación del cargo. Se exceptúan de este plazo las convocatorias para cargos de residentes

asistenciales, de régimen docente y de postgrado, para cuyo caso se la hará por lo menos, tres meses antes de provocarse la vacante.

Que, del proceso no se evidencia que exista ninguno de los supuesto de hecho que se desprenden del artículo citado; es decir, que no se trataba de un cargo creado; y, tampoco, se ha producido la vacante del cargo puesto a concurso ya que es ocupado por el recúrrete. En relación con el segundo supuesto, al menos, previo a la convocatoria al concurso, como requisitos a participar en dicho concursos señala “Haber recibido sentencia ejecutoriada por los delitos de: peculado, abuso de recursos públicos, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y, en general, recibir cualquier clase de dádiva, beneficio, regalo o dinero ajeno a su remuneración; **d)** Ingerir licor o hacer uso de substancias estupefacientes en los lugares de trabajo; **e)** Injuriar gravemente de palabra u obra a sus jefes o compañeros de trabajo; **f)** Asistir al trabajo bajo evidente influencia de bebidas alcohólicas o de substancias estupefacientes o psicotrópicas; **g)** Incurrir durante el lapso de un año, en más de dos infracciones que impliquen sanción disciplinaria de suspensión sin goce de remuneración; **h)** Haber sido nombrado contraviniendo disposiciones expresas que prohíben el nepotismo; **e, i)** Incumplir los deberes impuestos en las letras **e)** y **g)** del artículo 24 y quebrantar las prohibiciones previstas en la letras **d)** a la **n)** del Art. 26 de esta Ley." Cualquiera de estas circunstancias legítimamente generadas, provocaría la vacante del cargo y al no existir el supuesto previsto en el

artículo 5 del reglamento (supra), lo cual evidencia que el acto administrativo (que pone a disposición de concurso el cargo del recurrente sin que exista vacante), es ilegítimo de causa y objeto. En relación con los derecho constitucionales amenazados gravemente, se considera que para declarar vacante el cargo, se debe seguir el debido proceso previsto en el ordenamiento jurídico, por tanto se han transgredido: el numeral 13 (Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas), 10 (Derecho a la legítima defensa) y 12 (toda persona derecho a ser oportuna y debidamente informada) del artículo 24; así como, amenaza gravemente la estabilidad de funcionario público contenida en la Constitución Política del Estado.

Por las consideraciones que anteceden, la Sala, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales.

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución adoptada por el juez Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha; y, en consecuencia conceder el amparo constitucional solicitado por el señor Julio César Calderón Villarreal;

2.- Devolver el expediente al juez de origen para los fines contemplados en el artículo 55 de la Ley Orgánica de Control Constitucional.- NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Comentario.- En el proceso se toma en cuenta las causales para la destitución, pero no se toma en cuenta que el ingreso del servicio público se prohíbe el ingreso por haber recibido sentencia ejecutoriada por los delitos de: peculado, cohecho, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento ilícito, con lo cual va en contra a lo señalado en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 11 numeral 2 que prohíbe, no ser discriminado en razones por pasado judicial, con lo cual lo prescrito en el Art. 10 de la Ley Orgánica del Servicio Público prohibir que una persona que hubiera dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de: peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito para ejercer un cargo, puesto, función o dignidad pública va en contra de los derechos de las personas de no ser discriminado por razones de pasado judicial.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de Objetivos.

Durante el desarrollo de la investigación jurídica, se realizó el planteamiento de objetivos uno general y tres específicos, mismos que han sido verificados y relacionados directamente con el problema materia de la presente investigación.

