



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD ES ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**“INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN LEGAL
CONTEMPLADA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO
PÚBLICO QUE PROHÍBE EL ASCENSO DE UN SERVIDOR
PÚBLICO QUE HAYA CUMPLIDO 65 AÑOS DE EDAD
PARA QUE PUEDA ASCENDER A UN CARGO DE MAYOR
JERARQUÍA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL
ECUADOR”**

*Tesis de grado previa a la
obtención del título de
abogado.*

AUTOR:

José Adalberto Vanegas Jaén

DIRECTOR:

Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso, Mg. Sc.

LOJA- ECUADOR

2014

CERTIFICACIÓN

Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso

**CATEDRÁTICO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.**

CERTIFICO:

Que he dirigido el trabajo de Tesis, intitulado: **“INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN LEGAL CONTEMPLADA EN LA LOSEP QUE PROHÍBE EL ASCENSO DE UN SERVIDOR PÚBLICO QUE HAYA CUMPLIDO 65 AÑOS DE EDAD PARA QUE PUEDA ASCENDER A UN CARGO DE MAYOR JERARQUÍA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA”**, que ha sido elaborado por el postulante José Adalberto Vanegas Jaén, por lo que luego de haber realizado las observaciones necesarias, que han sido cumplidas por parte del postulante, autorizo que la investigación sea presentada ante el correspondiente Tribunal de Grado.

Loja, mayo del 2014



Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso, Mg. Sc.

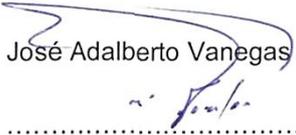
DIRECTOR

AUTORÍA

Yo, José Adalberto Vanegas Jaén, declaro ser autora 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.

Autor: José Adalberto Vanegas Jaén

Firma: 
.....

Cédula: 070110799-7

Fecha: Loja, Junio de 2014

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

Yo, José Adalberto Vanegas Jaén, declaro ser autor de la tesis titulada: : **“INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN LEGAL CONTEMPLADA EN LA LOSEP QUE PROHÍBE EL ASCENSO DE UN SERVIDOR PÚBLICO QUE HAYA CUMPLIDO 65 AÑOS DE EDAD PARA QUE PUEDA ASCENDER A UN CARGO DE MAYOR JERARQUÍA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA”**, Como requisito para optar al 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 Repertorio 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 realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 13 días del mes de junio del dos mil catorce.

Firma



Autor José Adalberto Vanegas Jaén

Cédula 070110799-7

Dirección Machala, Barrio América

Correo Electrónico j_vanegas_j@hotmail.com

Teléfono: 2962021 Celular 0999308176

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso, Mg. Sc.

Tribunal de grado Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez

Dr. Mg. Felipe Neftalí Solano

Dr. Mg. Igor Vivanco Müller

DEDICATORIA

Dedico este trabajo primeramente a Dios Todopoderoso que me ha llenado de fuerza y paciencia para seguir la noble profesión de abogado

A mi esposa Catalina Mary, por ser uno de los pilares principales en alcance de esta meta, a mi madre Ángela, a mis hijos Darío y Mariela, referentes en esta etapa de mi vida.

El autor.

AGRADECIMIENTO

Agradezco inicialmente a Dios por haberme brindado todo lo necesario por haber conseguido mis metas y objetivos; fundamentalmente, por darme la fortuna de contar con mi madre, mi esposa e hijos, cuya bondad ha sido el pedestal que ha sustentado en todo momento mis aspiraciones.

A la Universidad Nacional de Loja a través de su Modalidad de Estudios a Distancia; a sus docentes por su guía en mi formación académica, y con especial deferencia al señor doctor Gonzalo Aguirre Valdivieso, por haber asumido la dirección del presente trabajo, con dedicación y excelente preparación académica.

El autor

ESQUEMA DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

ESQUEMA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. La administración pública

4.1.1.1. Concepto

4.1.1.2. Referentes históricos de la administración pública ecuatoriana

4.1.2. El servicio público

4.1.2.1. Concepto

4.1.2.2. Finalidades

4.1.3. El servidor público

4.1.3.1. Concepto

4.1.3.2. Ingreso

4.1.3.3. Estabilidad

4.1.4. La igualdad y discriminación

4.1.4.1. La igualdad

4.1.4.2. La discriminación

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Argumentos del autor que sustentan la idea de discriminación por la edad en la Ley Orgánica del Servicio Público

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. La igualdad y la no discriminación en la Constitución de la República del Ecuador

- 4.3.1.1. Análisis de las normas legales establecidas en la Ley Orgánica del Servicio Público respecto a la prohibición de ascenso a los servidores públicos que hayan cumplido 65 años de edad
 - 4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA
 - 4.4.1. Legislación Mejicana
 - 4.4.2. Legislación Boliviana
 - 4.4.3. Legislación peruana
 - 4.4.4. LEGISLACIÓN DE HONDURAS
 - 5. MATERIALES Y MÉTODOS
 - 5.1. Materiales
 - 5.2. Métodos
 - 5.3. Técnicas
 - 5.4. Procedimiento
 - 6. RESULTADOS
 - 6.1. RESULTADOS DE LA ENCUESTA
 - 6.2. RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.
 - 7. DISCUSIÓN
 - 7.1. Verificación de objetivos
 - 7.1.1. Objetivo General:
 - 7.1.2. Objetivos Específicos:
 - 7.2. Contrastación de Hipótesis
 - 7.3. Consideraciones previas a la propuesta de reforma
 - 8. CONCLUSIONES
 - 9. RECOMENDACIONES
 - 9.1. PROPUESTA LEGAL
 - 10. BIBLIOGRAFÍA
 - 11. ANEXOS
- PROYECTO
- ÍNDICE

1. TÍTULO

“INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN LEGAL CONTEMPLADA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO QUE PROHÍBE EL ASCENSO DE UN SERVIDOR PÚBLICO QUE HAYA CUMPLIDO 65 AÑOS DE EDAD PARA QUE PUEDA ASCENDER A UN CARGO DE MAYOR JERARQUÍA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR”

2. RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador, reconoce que las personas adultas mayores gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades que todos los demás ecuatorianos. También instituye y garantiza la No discriminación, a fin de posibilitar que todos tengamos las mismas oportunidades y derechos e incluso dispone que se sancionara toda forma de discriminación.

Sin embargo, al revisar el Art. 81, inciso 4) de la Ley Orgánica del Servicio Público, que entro en vigencia el 06 de octubre del 2010, se puede evidenciar que dicha norma comete el fatal error de discriminar a las personas de la tercera edad al impedirles su promoción y ascenso a un cargo de mayor jerarquía.

Esta barbaridad jurídica inconstitucional, coloca en situación de desigualdad jurídica a dichas personas y permite y alienta las prácticas discriminatorias con los “viejitos”, por cuanto discrimina a las personas que han cumplido sesenta y cinco años (65) de edad, impidiéndoles de esta manera su derecho constitucional y legal al ascenso y tratando de desconocer su idoneidad, su experiencia y capacidad.

La problemática descrita en líneas anteriores, se estudia y analiza en el presente trabajo investigativo, sobre la base de una amplia recopilación

doctrinaria, legal constitucional, como de los resultados obtenidos en una investigación de campo, así como de las conclusiones y recomendaciones, que contribuyen finalmente al planteamiento de una propuesta jurídica de derogatoria del inciso 4) del Art. 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en procura de proteger a los adultos mayores, frente a esta disposición que a mi criterio rompe con el espíritu constitucional y lesiva a la condición humana, en cuanto expresa una tácita actitud discriminatoria en razón de la edad.

Si la idea es ir creando inclusión, los esfuerzos deben estar orientados en esa línea, y no admitiendo engañosamente consideraciones excluyentes. Así en el caso que nos ocupa, estimo que no es razón suficiente la edad de una persona, para determinar su idoneidad o incapacidad, sino que son otros los parámetros que pueden permitirnos visualizar este tipo de conclusiones; parámetros que en la mayoría de los casos son medibles y por tanto evaluables. Así, una persona puede ser considerada no idónea independientemente de su edad u otra circunstancia.

2.1. ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Ecuador recognizes that older people enjoy the same rights, duties and opportunities Ecuadorian everyone else. Also establishes and guarantees No discrimination, to enable everyone to have the same opportunities and rights and even states that all forms of discrimination will be sanctioned.

However, when reviewing the Article 81, paragraph 4) of the Public Service Law, which came into force on 6 October 2010, you can show that this rule makes the fatal mistake of discriminating against senior age to prevent their promotion and ascend to a senior position.

This unconstitutional legal outrage, placed in a situation of legal inequality such persons and allows and encourages discriminatory practices with the " oldies " , because it discriminates against people who have reached his sixty- five (65) of age, thus preventing their constitutional and legal right to promotion and trying to ignore their suitability , experience and ability .

The problems described in previous lines , is studied and analyzed in this research work , based on a wide collection doctrinal , constitutional law , and the results obtained in field research as well as the conclusions and recommendations that contribute finally the approach of a legal proposal for repeal of paragraph 4) of Article 81 of the Organic Law of the Public Service ,

seeking to protect older adults against this provision in my opinion breaks with the constitutional spirit and harmful the human condition, expressed as a tacit discriminatory attitude on grounds of age .

If the idea is to create inclusion, efforts should be oriented in that line, and not admitting deceptively exclusive considerations. Thus in the present case , I consider that it is not sufficient reason for a person 's age to determine their adequacy or disability, but there are other parameters that can afford to see this kind of conclusions ; parameters that in most cases are measurable and therefore evaluated. Thus, a person may be considered unsuitable regardless of age or otherwise.

3. INTRODUCCIÓN

La actual Constitución ecuatoriana que aprobamos en el año 2008, es más que una nueva “norma jurídica” de nuestro país, es para nosotros la base para la construcción de un nuevo Estado. Nuestra Carta Magna, con la adopción de las nuevas corrientes del constitucionalismo moderno, vino a inaugurar la llamada era de los derechos, cuya finalidad principal es la de enseñarnos nuevos caminos que protegen y amparan los derechos y garantías constitucionales.

El planteamiento de esta nueva visión, es sin duda revolucionaria. No se trata simplemente de haber sustituido en el papel al Estado Social de Derecho por el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, sino que procura transformar la visión del Estado y de las personas, a fin de promover, al más alto nivel, el sistema de derechos. Es por tanto un reto cultural al que todos y cada uno de nosotros estamos comprometidos.

Lamentablemente en nuestro país los Derechos Humanos se violaron ayer, se violan hoy y se los seguirán violando, a través de la insensibilidad, de la tolerancia y de la inercia de aquellas autoridades que olvidan su responsabilidad para el bienestar de sus semejantes.

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado, entre otras, por edad...” manda la Constitución de la República del Ecuador.