7.1.1. Objetivo General.

- Realizar un estudio Jurídico Doctrinario de los derechos y principios que amparan a las personas con pasado judicial, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

Durante el desarrollo del presente trabajo investigativo se ha podido realizar un exhaustivo análisis de la normativa constitucional, referente a los derechos fundamentales de las personas y las inconstitucionales presentes en la Ley Orgánica de Servicio Público, relacionado con las prohibiciones especiales para ingresar al servicio público, estrictamente lo relacionado con su art. 10. Además se ha podido verificar este objetivo general dentro del Marco Doctrinario en los puntos 4.2.2. Derecho a la Igualdad y no Discriminación y 4.2.3. Derechos de Partición, dentro del Marco Jurídico se ha podido verificar con el desarrollo el punto 4.3.1. Derechos de los Servidores Públicos.

7.1.2. Objetivo Específicos.

- Determinar que existe una vulneración de los principios y derechos Constitucionales de las personas a quienes se hubieran dictado sentencia condenatoria ejecutoriada como prohibición especial para el desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público.

El primer objetivo específico se ha podido verificar dentro del Marco Doctrinario, en el desarrollo de los puntos 4.2.1. Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, 4.2.2. Derecho a la Igualdad y no Discriminación y 4.2.3. Derechos de Partición. También dentro del Jurídico en el desarrollo de los puntos 4.3.1. Derechos de los Servidores Públicos y 4.3.2. Prohibiciones Especiales para ser parte del Servicio Público.

- Realizar un estudio jurídico de diferentes legislaciones en cuanto a las prohibiciones para ocupar un cargo público.

El Segundo objetivo específico se ha podido verificado con el desarrollo de la legislación comparada en donde se analizado legislaciones de Colombia, España y Perú.

- Realizar una propuesta de reforma a la Ley Orgánica de Servicio Público con el propósito de que no se vulneren los derechos Constitucionales de las personas con pasado judicial.

El tercer objetivo específico se ha podido verificar con los puntos 7.3. Fundamentación Jurídica de la propuesta de Reforma Legal y 9.1. Propuesta de Reforma. En cuanto a la investigación de campo se ha podido verificar con la quinta pregunta de la encuesta, el 93% de la población encuestada contesto que sí, considera necesario reformar al art. 10 de Ley Orgánica de Servicio Público y con la tercera pregunta de la entrevista, en donde los jurisconsultos preguntados según sus criterios están de acuerdo en realizar una propuesta de reforma a la Ley Orgánica de Servicio Público.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

- La prohibición para las personas con pasado judicial para formar parte de la función pública vulnera los principios y derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

La hipótesis planteada se ha podido contrastar en el desarrollo del Marco Doctrinario y Jurídico. En cuanto a la investigación de campo se contrastar en su totalidad con la primera y segunda pregunta de la encuesta y la primera y segunda pregunta de la entrevista.

7.3. Fundamentación Jurídica de la propuesta de Reforma Legal.

Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social. Son deberes primordiales del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los

instrumentos internacionales serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

Todas las personas son iguales y gozaran 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.

El derecho a la igualdad es un derecho innato que poseemos los seres humanos a ser reconocidos iguales ante la ley; de disfrutar y gozar todos los

derechos, sin importar su origen sea este nacional, raza, creencias religiosas, etc. Es el derecho que tenemos los seres humanos a no ser rechazados por nuestras condiciones o creencias, que la idea de sujeto implica universalismo, plenitud, permanencia, uniformidad, borrándose lo que es tan real como la diferencia.

La prohibiciones especiales para el desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público, determinadas en el art. 10 de la Ley Orgánica de Servicio Público atenta contra derechos fundamentales como los derechos de participación, del buen vivir, la igualdad ante la ley y no discriminación, principio rector para el goce de los derechos y garantías determinados en nuestra Constitución.

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

8. CONCLUSIONES

- El pasado judicial como prohibición especial para ocupar un puesto, cargo o dignidad en el sector público atenta a los derechos constitucionales de las personas.

- La prohibición especial para el desempeño de un puesto, cargo, o dignidad en el sector público, por pasado judicial, es discriminatorio.