No obstante, en el Art. 81, numeral 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público se establece que “las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo tres de esta ley, cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que pueda ascender”

Como se podrá apreciar, dicha disposición legal es inconstitucional por cuanto discrimina a los servidores públicos que han cumplido 65 años de edad. Discriminar negándole el ascenso por su edad sin una motivación objetiva, es rechazarlo y negarle la oportunidad a la cual todos debemos tener derecho.

Por lo tanto he considerado oportuno desarrollar un estudio jurídico acerca del problema legal anterior, y para tal efecto he trabajado en la presente tesis que lleva por título: “INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN LEGAL CONTEMPLADA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO QUE PROHÍBE EL ASCENSO DE UN SERVIDOR PÚBLICO QUE HAYA CUMPLIDO 65 AÑOS DE EDAD PARA QUE PUEDA ASCENDER A UN CARGO DE MAYOR JERARQUÍA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE ECUADOR”.

El trabajo, presenta inicialmente en la Revisión de Literatura, un estudio teórico de orden conceptual, jurídico y doctrinario, a través del cual se enfocan cada uno de los aspectos relacionados con la problemática jurídica antes enunciada.

De igual forma se recurre al empleo de las técnicas de la encuesta y la entrevista, a través de las cuales ha sido posible recoger el criterio de los profesionales del derecho, y de personas que desempeñan funciones relacionadas con el ejercicio de la administración pública, resultados sobre los cuales se procede a realizar la respectiva verificación de objetivos y la contratación de hipótesis.

La recopilación de los referentes teóricos y de los resultados de la investigación de campo, hace posible que se puedan elaborar algunas conclusiones y recomendaciones relacionadas con la problemática.

Finalmente, considerando toda la información obtenida en el proceso investigativo, se procede al planteamiento de la correspondiente propuesta jurídica, que consiste en un Proyecto derogatorio del Art. 81, inciso 4) de la Ley Orgánica del Servicio Público, para proteger a las personas adultas mayores, frente al delito de discriminación. A través de este trabajo, espero haber logrado el propósito principal que animó el desarrollo del mismo, que es el de garantizar de manera más eficiente el respeto irrestricto de los derechos de los servidores públicos adultos mayores ecuatorianos.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. La administración pública

La actividad o quehacer de los servidores públicos, forma parte de lo que es la administración pública, como la gestión del Estado en beneficio de todos quienes integramos la sociedad, por eso es pertinente principiar analizando lo que representa esta clase de administración, su génesis histórica y algunas características de su responsabilidad en el Ecuador.

4.1.1.1. Concepto

La Real Academia de la Lengua Española, define al término administración como “la acción de administrar. Además, expresa claramente que el verbo administrar significa: “Gobernar, regir, aplicar”¹

Siguiendo a la máxima autoridad de la lengua española, se puede establecer que la acción de administrar se refiere al conjunto de actos destinados a gobernar o regir un determinado negocio o asunto, a la vez que aplicar las leyes, principios, normas o costumbres, que por obligación o por sentido común deben contemplarse en relación con los bienes, negocios o asuntos que se administra.

¹ DICCIONARIO ENCICLOPÈDICO CASTELL, TOMO i, Ed. Ediciones Castell, Madrid- España, 1999, pàg. 30.

Entonces, en principio la acción de administrar se refiere al conjunto de actos destinados a gobernar o regir un determinado negocio obscuro, a la vez que aplicar las leyes, principios, normas o costumbres, que por obligación o por sentido común deben contemplarse en relación con los bienes, negocios o asuntos que se administra.

Para Guillermo Cabanellas, la administración pública es “el poder ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos. La administración pública puede ser nacional, provincial o municipal, de acuerdo con la esfera territorial de sus atribuciones. La ley también regional”²

El mismo Cabanellas, con el ánimo de caracterizar de mejor forma a la definición de administración pública, cita un concepto de Escriche, que textualmente dice: “por administración pública se entiende la parte de la autoridad pública que cuida de las personas y bienes en sus relaciones con el Estado, haciéndolos concurrir al bien común y ejecutando las leyes de interés general; a diferencia de la justicia que tiene por objeto las personas y bienes en sus relaciones particulares de individuo a individuo, aplicando las leyes de interés privado. La administración considera a los hombres como miembros del Estado; la justicia como individuos. Se ejerce ésta por los jueces, audiencias,

² CANANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I, Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires-Argentina, pág. 170.

cortes o tribunales supremos; y aquella, por el jefe del Estado, los ministros, los gobernantes y diputaciones, los alcaldes y ayuntamientos”³

Es significativo destacar la idea de Escriche en cuanto a identificar a la administración pública como la función específica destinada a regular las relaciones entre el Estado y las personas en cuanto a sus derechos, sus bienes y sus intereses como ser colectivo, cuyo objetivo común es la vida en sociedad en términos de bienestar, paz y tranquilidad, para lo que obviamente han aceptado la potestad suprema del Estado constituida sobre la voluntad soberana del pueblo.

En el medio nacional, me parece importante considerar algunos conceptos, como por ejemplo el que nos da el doctor Nicolás Granja Galindo, en su obra *Fundamentos de Derecho Administrativo* (2006) cuando dice: “La Administración Pública es una ciencia y arte, a la vez, que tiene por objeto el conocimiento y práctica de múltiples actividades, o servicios, ejercidos consciente e intencionalmente por los órganos administrativos y servidores públicos, en general, en razón del mandato o representación del Estado, para lograr fines a favor de la colectividad”

Según el autor citado la administración pública es la ciencia que tiene por objeto conocer y poner en práctica múltiples actividades y servicios por los órganos administrativos y por quienes toman parte de ellos, en razón de la

³ Ídem, pág. 171

representación del Estado, para lograr el bienestar colectivo a través de la consecución de objetivos de carácter común.

Otro concepto que me parece importante considerar, por ejemplo, el que nos da el jurista lojano, el doctor Herman Jaramillo Ordóñez, en su obra Manual de Derecho Administrativo, quien manifiesta:

“La administración, en concordancia con la ciencia del Derecho es un conjunto de operaciones técnico-jurídicas, que tiene por objeto planificar, organizar, dirigir, coordinar, controlar y evaluar el funcionamiento de los servicios públicos⁴

Según Reyes Ponce, la administración pública es “el conjunto de reglas para lograr la máxima eficiencia en las formas de estructurar y manejar un organismo social”. Y agrega: “Es la técnica que busca lograr resultados de máxima eficiencia en la coordinación de las cosas o personas que integran una empresa”⁵

En Términos similares el autor J.J Castro, sostiene que “La administración es una ciencia compuesta de principios, técnicas y prácticas y cuya aplicación a conjuntos humanos permite establecer sistemas racionales de esfuerzo

⁴GRANJA, Galindo Nicolás, Fundamentos de derecho administrativo, 5ta Ed., Editorial Jurídica del Ecuador, 2006, pàg.99.

⁵CITADO POR JARAMILLO ORDÒÑEZ, Herman Dr. Manual de Derecho Administrativo, Ed. Facultad de Jurisprudencia, UNL, Loja-Ecuador, 1992, pág. 66. 6. Ídem, pág. 66. 7. Ídem, pág. 67

cooperativo, a través de los cuales se pueden alcanzar propósitos comunes que individualmente no es posible lograr”⁶

El mismo doctor Herman Jaramillo Ordóñez al emitir su criterio en torno a la administración manifiesta: “La administración, en concordancia con la ciencia del Derecho es un conjunto de operaciones técnico- jurídicas, que tiene por objeto planificar, organizar, dirigir, coordinar, controlar y evaluar el funcionamiento de los servicios públicos”⁷

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, dictado mediante Decreto Ejecutivo 1634 por el arquitecto Sixto Duran Ballén, ex Presidente Constitucional de la República, en el respectivo glosario de términos define a la administración pública como: “La organización, con personalidad jurídica, que desarrolla su actividad para satisfacer el interés general”⁸

La administración pública, conforme al concepto legal antes citado sería aquella ejercida por organismos con personalidad jurídica, que ejecutan actividad en procura de conseguir el bienestar colectivo de los integrantes de la comunidad

Con los antecedentes citados, puedo concluir indicando que la administración pública es la actividad ejercida por el Estado y por cada uno de los organismos

⁶ Ibidem, pág. 66.

⁷ Ibidem, pág. 67

⁸ ESTATUTO DEL RÈGIMEN JURÌDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÒN EJECUTIVA, Decreto Ejecutivo 1634, Ed. Facultad de Jurisprudencia UNL, Loja- Ecuador, 1999, pág. 4

e instituciones que forman parte de él y que tiene una personería jurídica autónoma, orientada a satisfacer las necesidades de los integrantes de la sociedad, a través de la prestación de servicios públicos. La administración pública está regida por algunas normas jurídicas instauradas en la Constitución y en las leyes pertinentes, que establecen el marco jurídico en que ha de enmarcarse.

4.1.1.2. Referentes históricos de la administración pública ecuatoriana

En realidad la administración pública, puede decirse que ha ido evolucionando a la par con el desarrollo del Estado como la forma más difundida de organización de las diferentes sociedades del mundo, pues surge justamente a partir de la aparición del

Ente estatal como el principal organismo ejecutor de acciones en beneficio de la colectividad, sin embargo el desarrollo como una ciencia de carácter independiente es reciente.

Para tener una idea acerca de los orígenes de la administración pública vale destacar que los clásicos griegos entre ellos Platón, Sócrates y Aristóteles, hacen varias referencias sobre este tema. Sin embargo hay que tener presente el hecho de que la administración pública no tuvo desarrollo adecuado ni aplicación significativa dentro de las organizaciones estatales monárquicas y

autócratas. El avance de la administración pública tiene lugar a través del desarrollo y fomento del Estado democrático, como el régimen que asume la responsabilidad de servir adecuadamente, como el régimen que asume la responsabilidad de servir adecuadamente a su comunidad.

La administración pública tuvo vigencia, desde la utilización de los edictos reales o decretos a través de los cuales los gobernantes, hacían conocer a sus subordinados las decisiones que tomaban respecto a la conducción de las organizaciones gubernamentales, y ha ido creciendo a través del desarrollo de la concepción Estado, y su organización manifestada en la distribución de funciones y objetivos de la administración pública.

Existe un acuerdo entre un significativo número de destacados tratadistas, que señalan que la administración pública es una desviación del Derecho Canónico, debido al avance organizativo que tiene la Iglesia Católica, que se manifiesta a través de la existencia de órganos como el Papado, la Nunciatura Apostólica, los Colegios Cardenalitos, etc.

Un despunte relevante de la administración pública se evidencia en el Derecho Romano, en donde emitieron autoridades embestidas de cierta potestad administrativa, como por ejemplo, los emperadores, senadores, pretores, cónsules, etc., Incluso se señala que la Ley de las Doce Tablas, contenía importantes preceptos jurídicos relacionados con la administración pública.

Las siete partidas, un tratado que tiene importante relevancia dentro de lo que es la antigua legislación española, contenía ya algunas regulaciones interesantes respecto de la administración pública.

En nuestro continente, según los historiadores, en los tiempos antiguos existieron varias manifestaciones respecto de la administración pública, que estaban relacionadas principalmente con la organización de las comunidades indígenas, y con el poder que sobre ellas ostentaban los jefes o caciques, así como con el control y sanción de los miembros de los grupos y los ayllus, a disponer sobre la distribución de las tierras para el trabajo, la producción, etc.,

En la época de la conquista, en los pueblos de América, se aplicaron los edictos reales dispuestos por los reyes de España, así como otros instrumentos entre los que están las cédulas reales, los actos que conferían poder a los encomenderos, virreyes, presidentes de las reales audiencias, y a sus subalternos, sobre la base de las disposiciones emanadas de los monarcas. También se aplicó bajo la denominación de derecho indiano, algunos preceptos jurídicos derivados de la corona Española, amoldada y atenuada para ser aplicados a los habitantes autóctonos de nuestra América, este tipo de disposiciones legales eran dirigidas por el denominado Consejo de Indias.

La administración pública en nuestro país ha tenido una evolución cronológica marcada por diferentes hitos relacionados con el desarrollo mismo del Estado, así como con la ciencia del derecho administrativo en el Ecuador, en base a

estos aspectos puede desarrollarse la siguiente reseña sobre la evolución cronológica de la administración pública ecuatoriana..

Los primeros visos que podemos encontrar en la historia del Ecuador en relación con la administración pública, se remontan a los tiempos de los shyris, que fueron los señores del reino Quito, donde ya empiezan a fomentarse las primeras formas de Estado que se han observado en lo que hoy es el territorio ecuatoriano. En aquella época ya existían principios de administración pública, ya que se trataba de un pueblo organizado bajo la autoridad del gobierno teológico encarnado por el Shyri, e incluso con un sistema normativo que les permitía incriminar y sancionar a las personas con un sistema normativo que les admitía incriminar y sancionar a las personas que cometían actos contradictorios a lo que la sociedad de entonces consideraba como positivo.

Posteriormente, con la conquista incásica al territorio de los Quitus, se observan formas transformadoras de gobierno y consecuentemente de administración pública. Son muchos los historiadores que reconocen al Estado incásico como una de las más elevadas formas de gobierno que se observan en aquella época. Se habla preferentemente de la convivencia armónica de dos sistemas que en otros lugares ha resultado imposible, como es el caso de la propiedad común sobre los medios de producción y el trabajo conjunto de los miembros de la comunidad que se acerca a un sistema socialista, y el sistema monárquico absolutista de gobierno encarnado en el Inca, que se respaldaba en la visión teológica del pueblo indígena que veía en él a un hijo del Dios Sol.

La administración pública en el tiempo del incario tuvo un orden y pulcritud admirables. Seguramente el sistema de vigilancia, como la crueldad de las penas que se imponían a quienes obran contra los bienes colectivos o del Inca, eran suficientes para disuadir a todos quienes hubieren en algún momento pensado realizar acciones o conductas contra el patrimonio o el deber de corrección que imponía el Inca en la administración pública. Existen algunos pasajes históricos que nos hablan de la crueldad de los incas para castigar a las personas que cometían actos contra el deber de corrección en la administración pública.

En el tiempo de la Colonia, la administración pública pasó a manos de los conquistadores, los mismos que aplicaron normas y procedimientos de acuerdo a su conveniencia y a su insaciable sed de oro, incluso los inmensos tesoros existentes en los palacios y en los tiempos desaparecieron en manos de los españoles, y se impuso tributos espaciales, para agradar las arcas reales de España, y especialmente, para saciar la codicia de los conquistadores españoles. Ya que a fines de la Colonia por primera vez, se logra la concurrencia de contadores especializados de las arcas reales, que realizaban una función administrativa en lo que a recursos económicos se refiere.

Los diferentes asuntos gubernativos que competían a la monarquía española en el Reino de Quito, fueron atendidos por la Real Audiencia de Quito, que fue el órgano político y administrativo que se creó en nuestro territorio para atender los inherente a los intereses del Rey, y a las políticas administrativas que con

respecto a los tributos, servicios públicos, judiciales, etc., se requerían en esos territorios.

En la época de la independencia de yugo español, el Ecuador (llamado entonces Distrito del Sur) formó primeramente parte de la Gran Colombia, y como tal, su administración pública se regía por las primeras normas establecidas en la Convención de Cúcuta en 1821, y subsiguientemente por las normas impuestas por la Convención de Ocaña en 1828, y finalmente por la Carta Política aprobada en la Asamblea de Bogotá el 29 de abril de 1828.

Pese a la declaración del Ecuador como Estado independiente en 1830, las normas administrativas que se contemplaban en la Constitución Política, aprobada en abril de 1828, continuaron practicándose en el Ecuador, hasta que se tuvo la primera Constitución Política del Estado, que rigió los destinos del país, en el mismo año 1830.

La Constitución de 1830, establece con absoluta claridad como pautas generales para el desarrollo del Estado, las características de sistema republicano, presidencialista para el gobierno y la estructura unitaria del Estado.

Aunque se optó en Riobamba por el Estado unitario, no quedó claramente definida la división territorial del país ya que se conservó, para efectos del sufragio, la tripartición en los Departamentos de Quito, Cuenca y Guayaquil,

que debían tener igual número de representantes hasta que un árbitro definiera el sistema electoral.

Un aspecto importante, que se logró a través de la Constitución de 1830, fue por ejemplo, la división de las tres funciones del Estado, o sea los tres poderes como solía decirse en la época, quedado configuradas con precisión las atribuciones de poder legislativo, ejecutivo y judicial.

Este sistema presidencialista que se acogió suponía que el Presidente de la República designaba y renovaba libremente a sus Ministros, Gobernadores y más funcionarios. Este sistema subsistió casi sin cambios hasta un siglo después. En 1929 se intentó modificarlo aproximándolo al régimen parlamentario. Al apartarse nuestra Nación del ya tradicional sistema se produjo un grave trastorno político que privó al país de estabilidad durante veinte años (20) años de gobiernos provisorios y dictatoriales.

Bajo estos principios, se ha desarrollado la administración pública en el Ecuador, hasta llegar a los tiempos actuales.

Con el retorno a la vida democrática la administración pública ecuatoriana quedó nuevamente entregada a manos del Estado y especialmente de la Función Ejecutiva, que a través del Gobierno, la ejerce en las diferentes ramas, a saber central, seccional y dependiente.

4.1.2. El servicio público

4.1.2.1. Concepto

Existen muchos, muchísimos conceptos de servicio público, entre otros teneos:

“El servicio público es un conjunto de prestaciones reservadas en cada Estado a la órbita de las administraciones públicas y que tienen como finalidad la cobertura de determinadas prestaciones a los ciudadanos”⁹

De acuerdo con la definición anterior el servicio público, constituye el conjunto de prestaciones que el Estado realiza a través de la administración pública y que tiene la finalidad de satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

Marcel Waline, considera que el servicio público es: “Una actividad de interés público en que, en unos casos, la administración tiene directamente responsabilidad financiera y en otros carece de ella, esto es, que algunas veces la administración el servicio público se efectúa, en forma directa, y en otras ocasiones, la Administración Pública, sólo provoca la organización del servicio y se conecta con su control”¹⁰

De acuerdo con el autor anterior, el servicio público constituye una actividad de interés público, que puede ser ejercida por la Administración Pública, o

⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Servicio_p%C3%BAblico.

¹⁰ . OLIVERA TORO, Jorge, Manuel de Derecho Administrativo, Editorial Harlas, México D.F., 2003, pàg. 420.

controlada por esta a través de los preceptos establecidos en las normas legales. En efecto, la prestación de servicios puede ser delegada o concesionada para que sea cumplida por otras entidades del mismo sector público, siendo la Administración Pública central la encargada de controlar que se cumpla adecuadamente con las normas constitucionales y legales establecidas para el efecto.

Por su parte, Ernesto Gutiérrez y González, manifiesta que el servicio público es “la actividad especializada que desarrolla una persona, para dar satisfacciones, mediante prestaciones correctas y continuas a una necesidad, ya general o ya colectiva, mientras éstas subsistan. Desde el punto de vista restringido, el servicio público es la actividad que desarrolla una persona particular o pública, ya por sí directamente, ya indirectamente por medio de una persona o empresa, para dar satisfacción, mediante prestaciones concretas y continuas, a una necesidad ya general, ya colectiva, mientras esta subsista”¹¹

De acuerdo con el autor citado, el servicio público constituye una actividad de tipo especializado, desarrollado con la finalidad de brindar prestaciones concretas y continuas para satisfacer una necesidad general o colectiva. Un elemento importante dentro de este aporte conceptual es el que determina que la necesidad que se atiende a través de la prestación de un servicio público debe ser real y manifestarse de manera evidente en la sociedad. No se puede

¹¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A., México D.F., 2003, pág. 927.

realizar una gestión pública para la prestación de servicios si es que no existe en la comunidad una necesidad colectiva.

Guillermo Cabanellas, sobre el tema que nos ocupa dice: “SERVICIO PÚBLICO. Concepto capital del Derecho Público y del Administrativo es éste del servicio público, que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la Administración Pública”¹²

Conforme lo cita, el servicio público es el que se presta por parte de la administración pública, con la finalidad de satisfacer una necesidad colectiva de la sociedad.

Por su parte, el doctor Herman Jaramillo Ordóñez, en su obra Manual de Derecho Administrativo, dice: “Servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o cargo de simples personas privadas”¹³

A la característica del servicio público de ser una actividad encaminada a satisfacer necesidades de carácter general, este autor agrega dos particularidades más. Estas son la continuidad y la obligatoriedad con que

¹² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires- Argentina, 2001, pág. 397.

¹³ JARAMILLO ORDÓÑEZ, HERMAN, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Facultad de Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja, Loja-Ecuador, 1999, pág. 131.

deben prestarse estos servicios a la sociedad; así mismo señala que puede ser prestado tanto por el Estado en forma directa o a través de concesiones o administradores, o por parte de personas privadas.

Los conceptos anteriores nos permiten entender que los servicios públicos forman parte de la diversidad de actividades que el Estado como ente gubernamental básico de la sociedad, está en la obligación de realizar a favor de la comunidad a la que dirige.

La existencia de actuaciones de índole prestacional por parte de los poderes públicos no es un fenómeno nuevo en la historia de la humanidad, habiéndose dado manifestaciones de dicha actividad prácticamente en todas las épocas.