- - Se vulnera el principio constitucional de igualdad ante la Ley y no discriminación, al establecerse en la Ley Orgánica de Servicio Público que no se puede ejercer un cargo o función pública por haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada.

- Es necesario reformar al art. 10 de Ley Orgánica de Servicio Público, en cuanto a la prohibición especial para el desempeño de un puesto, cargo, o dignidad en el sector público, por pasado judicial vulnera el goce o ejercicio de derechos constitucionales.

- La Constitución como fuente de unidad y de validez, y la Ley Orgánica del Servicio Público deben estar acorde con los derechos y garantías conforme al procedimiento establecido en la misma constitución.

9. RECOMENDACIONES

- Reinsertar a las personas o funcionarios públicos contra quienes se hubiera dictado sentencia condenatoria por delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión, y garantizarles de esta forma una vida digna sin discriminaciones de ninguna naturaleza.

- - Reformar la Ley Orgánica del Servicio Público, en armonía con los principios constitucionales de igualdad, derecho al trabajo y no discriminación.

- Se recomienda que las disipaciones legales de la Ley Orgánica de Servicio Publico están acorde con nuestra Constitución y no vulneren los derechos fundamentales de las personas.

- Se debe reinsertar a las personas que han tenido una sentencia ejecutoriada condenatoria y no ser discriminados vulnerando sus derechos constitucionales por parte del Estado.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURIDICA.

ASAMBLEA NACIONAL

Considerando

- Que el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador enmarca al ordenamiento jurídico nacional dentro de los lineamientos de un Estado constitucional de derechos y justicia y que es necesario realizar cambios normativos que respondan coherentemente al espíritu de la Constitución.

- Que en el inciso primero del artículo 424, se ordena que la Constitución es la Norma Suprema del Estado y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales.

- Que el artículo 11, numeral 2 ordena que todas las personas son iguales y gozaran 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.

- Que, el art 23, literal “N” de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece como derecho irrenunciables de las servidoras y servidores públicos, no ser discriminada o discriminado, ni sufrir menoscabo ni anulación del reconocimiento o goce en el ejercicio de sus derechos.

- Que en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 120, numeral 6 de la Constitución, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO.

Art. 1.- Sustitúyase el Art. 10 por el siguiente:

No será limitante el pasado judicial, al momento de participar en un concurso de méritos y oposición, la persona que ingrese al servicio público, para el desempeño, bajo cualquier modalidad, de un puesto, cargo, función o dignidad pública.

Art. 2.- Deróguese el literal c) del Art. 48.

ARTÍCULO FINAL: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los ..... días del mes de..... del 2015

f. EL PRESIDENTE **f. EL SECRETARIO**

10. BIBLIOGRAFÍA.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Código Civil Ecuatoriano.
- Extensión de la Quimera, Rafael Azerrad; Buenos Aires; Editorial Astrea; 1979;
- Código del Trabajo del Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal.
- Derecho Administrativo, Gustavo Penagos.
- Ley Orgánica de Servicio Público.
- GUILLERMO CABANELLAS. Diccionario Jurídico Elemental. EDITORIAL HELIASTA.
- OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, 2008.
- Código Orgánico General de Procesos.
- Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismo”. Diccionario de derecho constitucional. México, Editorial Porrúa, 2005.

- Teoría de la Constitución: Ensayos Escogidos. Ed. Miguel Carbonell. México, Editorial Porrúa, 2005.
- Ramiro Ávila Santamaria. “La Igualdad”. Los Derechos y sus Garantías Ensayos Críticos. Quito, Corte Constitucional del Ecuador.
- Jorge Zavala Egas. “Describamos al Ecuador”. La Agonía del Derecho. Guayaquil, EDINO
- DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial Jurídica Bolivariana.
- ESPINOSA MERINO, Galo: Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico,
- Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986.
- AMORETTI PACHAS, Mario, Delitos Contra Administración Pública 2009.
- Constitución de España.
- Constitución Política de Colombia.
- Constitución Política De Perú.

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

"LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON PASADO JUDICIAL PARA OCUPAR UN PUESTO, CARGO, FUNCIÓN O DIGNIDAD PUBLICA, VULNERAN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES"

PROYECTO DE TESIS PREVIA A OPTAR EL GRADO DE LICENCIADO EN JURISPRUDENCIA Y ABOGADO.

AUTOR:

RAMIRO FERNANDO AGUIRRE CELI

LOJA-ECUADOR

2015

1.- TEMA.

LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON PASADO JUDICIAL PARA OCUPAR UN PUESTO, CARGO, FUNCIÓN O DIGNIDAD PUBLICA, VULNERAN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

2.- PROBLEMA.

La Constitución de la República del Ecuador estipula que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes oportunidades y el Estado debe garantizar la igualdad formal, igualdad material y no discriminación 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 Ecuador es un Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social, de esta manera lo estable nuestra Constitución de la Republica en su Art. 1 lejos de ser solo una simple enunciado retorico, influye radicalmente no solo en la idea misma de Estado, sino también en todo el derecho que se va desarrollando bajo sus parámetros, este nuevo Estado tiene como finalidad procurar que no se llegue a menoscabar los derechos de las personas y brindar seguridad jurídica a todas las situaciones jurídicas que se desarrollen en el país es decir subordinándonos a la legalidad y a la jerarquía de la Supremacía Constitucional.

Lo que establece La Ley orgánica de Servicio Público como prohibición especial para el desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público a las personas que le han dictado sentencia condenatoria ejecutoriada, esta disposición es totalmente discriminatoria, por lo que es

urgente que se realice un estudio socio jurídico con la finalidad de terminar con la vulneración de estos derechos que son fundamentales para todas las personas.

3.- JUSTIFICACIÓN

EN LO ACADEMICO

La Universidad Nacional de Loja, permite en su ordenamiento académico la realización de investigaciones y poder desarrollar componentes transformadores a un problema determinado con el único afán de presentar alternativas de solución.

La presente investigación se encuentra enmarcada dentro de los contenidos del diseño curricular de la Carrera de Derecho del Área Jurídica Social y Administrativa, para identificar el problema materia objeto de estudio se realizó todos los requisitos institucionales académicos de nuestra Universidad.

Considero que el problema jurídico planteado relativo a la discriminación de las personas con pasado judicial para ser parte de la función pública, vulneran derechos constitucionales básicos para cualquier persona como son los derechos de participación y libertad, olvidando por completo el Estado que es el encargado de respetar y hacer respetar la Constitución.

EN LO SOCIAL

La trascendencia social que enmarca el problema jurídico radica en que el Estado Ecuatoriano tiene que adoptar medidas para promover la igualdad real en favor de los titulares de los derechos, no el de discriminar a estas personas, si bien es cierto le han hecho daño a la sociedad pero han cumplido con una sentencia condenatoria ejecutoriada en un centro de rehabilitación, por ende han pagado con creses el daño que han ocasionado a la sociedad, por tanto el

Estado debe aportar a la creación de una sociedad más inclusiva, participativa, justa y con las mismas oportunidades.

.

EN LO JURIDICO

La importancia jurídica radica en la producción de conocimientos dentro de la ciencia jurídica del derecho constitucional con un estudio detenido de la Constitución en lo que corresponde los principios y derechos constitucionales.

Es factible la ejecución del trabajo, porque soy un estudiante de la Carrera de Derecho, tengo acceso con facilidad a las distintas fuentes de consulta y a los distintos documentos sobre la materia a investigar para poder desarrollar la tesis y ejecutar el proyecto planteado, cuento con apoyo de los Docentes de la Carrera de Derecho que sostendrán mi trabajo en el ámbito jurídico.