El Diccionario Jurídico Espasa, nos trae una breve visión histórica acerca de la evolución de los servicios públicos, esta obra señala: “No obstante, puede decirse que la consagración del concepto de servicio público tiene un origen histórico e, incluso, geográfico muy concreto. La noción surge así en la Francia de la transición del siglo XIX al XX, muy en particular de la mano de los autores de la de nominada Escuela Realista de Burdeos. En la evolución de su elaboración doctrinal pueden distinguirse dos etapas que, a su vez, han influido en la doble concepción con la que principalmente se ha empleado el término con posterioridad: a) por un lado, una concepción amplia, omnicomprendiva, manejada por el creador de la Escuela aludida, LEÒN DUGUIT (1859-1928), quien desde una perspectiva social y finalista defiende la noción de servicio

público como justificación misma del poder del Estado. La actuación de este último sólo se legitimaría en la medida en que se satisficiera necesidades públicas y pudiera ser calificada como “servicio público”.

Como se puede comprender, se trata concepción más filosófica que jurídica, que hoy en día, entronca directamente con los postulados del Estado Social, en cuanto subraya el deber de los poderes públicos de organizar la prestación de servicios esenciales para la comunidad; b) por otro lado, una noción más estricta que toma como punto de partida las elaboraciones posteriores de los discípulos de DUGUIT, como JESÈ, BONNARD o ROLLAND. Desde este punto de vista, el servicio público se configura como una técnica concreta de gestión de aquellos servicios esenciales a los que antes aludíamos. De este modo terminó por definir como “aquella actividad desarrollada por los poderes públicos para atender necesidades de interés general que los individuos no pueden satisfacer aisladamente y que, en su organización y funcionamiento, se encuentra sometida a un régimen jurídico especial de Derecho Público”¹⁴

El aporte citado agrega elementos interesantes, como es el hecho de que los servidores públicos deben ser desarrollados por los poderes públicos, en vista de que para los individuos es imposible satisfacerlos de forma aislada, además señala que la organización y funcionamiento de los servicios públicos deberá ser regulado por un régimen jurídico especial dentro de la esfera del Derecho Público.

¹⁴ DICCIONARIO JURÌDICO ESPASA LEX.Ed. Espasa Calpe S.A.Madrid-España, 2001, pàg.1308.

La prestación de los servicios públicos lleva inmersa las características de la continuidad y la igualdad. La continuidad se refiere a que los servidores públicos han de ser permanentes, y no pueden ser desatendidos porque su paralización afectaría gravemente a la comunidad, incluso el Estado ecuatoriano en su Carta Magna prohíbe la paralización de los servicios públicos, y en las correspondientes disposiciones legales impone sanciones a los responsables de dicha paralización en caso de que se llegue a producirse.

La comunidad del servicio público ha penetrado profundamente en el espíritu del pueblo, la menor interrupción es rechazada por la opinión pública y da lugar a reclamos y protestas de la ciudadanía porque se afecta intereses colectivos.

Por otro lado está la igualdad, nacida del principio constitucional de que todos somos iguales ante la ley, esta igualdad jurídica conlleva de la mano a que la igualdad en la prestación de servicios es de carácter legal. La igualdad que proclama la Constitución de la República del Ecuador, nos indica que todos los ciudadanos tenemos los mismos derechos en el uso de los servicios; no puede establecerse consideraciones de excepción a favor o en contra de nadie. El servicio público no reconoce privilegios, situación que si sucede en algunos casos respecto de la prestación de servicios por parte del sector privado.

Hoy en día el Estado, no se preocupa únicamente de los servicios básicos como agua potables, luz eléctrica, salubridad, educación, servicio de correos, sino también de otras actividades como el control de precios, distribución y

venta de los artículos de consumo popular, defensa del consumidor frente al acaparamiento de productos, abuso de precios, especulación, etc.

Los servicios públicos como se ha podido observar en los criterios señalados con anterioridad, son importantes para el desarrollo de la persona en forma individual y de la sociedad en general, sin embargo, en nuestro país existen muchos problemas en cuanto a la prestación de servicios públicos.

4.1.2.2. Finalidades

Los autores en todos los tiempos, han discutido bastante en torno a la problemática de la teleología de la sociedad administrativa. Es decir, que la doctrina en este campo sobre los fines de los servicios públicos, es muy extensa. Para una mejor comprensión de este tópico trataremos de simplificarlo.

La acción del Estado se manifiesta diaria y positivamente a través de la administración pública. Por lo que ésta, como estudio y como actividad, conjuntamente tiende a potenciar al máximo la realización de fines; y, a menudo, se entremezclan ambos elementos, ya que, en último análisis, el estudio es también una forma de acción. Además, frente a tales fines, existe también en la práctica un cálculo continuo de los medios ejecutados para maximizar los fines públicos.

En conclusión, si la ciencia política se ha encargado de interpretar la teoría de los fines del Estado, que en la práctica se los traduce a través de la administración pública, y si también es cierto que esta última disciplina orienta objetivamente su contenido hacia la realización de actividades tendientes a la obtención de fines, deduciremos pues que tales fines constituyen un mismo objeto dentro de la sociedad. Es decir, que la teleología del Estado, en acción, es igual a la teleología de la Administración Pública. De donde, ya podemos singularizar con claridad, cómo, de entre los varios fines de la administración pública, tanto esenciales como accidentales, aparecen fundamentalmente los siguientes:

Aquel fin que se refiere a la realización de Derecho, o fin jurídico, estableciendo la seguridad social de los individuos dentro del Estado.

El fin propugna la defensa de una manifiesta solidaridad entre la sociedad y el Estado, que tiende esencialmente a cristalizar los intereses morales, civilizadores, sociales, políticos, económicos, culturales, etc. de los individuos, de los cuales nadie puede prescindir de ellos ni abandonarlos.

Aquel que se relaciona con el desarrollo de los valores de la comunidad, en cuanto integración de pluralidad de hombres con miras a la obtención de los bienes materiales indispensables para la vida, así como de los espirituales, que complementan su perfeccionamiento moral y de justicia social.

El fin que se requiere a la búsqueda y protección de una realidad social contemporánea, caracterizada por una técnica, una planificación y una dirección muy amplias que permitan a los individuos nuevas posibilidades de creación, dentro del marco de la libertad y de defensa de los derechos del hombre, frente a la misma administración.

El fin, en suma, se refiere a la constante solución de las cuestiones sociales que requieren la organización de los departamentos indispensables para lograr los objetivos de protección al trabajo.

En resumen, se podrían enumerar muchos. Pero para concluir es preciso señalar que la temática de la Administración se encuentra directamente relacionada con los siguientes objetivos básicos:

Lograr el orden y la paz ciudadana;

Alcanzar el desarrollo económico social y cultural del pueblo;

Propugnar la solidaridad entre la sociedad y el Estado;

Educar en valores éticos y morales a la población;

Observancia de la Ley; y,

Dotar de servicios básicos a la sociedad, entre otros de agua potable, alcantarillado, saneamiento, alumbrado público, calles, etc.

El servicios público en el Ecuador, es prestado a través de la administración pública, y se ejecuta a través de las Funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, que en el cumplimiento de las funciones encomendadas a ellas deberán sujetar su proceder a las normas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador y en la Ley.

En la prestación del servicio público, por parte de la administración deberán observarse siempre los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

Lamentablemente la aplicación de los principios antes mencionados, no es una constante en la administración pública ecuatoriana, por lo que el servicio público generalmente es catalogado como ineficiente, ya que no se satisfacen de manera adecuada las necesidades de la población.

Por considerarse como un servicio a favor de la colectividad, la prestación de servicios públicos acarrea responsabilidades a los servidores, lógicamente cuando ellos incurren en algunos de los comportamientos sancionados en la Constitución de la República y en las leyes pertinentes, más sobre este asunto vale precisar también que en muy pocos casos se llega a aplicar las sanciones

correspondientes, pues mayor es la impunidad lo que también incrementa el nivel de desconfianza de la sociedad en la prestación de servicios públicos.

Actualmente el servicio público en el Ecuador, está regulado por las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Público, la que lamentablemente contiene algunas disposiciones que han sido criticadas porque sus preceptos son contradictorios con las normas constitucionales, de igual forma existen algunas imprecisiones jurídicas, como las que motiva este trabajo investigativo, que ponen en riesgo los derechos de los servidores públicos.

4.1.3. El servidor público

4.1.3.1. Concepto

Para el desenvolvimiento de las funciones administrativas, el Estado se vale de los servidores públicos.

La Constitución de la República del Ecuador, en actual vigencia, en el inciso primero de su Art. 229, señala que: “Serán 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”¹⁵

Por su parte, la Ley Orgánica de Servicio Público, en su Art. 4, señala: “Servidoras y servidores públicos.- Serán servidoras o servidores públicos

¹⁵ COORPORACIÒN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Constitución de la República del Ecuador, 2011

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”¹⁶

De acuerdo con las disposiciones legales anteriormente señaladas, que a propósitos son casi idénticas, la característica fundamental de la persona a la que se designa como servidor público, es que preste sus servicios o trabaje, en una institución del sector público.

Desde mi punto de vista, el servidor público es la persona que desempeña actividades administrativas en el sector público, por haber obtenido nombramiento o delegación expresa de parte del Estado para tal efecto.

Queda claro, que sería imposible el funcionamiento del Estado sin el concurso de los servidores públicos.

4.1.3.2. Ingreso

La Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento General contemplan dos tipos de requisitos para el ingreso de una persona a la administración pública, a saber: a) formales; y, técnicos.

Los formales son los que están estipulados en el Art. 5 de la antes mencionada ley y establece ciertos requisitos generales que deben cumplir los aspirantes para ingresar al servicio público, como por ejemplo: 1) ser mayor de

¹⁶ Ídem.

18 años y estar en pleno ejercicio de los derechos previstos en la Constitución y la Ley para el desempeño de una función pública; 2) No encontrarse en interdicción civil, no ser el deudor al que se siga procesos de concurso de acreedores y no hallarse en estado de insolvencia fraudulenta declarada judicialmente; 3) No estar comprendido en alguna de las causales de prohibición para ejercer cargos públicos; 4) No encontrarse en mora del pago de créditos establecidos a favor de entidades u organismos del sector público, a excepción de lo establecido en el artículo 9 de la presente Ley; 5) presentar la correspondiente declaración patrimonial juramentada de autorizar el levantamiento del sigilo bancario, de los bienes que posee; 6) No encontrarse incurso en nepotismos; y, 7) No adeudar más de dos pensiones alimenticias, entre otras.

En tanto que las técnicas, son las que tienen el propósito de reclutar, mediante el concurso de méritos y oposición, al recurso humano idóneo, técnico y bien preparado para que contribuya a garantizar la eficiencia de la administración pública y por ende al desarrollo productivo del país.