4. OBJETIVOS

a. Objetivo General

Realizar un estudio Jurídico Doctrinario de los derechos y principios que amparan a las personas con pasado judicial, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

b. Objetivos Específicos

a) Determinar que existe una vulneración de los principios y derechos Constitucionales de las personas a quienes se hubieran dictado sentencia condenatoria ejecutoriada como prohibición especial para el desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público.

b) Realizar un estudio jurídico de diferentes legislaciones en cuanto a las prohibiciones para ocupar un cargo público.

c) Realizar una propuesta de reforma a la Ley Orgánica de Servicio Público con el propósito de que no se vulneren los derechos Constitucionales de las personas con pasado judicial.

5. HIPOTESIS.

La prohibición para las personas con pasado judicial para formar parte de la función pública vulnera los principios y derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

6. MARCO TEORICO.

"La discriminación es un acto de una persona o un grupo de personas a partir de criterios determinados, causando efectos negativos en la otra persona. Se considera discriminación a "toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, talla pequeña, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. No obstante, en su acepción más coloquial, el término discriminación se refiere al acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad".[117]

La discriminación es un fenómeno de relaciones intergrupales, de relaciones entre diversos grupos sociales, y tienen sus raíces en la opinión que un grupo tiene sobre otro. Los grupos en cuestión pueden ser parte interna de otra sociedad mayor (mujeres, ancianos, pobres, homosexuales...), o pueden ser un elemento externo (extranjeros, emigrantes, etc.). Por lo general, la mente humana prefiere pensar por medio de estereotipos, categorías y prejuicio, conducentes al hecho discriminatorio cuando se aplican esas opiniones estereotipadas a otros grupos".[118]

"En Derecho el término hace referencia al trato de inferioridad dado a una persona o grupo de personas por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de filiación o ideológicos, entre otros. Discriminar a un grupo social

[117] *http://es.wikipedia.org/wiki/Discriminaci%C3%B3n*
[118] *http://www.monografias.com/trabajos/discriminacion/discriminacion.shtml*

consiste en privarle de los mismos derechos que disfrutan otros grupos sociales.

Conociendo lo que significa discriminación puede establecerse, que el derecho a la igualdad es un derecho innato que poseemos los seres humanos a ser reconocidos iguales ante la ley, de disfrutar y gozar todos los derechos sin importar su origen, es el derecho que tenemos los seres humanos a no ser rechazados por nuestras condiciones, ya que la idea del sujeto implica universalismo plenitud permanencia, uniformidad, borrándose lo que es tan real como la diferencia. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art.1 establece "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, debe comportarse fraternalmente los unos de los otros".[119]

"El Estado es el régimen de asociación humana más amplio y complejo de cuantos ha conocido la historia del hombre, se caracteriza esencialmente por la ordenación jurídica y política de la sociedad. El Estado es una organización que se encuentra en constante evolución de acuerdo a los requerimientos que cada sociedad imponga".[120] Ya que Estado no es una institución inmóvil ni inmutable. Está en permanente transformación. "Dado que es un producto histórico de la sociedad cuando ha llegado a un grado de desarrollo determinado, el Estado es una categoría histórica que no existió siempre ni puede aspirar a una vida eterna"[121]

La evolución del concepto de Estado en el Ecuador, por lo menos en teoría, se ve reflejada generalmente en los distintos textos constitucionales que han regido para los ecuatorianos a lo largo de su historia republicana. Así por

---

[119] *Declaración Universal de Derechos Humanos art. 1.*
[120] *Dr. Rodrigo Borja. Sociedad, Cultura y Derecho. Quito: Planeta, 2007, p. 41.*
[121] *Rodrigo Borja. Enciclopedia de la Política. 3ra. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 550.*

ejemplo, la Constitución de 1978, en su Art. 1 establecía que “El Ecuador es un Estado soberano”; veinte años después, la Constitución de 1998 en su Art. 1 determinó que “El Ecuador es un Estado Social de Derecho”; para que, finalmente, la Constitución del 2008 en su Art. 1 establezca que “El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia”.