Como podemos observar entre los requisitos establecidos para el ingreso al sector público no se halla comprendido ninguno que haga referencia a la edad de las personas, a su sexo, a sus creencias religiosas o políticas, etc. Es más se deja en claro que, siendo el concurso de méritos y oposición el mecanismo técnico para determinar la idoneidad de una persona, la selección de personal no puede basarse en apreciaciones particulares, mucho menos subjetivas, sino

en un sistema de calificaciones, que censure por cuenta propia cualquier forma de discriminación que pudiera presentarse.

4.1.3.3. Estabilidad

El Art. 81 de la Ley Orgánica de Servicio Público, emprende señalando: “Se establece dentro del sector público, la carrera del servicio público, con el fin de obtener eficiencia en la función pública, mediante la implementación el sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, el régimen de libre nombramiento y remoción tendrá carácter de excepcional”¹⁷

Como podemos observar, el inciso primero del Art. 81 del tantas veces mencionado cuerpo legal, hace una clara referencia a lo que en definitiva puede considerarse la directriz máxima en el ejercicio del servicio público, cuando se dice: “... mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos”¹⁸

No obstante, el mencionado artículo en su incisos 4 y 6 señala:

“Las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta ley, cumplidos los sesenta y cinco años (65) años de edad, habrán llegado

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Ídem

al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender.

Las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto. Percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera”¹⁹

Surgen de allí, pues, varias interrogantes: ¿Es la edad de servidor público la causa para su cesación? ¿Es la edad motivo suficiente para determinar la idoneidad de un servidor público?

Es natural que para la admisión y permanencia de una persona en el servicio público, se deban observar aspectos como la idoneidad; pero debemos entender que la idoneidad no se demuestra con la edad, ya que se puede tener 25, 40, 65 y más años de edad, y ello no va a determinar que una persona posea más o menos habilidades y capacidades que otras.

Existen muchas probabilidades de que personas que tienen una edad inferior a los 35 años, pueden presentar grandes muestras de ineficiencia, y no por ello puede hablarse de que todas las personas comprendidas en este rango de edad son ineficientes. Otras personas, que superan los 60 años de edad,

¹⁹ Ídem.

demuestran tener un altísimo grado de capacidad e inteligencia, pero esa tampoco es la norma. Sin duda vamos a encontrar casos contrarios: jóvenes eficientes y adultos mayores ineficientes o mayores adultos eficientes y jóvenes ineficientes. Entonces, la edad no es un sinónimo de eficiencia o de idoneidad.

¿Cómo se demuestra entonces la idoneidad? La respuesta es sencilla. A través de métodos técnicos, científicos y racionales que permitan evaluar a la persona, que permitan calificarla. Por tanto, la idoneidad es el aspecto a considerarse objetivamente, es decir, sin relación a los sujetos. Cuando hablamos de que se establece una diferenciación por motivos de edad, estamos hablando de un elemento subjetivo, de ahí que solamente pueda establecerse un comportamiento discriminatorio.

Y no es que no se consideren aspectos como el derecho a “recibir un estímulo y compensación económica” como consecuencia de su retiro voluntario para efectos de la jubilación, sino que no constituyen bajo ningún concepto argumentos válidos que justifiquen la prohibición de ascenso a los servidores públicos que hayan cumplido sesenta y cinco años de edad, quienes, sobre todo, como seres humanos, merecen una consideración en calidad de iguales, y un respeto absoluto a sus derechos constitucionales y legales.

En la norma legal que se ha propuesto como problemática, se ha prometido generar una correspondencia entre edad e idoneidad, apreciando que a una persona al cumplir los sesenta y cinco años (65) de edad ya no tiene la

idoneidad para ascender y por tanto continuar en el servicio público, es un acto eminentemente discriminatorio y una clara violación a los derechos y garantías de las clases vulnerables como lo son los adultos mayores.

4.1.4. La igualdad y discriminación

4.1.4.1. La igualdad

Para iniciar, se puede fácilmente colegir que la igualdad, como definición práctica, podría ser la ausencia de todo tipo de discriminación entre seres humanos, en lo que respecta a sus derechos; y, ya en el campo de la técnica jurídica podemos decir que el derecho a la igualdad , es aquel derecho inherente que tenemos todos los seres humanos a ser reconocidos como iguales ante la Ley y de disfrutar de todos los demás derechos otorgados de manera incondicional, es decir, sin discriminación por motivos de nacionalidad, raza, creencias o cualquier otro motivo.

En un estado de derechos, como el nuestro, esta búsqueda se lleva a cabo por medio de la protección de la igualdad formal y material de los ciudadanos; de ahí la búsqueda de las constituciones contemporáneas por plantear mecanismos a través de los cuales se les puede otorgar a todos los ciudadanos los mismos derechos y garantías; ello, obviamente, tiene su base en el hecho de que la desigualdad ha estado presente desde los orígenes de la

humanidad, y los pueblos han mantenido una lucha constante contra ella, aunque en muy pocas ocasiones consiguieron la igualdad propuesta.

Para comprender lo dicho, señalaremos que se entiende a la igualdad formal, como la igualdad ante la ley; y, la igualdad material, como las diferentes regulaciones económicas y sociales que se deben llevar a cabo, para que se dé la igualdad como tal en la realidad, es decir, en las prácticas sociales.

La desigualdad y la discriminación tienen su origen en la subyugación de las semejanzas entre los seres por parte de las diferencias de los mismos, desde la aparición del observador, es decir que entre los seres humanos encontraremos siempre diferencias y semejanzas; y, que la concepción de desigualdad o igualdad entre los seres se derivará de dar mayor énfasis a las unas o a las otras.

De esta manera, los seres humanos somos diferentes por aspectos físicos como género, color de la piel, talla, peso, color de ojos, color de pelo, etc. o por otros tales como ideologías políticas, religiosas, edad, orientación sexual, edad, etc.; y, somos semejantes por nuestra capacidad de pensar, nuestra estructura física o biológica, por nuestras necesidades básicas, etc.

Ante tal circunstancia, el avance tanto del derecho como de las ideas sociales, han determinado que exista una igualdad natural entre los seres humanos, que

subsiste ante cualquier diferencia, apreciación que poco a poco ha sido siendo recogida por las diversas legislaciones nacionales y supranacionales.

El derecho a la igualdad es aquel derecho inherente que tenemos todos los seres humanos a ser reconocidos como iguales ante la ley y de disfrutar de todos los demás derechos otorgados de manera incondicional, es decir, sin discriminación por motivos de nacionalidad, raza, creencias o cualquier otro motivo.

Este derecho que se fraguó en la Revolución Francesa, junto con la fraternidad y la libertad, inspirada en los constitucionalistas y humanistas más ilustrados; sin embargo, las minorías siguen siendo víctimas de rechazos. De ahí la búsqueda de las constituciones contemporáneas de mecanismos que permitan otorgar a todos los ciudadanos los mismos derechos y garantías, sería uno de los más grandes logros de la humanidad, sin embargo, en la mayoría de las naciones del mundo este principio ha quedado como una simple retórica, pues en la actualidad la gran mayoría de personas, especialmente las de la tercera edad, siguen siendo víctimas de muchas desigualdades.

4.1.4.2. La discriminación

Como antítesis de la igualdad, ubicamos a la discriminación, que en su acepción más frecuente, se refiere al acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades.

Se la define como el trato desigual o diferente que indica diferencia o discriminación de un individuo respecto a otro, debido a su posición social, económica, religiosa, a su sexo, raza, color de piel, etc. En otros términos se refiere al acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades.

Existen varias formas de discriminación. Quizá las más importantes sean el racismo, la diferencia de género, la segregación a los niños, la segregación a los discapacitados y sobre todo y ante todo el aislamiento laboral a las personas de la tercera edad.

Es cierto que en los últimos años se han incrementado los esfuerzos por reducir la discriminación. No obstante, la situación no ha podido ser solventada y más bien se ha incrementado, cuyas consecuencias se ven reflejadas en la desigualdad de oportunidades a las personas de la tercera edad.

Sistemáticamente, se puede decir que discriminación es una conducta sistemáticamente injusta contra un grupo humano determinado, ya que discriminar a un grupo social consiste en privarle de los mismos derechos que disfrutaban otros grupos sociales.

La discriminación, en su forma natural, y que se la ha llamado actualmente discriminación negativa, implica generalmente la violación de la igualdad de derechos para los individuos por cuestión social, racial, religiosa, etaria,

política, etc., y es diferente de la llamada discriminación positiva que, observando las diferencias entre grupos de individuos, favorece a un grupo de individuos de acuerdo a sus características y/o a circunstancias de modo que puedan hacerse equiparables en derechos a otros grupos; tal es el caso de las medidas de acción afirmativa que se conceden, por ejemplo, a los grupos de discapacitados, a fin de permitirles mayores niveles de inserción social.

La discriminación llamada negativa se presenta cuando dicha distinción implica la realización de actos de no aceptación que perjudican a determinados grupos, tomando como base sus diferencias con otros.

La discriminación negativa puede presentarse en forma de violencia pasiva y a veces en agresión física. Quienes discriminan designa un trato diferencial o inferior en cuanto a los derechos y las consideraciones sociales de las personas, a partir de sus diferencias de color de piel, etnia, sexo, edad, cultura, religión e ideología.

Las personas que discriminan tienen una visión distorsionada de la esencia del hombre y se atribuyen a si mismos características o virtudes que los ubican en un eslabón más arriba que ciertos grupos, Existen ciertos grupos minoritarios que no están efectivamente incorporados en la sociedad y que como tal se encuentran discriminados y en una posición de “subordinación perpetua”, lo cual se ve reflejado en la aparición de clases menos favorecidas, en lo

económico, en la falta de representación política, en lo político, entre otras cosas.

La discriminación es una situación en la que una persona o grupo es tratada de forma desfavorable a causa de prejuicios, siendo éstos de varios tipos.

Una de las formas más comunes de discriminación es el racismo, que plantea la superioridad, y por ende la inferioridad, de un grupo racial determinado respecto a otro. Sin duda es el tipo de discriminación que ha causado mayores desastres a lo largo de la historia de la humanidad, con acciones tan degradantes para el ser humano como el caso del holocausto.

La discriminación de género o sexismo es otro fenómeno social, cuya base es la supuesta supremacía de uno de los géneros (generalmente el masculino), y que desconoce en su máxima expresión la equivalencia de los derechos de ambos sexos.

La discriminación etaria, es otro tipo de discriminación, que implica el desconocimiento de derechos o la disminución de los valores propios de un grupo etario determinado, tal como pueden ser las personas adultas mayores, las niñas, los niños y los jóvenes en general.

Si bien la legislación de cada país debería ser el medio para combatir la discriminación, con frecuencia son precisamente estas leyes las que, de forma

activa o pasiva, alientan las prácticas discriminatorias, de modo que el derecho y el sistema judicial han sido utilizados tradicionalmente como elementos de control por parte de los grupos predominantes, con el objeto de mantener el statu quo, pero radica justamente en ello la necesidad de transformar a este derecho y a ese sistema judicial en base a las correcciones necesarias para construir mayores sistemas de igualdad.