De la misma manera cómo evoluciona el Estado, el legislador ha creado diversas ideas estipuladas en las constituciones, por ende los diferentes principios y derechos que las conforman;

“Los derechos fundamentales en términos generales, puede decirse que son aquellos derechos que en un momento históricamente dado se consideran indispensables para asegurar a todo ser humano la posibilidad concreta de una vida con amplia libertad y justicia. En otros términos, de no tanta repercusión jurídica, suele decirse que son tales los derechos que aseguran al ser humano el desarrollo integral de su personalidad, es decir, una vida digna. Los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados”[122]

La disposición que establece en la Ley de Orgánica de Servicio Público, como impedimento para ingresar a una función en el Sector Publico el tener pasado judicial, colisiona frontalmente con los principios y derechos establecidos en nuestra Constitución prohíbe cualquier forma de discriminación a las personas.

“Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos y oportunidades, los derechos y garantías establecidos en la constitución será de directa e inmediata aplicación, no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la constitución o la ley y ninguna norma jurídica podrán restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

[122] PABLO PÉREZ TREMPS, Los Derechos Fundamentales. p. 191.

El contenido de los derechos se desarrolla de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y la política pública, el Estado generara y garantizara las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio, todos los derechos son judiciales."[123]

El sector público es el conjunto de organismos administrativos mediante los cuales el Estado cumple, o hace cumplir, la política o voluntad expresada en las leyes del país, constituye un servicio a la colectividad. Lo conforman;

- "Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
- Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
- Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
- Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos."[124]

"Todas estas instituciones prestan bienes y servicios a la sociedad y se las conoce como SECTOR PÚBLICO.

Como vemos, el sector público es muy amplio, por lo que se hace necesaria agrupar a las instituciones que lo conforman de acuerdo a las funciones que cumplen; así tenemos dos sectores:

1. El **Sector Público No Financiero,** identificado por las siglas **SPNF.**
2. El **Sector Público Financiero,** identificado por las siglas **SPF**.

Quienes están en el sector público financiero (SPF).- A esta agrupación pertenecen instituciones como por ejemplo: El Banco Central, Banco de

[123] Constitución de la República del Ecuador art. 11.
[124] Constitución de la República del Ecuador art. 225

Fomento; Banco del Estado, Corporación Financiera Nacional, el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (BIESS), entre otros.

Quiénes están en el sector público no financiero (SPNF).- A esta agrupación pertenecen instituciones que reciben directamente recursos del Estado ecuatoriano, para gestionar la prestación de bienes y servicios, por ejemplo los ministerios, universidades públicas, los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD´s) y las empresas públicas."[125]

7. METODOLOGIA.

Toda investigación de carácter científico debe fundamentarse en técnicas métodos y procedimientos que sirvan para producir conocimientos válidos, en el planteamiento del presente proyecto se detalla los principales que se utilizaran, conforme se lo hace a continuación.

7.1 Métodos.

Método Científico: Este método facilitará la obtención datos técnicos sujetos de comprobación científica con la finalidad de presentar en la investigación de tesis criterios objetivos y verificables que sean lo suficientemente claros, fundamentados, científicos y reales. En la especie este método permitirá desarrollar una investigación con bases científicas respecto a la vulneración de derechos constitucionales a la integridad física y garantías del debido proceso con la relación de la aplicación de la Justicia Indígena.

Método Hermenéutico.- El mismo que permitirá el análisis de las normas constitucionales y legales que inciden de manera directa en el tratamiento de la problemática planteada; en el caso particular los derechos Constitucionales las garantías básicas del debido proceso y la administración de Justicia Indígena.