Los esfuerzos internacionales para combatir la discriminación fueron casi inexistentes hasta la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el diez de diciembre de 1948, declaración que persigue entre sus principales objetivos el fomentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los individuos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión.

Posteriormente la Asamblea General aprobó el Acuerdo sobre Derechos Civiles y Políticos, que entro en vigencia en el año 1976, así como acuerdos específicos sobre prevención y penalización del genocidio y sobre eliminación de cualquier forma de discriminación racial. Estos acuerdos fueron firmados por la gran mayoría de los países,

Durante los últimos años se han incrementado notablemente los esfuerzos por reducir la discriminación laboral por causa de la edad, determinadas incapacidades físicas o la propia orientación sexual.

El principal obstáculo, no obstante a la protección internacional de los derechos humanos es el constituido por el derecho a la “soberanía” y a la “autodeterminación” de los Estados, planteándose el hecho de que la mayoría de los países no aceptan la intervención en sus asuntos internos, y no reconocen la discriminación de sus propios conciudadanos. Sin embargo, y en cierta medida, en Latinoamérica, esta dificultad ha podido ser solventada por organizaciones ingentes como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las normativas nacionales, también son parte importante de dicho esfuerzo por combatir la discriminación y construir una mayor y justa igualdad entre los seres humanos. Es así que la actual corriente neo constitucionalista plantea llevar al plano de lo constitucional la defensa y protección de los derechos de todas y cada una de las personas.

En cuanto al campo de la igualdad y la discriminación, las modernas Constituciones prohíben la discriminación, a partir de la proclamación de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

Para examinar la presencia de un comportamiento discriminatorio, no basta simplemente exteriorizar una apreciación particular. Podemos afirmar así que no todo trato idéntico es siempre justo, ni todo trato diferente es discriminatorio; entonces, es necesario que se cuenten con elementos que sustenten esa afirmación.

En razón de ello, conviene exteriorizar algunas consideraciones que facilitarán determinar ese carácter discriminatorio. Ellos son:

1. El análisis de racionalidad; y.
2. El hecho de considerar a la discriminación a los adultos mayores desde una perspectiva histórica.

El análisis de racionalidad consiste en examinar lo razonable de un trato diferente dado a una persona o grupo, y consiste en estudiar el objetivo que se persigue, su validez a la luz de la constitución y si la relación entre el trato dado y el fin perseguido es proporcional.

En cuanto al objetivo que se persigue, es claro que al no mencionar que el objetivo de no acceder a un cargo a un servidor público que ha llegado a los sesenta y cinco años de edad, es, por ejemplo, obligarlo a que se retire para

eliminar su partida presupuestaria, la idea que se genera es la que se requiere en sustitución de dicho servidor otra persona.

Ahora, ¿por qué no acceder precisamente a las personas de mayor edad y no a las que no responden en su trabajo? Muchos señalarán probablemente que se requieren personas de menor edad en razón de que ellas pueden mostrar mayor idoneidad.

Pero, ¿no existen medios de carácter técnico mediante los cuales se puede determinar objetivamente la idoneidad de una persona? Veamos.

Siendo la idoneidad de los servidores públicos la piedra angular de dicho servicio, se han establecido mecanismos técnicos que permiten evaluarla objetivamente al servidor público. Es así que en el caso de nuestro país en la Ley Orgánica de Servicio Público (art. 76) y su Reglamento, existe el subsistema de evaluación del desempeño, entre cuyos objetivos se encuentran precisamente, tanto el ascenso y cesación de los servidores públicos; así como la concesión de otros estímulos que contempla esta Ley, tales como menciones honoríficas, licencias para estudio, becas, cursos de formación, capacitación e instrucción.

Al respecto, el Art. 76 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece:

“Art. 76.- Subsistema de evaluación del desempeño.- Es el conjunto de normas, técnicas, métodos, protocolos y procedimientos armonizados, justos, transparentes, imparciales y libres de arbitrariedad que sistemáticamente se orienta a evaluar bajo parámetros objetivos acordes con las funciones, responsabilidades y perfiles del puesto”²⁰

La evaluación se fundamentará en indicadores cuantitativos y cualitativos de gestión, encaminados a impulsar la consecución de los fines y propósitos institucionales, el desarrollo de los servidores públicos y el mejoramiento continuo de la calidad del servicio público prestado por todas las entidades, instituciones, organismos o personas jurídicas señaladas en el artículo 3 de esta Ley”

Es decir, que al amparo del mencionado cuerpo legal, existe el mecanismo técnico para poder determinar la idoneidad de una persona, sin que deba contarse entonces para ello con presunciones de carácter subjetivo que innegablemente pueden mostrarse como discriminatorios.

Inclusive, si se analiza lo establecido en el artículo 22 de la misma ley, dentro de los deberes de las o los servidores públicos, se contempla que es obligación de las y los servidores públicos el someterse a evaluaciones durante el ejercicio de sus funciones. Por tanto se encuentra garantizada la posibilidad de que el Estado pueda conocer acerca de los índices de idoneidad de su

²⁰ ídem.

servidora o servidor, de modo que determine a partir de ello lo más conveniente.

En base a ello, el artículo 78 de la tantas veces prenombrada Ley Orgánica de Servicio Público, nos dice que el resultado de la evaluación del desempeño se sujetará a la siguiente escala de calificaciones: a) Excelente; b) Muy Bueno; c) Satisfactorio; d) Regular; y, e) Insuficiente, estableciendo inclusive como sus efectos los siguientes:

La servidora o servidor público que obtuviere la calificación de regular, será destituida de su puesto, previo al sumario administrativo que se efectuará de manera inmediata.

La servidora o servidor público que obtuviere la calificación de regular, será nuevamente evaluado en el plazo de tres meses y si nuevamente mereciere la calificación de regular, dará lugar a que sea destituido de su puesto, previo al respectivo sumario administrativo que se efectuará de manera inmediata. Posteriores evaluaciones deberán observar el mismo procedimiento.

La evaluación la efectuará el jefe inmediato y será revisada y aprobada por el inmediato superior institucional o la autoridad nominadora.

La servidora o servidor calificado como excelente, muy bueno o satisfactorio, será considerado para los ascensos, promociones o reconocimientos,

priorizando al mejor calificado en la evaluación del desempeño. Estas calificaciones constituirán antecedente para la concesión de estímulos que establece la ley y sugerir recomendaciones relacionadas con el mejoramiento y desarrollo de los recursos humanos.

Es decir que si se considera que los servidores públicos que haya cumplido 65 años de edad no puedan ascender, es algo que responde al criterio de perseguir la idoneidad de los mismos, el medio no es el adecuado ya que para la evaluación y calificación de la idoneidad existe el subsistema de evaluación y calificación del desempeño.

Como lo señalamos anteriormente, la norma objeto del presente trabajo y que sintéticamente se puede expresar en lo contenido en el inciso 4 del Art. 81 de la Ley Orgánica de Servicio Público que establece que “las servidoras y servidores de las instituciones públicas señaladas en el Art. 3 de esta Ley, cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender”²¹

Al analizar dicha disposición, los tratadistas del derecho, señalan que la misma es de carácter discriminatoria.

²¹ Íbidem

La Corte Constitucional Colombiana ha hecho alusión en varios fallos a los aspectos históricos que rodean la discriminación que básicamente hacen referencia a que, cuando un grupo tradicional ha sido excluido o menoscabado en sus derechos sufre una diferenciación, ésta es sospechosa de guardar en sí misma un carácter discriminatorio.

El caso de las personas mayores adultas, es uno de aquellos que manifiesta una histórica exclusión, especialmente en cuanto tiene que ver al mercado laboral y para ello basta con desarrollar una breve reflexión y análisis.

Muchas personas que superan los cuarenta o cincuenta años de edad, una vez que han perdido su empleo o que no han podido ascender a él, se transforman en parados de larga duración, mostrando un drama personal y familiar agravado justamente por su edad.

En los anuncios clasificados de los diarios se publican anuncios con márgenes de edad para acceder a algunos puestos de trabajo, siendo que generalmente se fijan topes de edad; ello, pese a que el derecho al trabajo es un derecho constitucional que le está garantizado a toda la población, sin distinción alguna.

Para estas personas es bastante deprimente el leer este tipo de anuncios que establecen límites de edad para los candidatos a un trabajo, sin guardar consideración alguna a las capacidades propias de cada individuo, las cuales muchas de las veces no son siquiera evaluadas.

A criterio de muchos analistas diario “La Hora”, los límites de edad para ascender al empleo son inconstitucionales aunque se incluyan en muchos instrumentos legales o reglamentarios. Por lo general se desconoce que la discriminación por edad es muchas veces arbitraria, y que, salvo cuando las diferenciaciones tienen un carácter razonable, encubre los mismos perjuicios para los interesados y para la sociedad que la discriminación por razón de raza, sexo, religión, etc. Discriminar negándole el trabajo y el derecho al acceso a un cargo por alguna característica imposible de cambiar, tal como puede ser su edad, su sexo o su nacionalidad, es rechazarlo y negarle la oportunidad a la cual todos tenemos derecho.

Los adultos y adultas mayores son tratados muchas veces como personas descartables a las cuales se intenta eliminar poco a poco con jubilaciones que sustituyan nuestra falta de atención o desprecio hacia ellos con el otorgamiento de sumas de dinero, en otras palabras, en lo posible la sociedad les paga no tener que verlos o verlas. Ello es fácil de reconocer cuando visualizamos a ancianos haciendo largas filas, recibiendo malos tratos u oídos sordos a las quejas por parte de quien debe entenderlos. Son los más viejos y los más discriminados.

En un mundo inmerso en una realidad “competitiva”, la esfera laboral se vuelve cada vez más salvaje y en ella ganan los más fuertes, por lo que con leyes débiles y una justicia ineficiente los abusos son cotidianos, y los “viejos” tendrán que esperar a que el mundo comprenda que en este ámbito los

parámetros que se usan para seleccionar y ascender están equivocados ya que no se basan en la capacidad y en la experiencia, sino en otros componentes poco ennoblecidos.

En razón de ello, nuestra Carta Magna, ha sabido incluir dentro de la sección dedicada a los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, enlistados en su artículo 36, a las personas adultas mayores, como un grupo que, entonces, merece un especial énfasis por parte de la acción del Estado y de las personas.

Según el Art. 36 de la Constitución de la República del Ecuador, las personas adultas mayores, consideradas como tales aquellas personas que haya cumplido los sesenta y cinco años de edad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y de protección contra la violencia.