Método Analítico-Sintético: El mismo que será empleado para realizar un análisis global de la problemática planteada e información recopilada de manera que sea posible

[125] *http://www.finanzas.gob.ec/que-es-el-sector-publico-2/*

sintetizaremos contenidos en conceptos, ideas y resultados que se obtengan en el transcurso del desarrollo de la investigación.

Método Deductivo: Este método permitirá el estudio y esclarecimiento de los aspectos generales del problema a investigar de manera que se logre determinar ciertos aspectos específicos o particulares del problema objeto de la investigación.

Método Inductivo: Permitirá el estudio concreto de la problemática planteada, pues servirá para estudiar la realidad concreta de la problemática de la investigación que se plantea; de manera particular la vulneración de los derechos Constitucionales a la integrada Personal y Garantías básicas del debido proceso

7.2. Técnicas. De las técnicas existentes se empleará las que a continuación se detallan:

La entrevista: Esta técnica permitirá obtener resultados cualitativos a partir de preguntas en relación con los objetivos e hipótesis, tales preguntas se realizaran a personas que se encuentran inmersas en la praxis de la ciencia del derecho, se plantea la realización una entrevista aplicable a 5 profesionales del derecho, entre los que podemos ubicar abogados en libre ejercicio profesional, Jueces y docentes universitarios; quienes aportaran con criterios del cumplimiento de principios constitucionales y la vigencia de derechos constitucionales

La encuesta.-Esta técnica permitirá obtener resultados cuantitativos en base a un banco de preguntas; de tal forma se establece una relación directa con las personas relacionadas con el medio, la encuesta se realizara a un número de treinta profesionales del Derecho.

Al efecto de la ejecución del proyecto de tesis, la investigación se desarrolla conforme el esquema previsto en el Art. 144 del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por ello el Esquema de la Tesis comprenderá los siguientes aspectos: Introducción; Resumen en español e inglés; Revisión de Literatura que comprende:

El Marco Conceptual donde de tratan los conceptos indispensables para el desarrollo y comprensión de la problemática;

El Marco Jurídico en el que se analizan las normas referentes a la problemática planteada, principios y derechos constitucionales y normas legales al proceso de aumentos y los derechos constitucionales de naturaleza procesal;

El Marco Doctrinario, en el cual se exponen las ideas y criterios de los Tratadistas respecto de los aspectos enmarcados en la problemática; Materiales y Métodos empleados; Los Resultados; la Verificación de Objetivos y Contrastación de Hipótesis; Conclusiones; Recomendaciones y finalmente la Propuesta o alternativa de solución.

8. CRONOGRAMA.

Meses	NOBIEMBRE				DICIEMBRE				ENERO				FEBRERO				MARZO			
Actividades / Semanas.	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Delimitación del Problema.		X	X																	
2. Elaboración del Proyecto.				X	X															
3. Trámite para la aprobación del proyecto.						X	X	X	X	X	X	X								
4. Acopio de la información bibliográfica.										X	X	X	X	X	X	X				
5. Investigación de campo.																X	X			
6. Análisis de la Información.																	X			
7. Elaboración del Informe Final.																		X		
8. Presentación del informe final.																			X	
9. Corrección del informe final.																				X

9. RECURSOS FINANCIEROS.

9.1. Recursos Humanos.

Director de Tesis: Por designarse

Postulante: Ramiro Fernando Aguirre Celi.

Docentes Universitarios, Abogados en libre ejercicio profesional, Jueces y servidores judiciales de la Corte Provincial de Justicia de Loja.

9.2. Recursos Materiales:

Libros Revistas Gacetas de la Corte Nacional de Justicia, bibliotecas públicas y privadas de la ciudad de Loja.

9.3. Financiamiento:

Materiales	**Precio**
Material de Escritorio	$ 100,00
Bibliografía especializada	$ 200,00
Servicio de Internet	$100,00
Transporte y Movilización	$ 100,00
Reproducción del Informe Final de la Tesis	$ 450,00
Imprevistos	$ 150,00
Total	$ 1100,00

El total de los gastos haciende a la suma de MIL CIEN DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA, que serán financiados con recursos propios de autor.