Ahora bien. Si el Art. 38 de la Carta Fundamental del Estado Ecuatoriano hace especial énfasis en la protección, cuidado y asistencia especial que garanticen la estabilidad emocional, física y mental de las personas adultas mayores por su situación particular, lo cual es bastante razonable, no es menos cierto que, cuando un adulto o adulta mayor demostraren aún condiciones idóneas para el ejercicio de actividades laborales, y fuere de su decisión, el Estado debe garantizar a dichas personas, tal cual señala el Art. 37 de la Constitución de la

República del Ecuador, el trabajo remunerado, en función de sus capacidades, tomando en cuenta sus limitaciones.

Queda demostrado que sin la intervención del derecho y el ejercicio jurisdiccional, los adultos mayores corren el serio riesgo de ser excluidos. Por tanto, es admisible que cualquier diferenciación realizada en perjuicio suyo (más aún sin una motivación o explicación objetiva), pueda ser considerada como una categoría sospechosa de ser discriminatoria, debiendo demostrarse lo contrario.

4.2.1. Argumentos del autor que sustentan la idea de discriminación por la edad en la Ley Orgánica del Servicio Público

En la Sección Tercera del mismo Capítulo Séptimo, se establecen las siguientes normas constitucionales que rigen la situación de las servidoras y servidores públicos.

“Art. 229.- Serán 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. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará su ingreso, ascenso, promoción,

incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”.

El Art. 3 de la Carta Magna de nuestro país, señala que son deberes primordiales del Estado:

“1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”

El Art. 11 de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano, establece que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”

“Nadie podrá ser discriminado por razones de edad...”²²

²² COORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Constitución de la República del Ecuador, Quito-Ecuador, 2011.

El artículo 66, numeral 4, de la tantas veces prenombrada constitución, textualmente dice: Se reconoce y garantiza a las personas el “derecho a la igualdad formal, igualdad materia y discriminación”²³

La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 35, ha incluido dentro de la sección dedicada a los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria a las personas adultas mayores, como un grupo que merece especial atención del Estado y de las personas.

Según el Art. 36 de la nuestra Carta Fundamental, las personas adultas mayores, consideradas como tales aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad, “recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia”

De conformidad a esta disposición constitucional, las personas adultas mayores, son personas vulnerables y por tanto deben recibir un trato especial en todos los ámbitos, en los campos de inclusión social y económica y sobre todo y ante todo en campo de la protección contra la violencia. No obstante, esta disposición ha quedado únicamente. En la práctica no se cumple y lo que es más se han dictado leyes últimamente que están en una clara y eminente inconstitucionalidad, pues se oponen a ella con un desconocimiento total de la norma suprema.

²³ Ídem.

El asunto en mención, ha sido analizado por varios constitucionalistas, quienes ha dado su criterio y han objetado este tipo de incongruencias que tanto y tanto daño están causando a la comunidad ecuatoriano y en particular a las personas mayores adultas que vienen siendo víctimas de una serie de injusticias y discriminaciones que poco a poco han ido minando su paciencia

El Art. 38, numeral 2) de la Constitución de la República hace especial énfasis que el Estado está obligado a ejecutar políticas destinadas a fomentar la participación y el trabajo de las personas adultas mayores en entidades públicas y privadas para que contribuyan con su experiencia, y desarrollará programas de capacitación laboral, en función de su vocación y aspiraciones.

Lamentablemente en nuestro país, debido a la existencia de una cultura de irrespeto a los derechos de las personas mayores adultas y tales disposiciones han quedado como letra muerta.

Al revisar el contenido de la Ley Orgánica del Servicio Público, he podido determinar que existe una franca discriminación en contra de las personas en razón de su edad, contraviniendo las normas constitucionales.

De acuerdo con el Art. 81, inciso 4 de la Ley en cuestión, establece que “las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta Ley, cumplidos los sesenta y cinco años de edad, habrán llegado al tope

máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender”

De la norma legal anterior -que a propósito adolece de motivación-, se deduce que en nuestro país existe una clara limitación para que un servidor público que haya cumplido 65 años de edad pueda acceder a un cargo de mayor jerarquía.

Esta situación a mi criterio no debe darse en un Estado, donde se proclama el respeto a los derechos de sus habitantes, pues el impedimento para que un servidor público que haya cumplido 65 años de edad no pueda ser promovido a un cargo de mayor jerarquía, significa un claro y grave caso de discriminación que se contrapone con los principios constitucionales e internacionales, por lo que es necesario que implementen los correctivos necesarios a efectos para enmendar este craso error en contra de las personas de la tercera edad.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. La igualdad y la no discriminación en la Constitución de la República del Ecuador

Dentro del campo del constitucionalismo moderno o neo constitucionalismo, nuestro país, aprobó en el año 2008 la más reciente de sus constituciones, la nueva Constitución de la República del Ecuador, elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente reunida en Montecristi.

Dicho ordenamiento jurídico, aprobada en referendo, reúne una serie de principios progresistas que la tornan a nuestra Carta Magna en una norma garantista y humana que nos ha permitido dejar de ser un Estado Social de Derecho a ser un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cuyo imperativo máximo es precisamente la protección de los derechos de las personas.

Uno de dichos derechos fundamentales, es precisamente el de la igualdad, que en la práctica es el eje transversal de toda Constitución.

El artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que son deberes primordiales del Estado:

“1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en

particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitante”²⁴

Es decir, que el Estado ecuatoriano se plantea como un deber propio, y por ende como un deber de cada una de sus instituciones, el garantizar el conjunto de derechos constitucionales a todos los ciudadanos ecuatorianos, justamente estableciendo una igualdad entre todos nosotros.

Asimismo, la Constitución establece ciertos principios por los cuales debe regirse el ejercicio de los derechos consagrados en ella. Éstos se recogen en su Art. 11, y respecto de la igualdad de la persona, propuesta, determina y constituye lo siguiente:

El Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, señala lo siguiente:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1.- 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, portar VIH,

²⁴ ídem

discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tengo por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará todo tipo 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.

4.- Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”²⁵

Como podemos observar, en especial en el numeral 1 del artículo 11, nuestra Carta Fundamental, es decir nuestra Constitución de la República del Ecuador en actual vigencia, manda- o mejor- establece o constituye que ninguna persona será discriminada por cualquier factor que pudiere diferenciarlo de los demás. Más aun, cuando se refiere a la edad como una de las razones que pudieran determinar dicha discriminación.

Otra disposición fundamental respecto al derecho a la igualdad y no discriminación que establece nuestra Constitución, es el contemplado en el art. 66, que textualmente expresa:

“Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas:

²⁵ ídem

4.- Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”²⁶

En conclusión, nuestra Constitución, garantiza el goce de los derechos para todas las personas que habitamos en el país, y su mandato estricto es el de impedir la discriminación, a fin de posibilitar que todos tengamos las mismas oportunidades y derechos.

Esa igualdad, por lógica jurídica también está contemplada en la Ley Orgánica del Servicio Público cuando determina que las personas que aspiren a ser parte de la administración pública ingresarán a la misma en condiciones de igualdad y sin discriminación de ningún tipo.

4.3.1.1. Análisis de las normas legales establecidas en la Ley Orgánica del Servicio Público respecto a la prohibición de ascenso a los servidores públicos que hayan cumplido 65 años de edad

La Ley Orgánica del Servicio Público, en su Art. 23 determina que son derechos de carácter irrenunciables de los servidores públicos:

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

²⁶ ídem

Paradójicamente, el Art. 81, numeral 4) del mencionado cuerpo legal, establece:

“Las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta ley, cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender”²⁷

Es decir conforme se encuentra estipulado, la tantas veces prenombrada Ley presume que al cumplir sesenta y cinco años de edad, una persona, un servidor público, automáticamente se convierte en no idónea, por lo cual se dispone su obligatorio retiro del servicio público y el cese en sus funciones.

Dicha concepción, discriminatoria por donde se la interprete, contradice inclusive el espíritu de la misma ley, la cual se remite, en forma expresa, a las formas técnicas de evaluar a un servidor o servidora pública, que aquella que se derive de la apreciación que, a priori, no sugiera la edad de una persona.

Es así, que la ley en mención contempla un subsistema de evaluación del desempeño al prescribir en su Art. 76, lo siguiente:

“Artículo 76.- Subsistema de Evaluación del Desempeño.- Es el conjunto de normas técnicas, métodos, protocolos y procedimientos armonizados, justos, transparentes, imparciales y libres de arbitrariedad que sistemáticamente se

²⁷ ídem

orienta a evaluar bajo parámetros objetivos acordes con las funciones, responsabilidades y perfiles del puesto.

La evaluación se fundamentará en indicadores cuantitativos y cualitativos de gestión, encaminados a impulsar la consecución de los fines y propósitos institucionales, el desarrollo de los servicios públicos, prestando por todas las entidades, instituciones, organismos o personas jurídicas señaladas en el artículo 3 de esta ley”²⁸

El Art. 79 de la Ley Orgánica de Servicio del Servicio Público, dice:

“Art. 79.- De los objetivo de la evaluación del desempeño.- La evaluación del desempeño de las y los servidores públicos debe propender a respetar y consagrar lo señalado en los artículos 1 y 2 de esta ley.

La evaluación del desempeño servirá de base para:

- a) Ascenso y cesación; y,
- b) Concesión de otros estímulos que contemplan esta ley o los reglamentos, tales como: menciones honoríficas, licencias para estudio, becas y cursos de formación, capacitación e instrucción”²⁹

²⁸ CORPORACIÒN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Ley Orgánica de Servicio Público, 2011.

²⁹ ídem

Aquí cabe una interrogante: ¿Por qué realizar consideraciones acerca de la idoneidad de una persona, simplemente a partir de la edad, cuando es perfectamente posible determinar dicha idoneidad o capacidad a través de las evaluaciones correspondiente

Por otra parte, la Constitución de la República del Ecuador, eminentemente garantista, clara y categóricamente propugna el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos: 11, numerales 1 y 2; y, 66 numeral 5).

Por su parte, los Arts. 23, literal n) y 68 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prescribe: “Los ascensos se harán tomando en cuenta obligatoriamente la eficiencia de los servidores, medida a través de las calificaciones periódicas y complementariamente de los años de servicios, desde luego sin discriminación de ninguna naturaleza.

Como se habrá observado en líneas anteriores, el ascenso o promoción de un servidor o servidora pública debe darse tomando en cuenta obligatoriamente la calificación periódica de los servidores públicos, pero de ninguna manera en base a la edad.

De ahí que, esta barbaridad jurídica que corroe el espíritu de nuestra Constitución de la República del Ecuador, nos ubica en una serie de incógnitas que no tienen fácil respuesta. ¿Por qué? ¿Para qué? ¿Por qué ese deseo de segregar a las personas de la tercera edad?

A más de la calamitosa pobreza cultural y de solidaridad que nos rodea a los ecuatorianos, con las excepciones de rigor, el tema va más allá. Tiene características de un aislamiento malévolo o perverso a las personas de edad avanzada.