10. BIBLIOGRAFIA.

1.- http://es.wikipedia.org.

2.- http://www.monografias.com.

3.- Declaración Universal de Derechos Humanos.

4.- PABLO PÉREZ TREMPS, Los Derechos Fundamentales

- Encuestas.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

AREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA:

Con la finalidad de recolectar información necesaria para la realización de la investigación de campo sobre el tema: **"LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON PASADO JUDICIAL PARA OCUPAR UN PUESTO, CARGO, FUNCIÓN O DIGNIDAD PUBLICA, VULNERAN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES";** le ruego conteste el siguiente cuestionario de preguntas:

CUESTIONARIO:

1.- ¿Considera usted, que el pasado judicial como prohibición especial para ocupar un puesto, cargo o dignidad en el sector público atenta a los derechos constitucionales de las personas?

SI ( ) NO ( )

PORQUE:……

2.- ¿De acuerdo a su criterio, la prohibición especial para el desempeño de un puesto, cargo, o dignidad en el sector público, por pasado judicial, es discriminatorio?

SI ( ) NO ( )

PORQUE:……

3.- ¿Considera usted que el Estado Ecuatoriano implementa medidas de acción afirmativa contra la discriminación?

SI ( ) NO ( )

PORQUE:……

4.- ¿ Considera usted que se está vulnerando el principio constitucional de igualdad ante la Ley y no discriminación, al establecerse la Ley Orgánica de Servicio Público que no se puede ejercer un cargo o función pública por haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada?

SI ( ) NO ( )

PORQUE:……

5.- ¿Considera usted pertinente reformar al art. 10 de Ley Orgánica de Servicio Público, en cuanto a la prohibición especial para el desempeño de un puesto, cargo, o dignidad en el sector público, por pasado judicial vulnera el goce o ejercicio de derechos constitucionales?

SI ( ) NO ( )

PORQUE:……

- Entrevista:

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

AREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.

CARRERA DE DERECHO

Entrevista:

Con la finalidad de recolectar información necesaria para la realización de la investigación de campo de la Tesis sobre el tema: **"NECESIDAD DE TIPIFICAR EN EL ARTÍCULO 176 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EL PASADO JUDICIAL COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN PARA EL GOCE O EJERCICIO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES"**"; le ruego conteste las siguientes preguntas:

CUESTIONARIO:

1.- ¿Considera usted, que el pasado judicial como prohibición especial para ocupar un puesto, cargo o dignidad en el sector público atenta a los derechos constitucionales de las personas?

SI ( ) NO ( )

PORQUE:……

2.- ¿Considera discriminatoria de acuerdo a su criterio, la prohibición especial por pasado judicial, para ingresar al sector público?

SI ( ) NO ( )

PORQUE:……

3.- ¿Considera usted pertinente reformar al art. 10 de Ley Orgánica de Servicio Público, en cuanto a la prohibición especial para el desempeño de un puesto, cargo, o dignidad en el sector público, por pasado judicial vulnera el goce o ejercicio de derechos constitucionales?

SI ( ) NO ( )

PORQUE:……

ÍNDICE

PORTADA I

CERTIFICACIÓN II

AUTORÍA III

CARTA DE AUTORIZACIÓN IV

DEDICATORIA V

AGRADECIMIENTO VI

1. TÍTULO 1

2. RESUMEN 2

ABSTRACT 5

3. INTRODUCCIÓN 7

4. REVISIÓN DE LITERATURA 11

5. MATERIALES Y MÉTODOS 74

6. RESULTADOS 77

7. DISCUSIÓN 103

8. CONCLUSIONES..... 108

9. RECOMENDACIONES 109

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA 110

10. BIBLIOGRAFÍA 113

11. ANEXOS 115

INDICE 130