Pero lo grave, lo verdaderamente grave de este asunto es que se trata de una cuestión por la que nadie ha protestado y que poco a poco se lo está alimentando silenciosamente hasta que al fin lo aceptemos con la cabeza inclinada, bajo el escudo de que hay que dar la oportunidad a la juventud...

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

Dada la naturaleza de este trabajo es trascendental conocer los referentes jurídicos que respecto a la problemática analizada se encuentran incorporados en otras legislaciones, para lo cual se ha considerado analizar las disposiciones pertinentes de los siguientes cuerpos legales:

4.4.1. Legislación Mejicana

En la república de Méjico, encontramos un referente legislativo, relacionado con la temática que se estudia en este trabajo, en la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, que en la parte pertinente establece:

“Art. 5º De manera enunciativa y no limitativa, esta ley tiene por objeto garantizar a las personas adultas mayores los siguientes derechos:

V. Del trabajo

A gozar de igualdad de oportunidades en el ascenso al trabajo o de otras opciones que les permitan un ingreso propio y desempeñarse en forma productiva tanto tiempo como lo deseen, así como a recibir protección de las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y otros ordenamientos de carácter laboral”³⁰

³⁰ www.Salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/Idedan.htm

El artículo anterior establece una situación que no ha sido considerada en la legislación ecuatoriana, en el sentido de que las personas adultas mayores deben tener las mismas oportunidades que cualquier otro servidor público para ascender a un cargo de mayor jerarquía.

4.4.2. Legislación Boliviana

.En el caso de la legislación Boliviana, la norma jurídica relacionada con este trabajo, se encuentra incorporada en el Estatuto del Funcionario Público, expedida en el año 1999, que al respecto dispone lo siguiente:

“Art. 1 (PRINCIPIOS) El presente Estatuto se rige por los siguientes principios:

e) Igualdad de oportunidades, sin discriminaciones de ninguna naturaleza.

Art. 31 (PROMOCIÓN) Los procesos de promoción de los funcionarios de carrera, se fundan en la igualdad de oportunidades de participación, la capacidad en el desempeño y su publicación y transparencia”³¹

De acuerdo con la norma anterior, un empleado público de carrera en Bolivia, puede ascender a un puesto de mayor jerarquía, previo al concurso de ley.

³¹ ídem.

Como se puede observar la legislación Boliviana, no hace referencia en ningún momento a la edad como requisito y limitación para ascender o ser promocionado a un nuevo cargo.

4.4.3. Legislación peruana

En el caso de Perú, se ha considerado pertinente analizar las siguientes normas jurídicas que están recopiladas en el Decreto Ley Nro. 11377 (Estatuto y Escalafón del Servicio Civil de Perú), y textualmente dicen lo siguiente:

“Art. 28.- Los ascensos se otorgarán por riguroso Orden de Mérito, de acuerdo con la calificación obtenida. En caso de igual calificación, se dará preferencia al empleado con mayor tiempo en la categoría y a igualdad de tiempo, al más antiguo en categoría y a igualdad de tiempo al mes antiguo con mayor tiempo al servicio del Estado”

Por su parte, el Art. 36 de la antes mencionada ley, expresa:

“Art. 36.- Es facultativa la jubilación:

- a) Por cumplir 60 años; y,
- b) Por cumplir treinta y cinco años de servicio”³²

De igual manera, el Art. 28 de la mencionada ley, dice:

³² www.buenastardes.com/ensatos/ESTATURO-DEL-FUNCIONARIO-PÚBLICO-PERÙ.

“Art. 48.- En el desempeño de la función pública, los derechos y obligaciones que acuerden las leyes tienen fuerza igual para todos los empleados”³³

Estos son en términos generales las normas que la legislación peruana tiene establecidas en torno al caso que nos ocupa.

De acuerdo a las disposiciones anteriores, los servidores públicos del Perú pueden ascender a un cargo en riguroso Orden de Mérito y en caso de igual calificación se dará primacía al empleado más antiguo.

Es decir que en la legislación peruana tampoco es un impedimento el haber cumplido cierta edad para poder ascender a un cargo. Es más: en dicha legislación la jubilación es facultativa del empleado cuando haya cumplido 60 años de edad y 35 de servicio (Art. 36). Por ende, si no se contempla un límite de edad para poder ascender a un cargo, tampoco se puede hablar de una discriminación como la que existe en nuestro país al estipular que un empleado que haya cumplido los 65 años de edad, no tiene derecho a ascender a un cargo.

Personalmente, me inclino por dicha legislación, ya que la jubilación debe ser facultativa del empleado, ya que de lo contrario estaríamos incurriendo en acto discriminatorio y de presión para dejar su cargo y obviamente se le impida

³³ Ídem.

acceder a un cargo de mayor jerarquía, desconociendo su capacidad y experiencia y sobre todo su derecho a ser evaluado.

4.4.4. LEGISLACIÓN DE HONDURAS

En el caso de Honduras, se ha estimado oportuno analizar las normas pertinentes de la Ley del Régimen del Servidor Público, que en entre otras cosas dispone:

“Art. 11.- Los servidores públicos sujetos al régimen del servicio público gozarán de los siguientes derechos:

d) A gozar de los beneficios que establezca la ley de Seguridad Social, la Ley de Jubilaciones y Pensiones y demás leyes de previsión social.

f) A gozar de estabilidad en su puesto, siempre que demuestre un desempeño satisfactorio.

j) A participar en concursos para ser promovidos a puestos de mayor jerarquía, previa comprobación de su eficacia, eficiencia y méritos, sin discriminación de ninguna naturaleza.

El Art. 12.- Los servidores públicos, además de los derechos anteriores, tendrán los siguientes:

a) A la estabilidad, inspirada en los principios de reconocimiento de méritos, evaluación del desempeño, capacidad e igualdad”³⁴.

De conformidad a las normas anteriores, la legislación de Honduras en ningún momento establece el retiro forzoso como se lo hace en nuestra legislación ecuatoriana. Dicha normatividad más bien reconoce el derecho a la estabilidad, a ser promovido a un cargo de mayor jerarquía, sin ninguna discriminación por la edad ni de otra naturaleza.

³⁴ www.oas.org/jurídica/spanich/mesicih2_hond_anexo6.pap

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales

Con la finalidad de estructurar la base teórica se emplearon básicamente textos relacionados con el tema investigado, también se emplearon las fichas para extraer lo más importante de la información analizada.

Con el objeto de recopilar y ordenar la información obtenida se utilizó un computador; para el análisis y procesamiento de datos se recurrió a una calculadora; y, de igual forma se utilizaron recursos materiales como papel, fotocopidora, y algunos otros materiales de oficina.

5.2. Métodos

De acuerdo a lo previsto en la metodología de la investigación jurídica, por las características de este estudio en lo general estuvo regido por los lineamientos del Método Científico, pues se parte del planteamiento de un supuesto hipotético sujeto a comprobación con la información que se obtenga en todo el proceso investigativo.

Como métodos auxiliares contribuyeron en este estudio el Método Inductivo-deductivo y Deductivo Inductivo, que fueron utilizados según las circunstancias que se presentaron en la sustentación del eje teórico del trabajo para abordar

cada una de las partes del problema estudiado y de igual forma sustentar la idea general de la investigación, que se orienta a demostrar la necesidad de que se derogue el inciso cuarto del Art. 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en cuanto hace referencia a discriminación a las personas mayores adultas para que puedan ascender a un cargo de mayor jerarquía en la administración pública ecuatoriana.

El método bibliográfico descriptivo y documental, fue de singular valía en la elaboración del marco referencial de la tesis, pues se realizó un proceso de determinación y selección de la información bibliográfica que aporta de mejor forma al desarrollo del trabajo. El método descriptivo permitió ampliar el estudio de cada uno de los aspectos que forman parte del sustento teórico, como también describir el proceso investigativo de campo, y la información que en la ejecución del mismo se obtuvo.

En la presentación y análisis de los datos obtenidos en el trabajo de campo se utilizaron los métodos de análisis y síntesis, que permitieron proyectar los resultados obtenidos a través de frecuencias y porcentajes ordenados en las respectivas tablas, y representados en gráficos estadísticos que permitieron realizar el análisis comparativo, y llegar a la correspondiente elaboración de las conclusiones, recomendaciones y de la propuesta que consta en la parte final del trabajo.

5.3. Técnicas

Para la recolección de la información que sustenta la parte teórica del trabajo se utilizó la técnica del fichaje, a través de la elaboración de fichas bibliográficas y nemotécnicas, las cuales permitieron recoger amplia información sobre las categorías conceptuales que forman parte del estudio, y de igual forma escoger aquellas opiniones doctrinarias que tienen un mayor sustento y que sirven para desarrollar adecuadamente el discurso teórico de la investigación.

En el trabajo de campo para la elaboración de datos fácticos acerca de la problemática estudiada, se procedió primero a determinar una muestra al azar de treinta abogados en libre ejercicio profesional, quienes dieron sus criterios en una encuesta que estuvo orientada a recabar sus opiniones acerca de la temática propuesta; de igual forma se aplicó la entrevista a cinco personas, entre ellos profesionales del Derecho incluido el Delegado del Consejo de la judicatura de El Oro, un ex juez y tres servidores públicos, dos abogadas y un economista que ejerce las funciones de Presidente de la Confederación Nacional de Servidores Públicos del Ecuador. Estos datos sirvieron para la verificación de los objetivos planteados y para la contratación de la hipótesis propuesta. La aplicación de la encuesta y el desarrollo de las entrevistas se efectuó de manera directa, es decir que como autor de la investigación acudí personalmente a cada una de las oficinas particulares y de las dependencias públicas en donde laboran las personas que colaboraron en el trabajo de

campo, habiendo obtenido de ellas una participación cordial que hizo posible recabar información de primera mano acerca del cómo se evidencia la problemática en la realidad jurídica y social cotidiana.

5.4. Procedimiento

Para el desarrollo de la Tesis y el Informe Final, se ha realizado siguiendo para su estructuración el orden que está establecido en el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja- o mejor- me manejé por lo que al respecto señala la metodología general de la investigación científica y obviamente por lo establecido en los respectivos reglamentos del Área Jurídica, Social y Administrativa, Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja.

6. RESULTADOS

6.1. RESULTADOS DE LA ENCUESTA

A fin de contar con un cabal conocimiento sobre los criterios en torno al tema de tesis planteado, se elaboró un cuestionario de preguntas que guardan directa relación con la problemática planteada como objeto de estudio. El cuestionario fue aplicado a un universo de 30 personas entre abogados y abogadas en el libre ejercicio y otros profesionales servidores o servidoras públicos con varios años de servicio en el sector público que podrían verse afectados con la vigencia de la norma que se propone reformar.

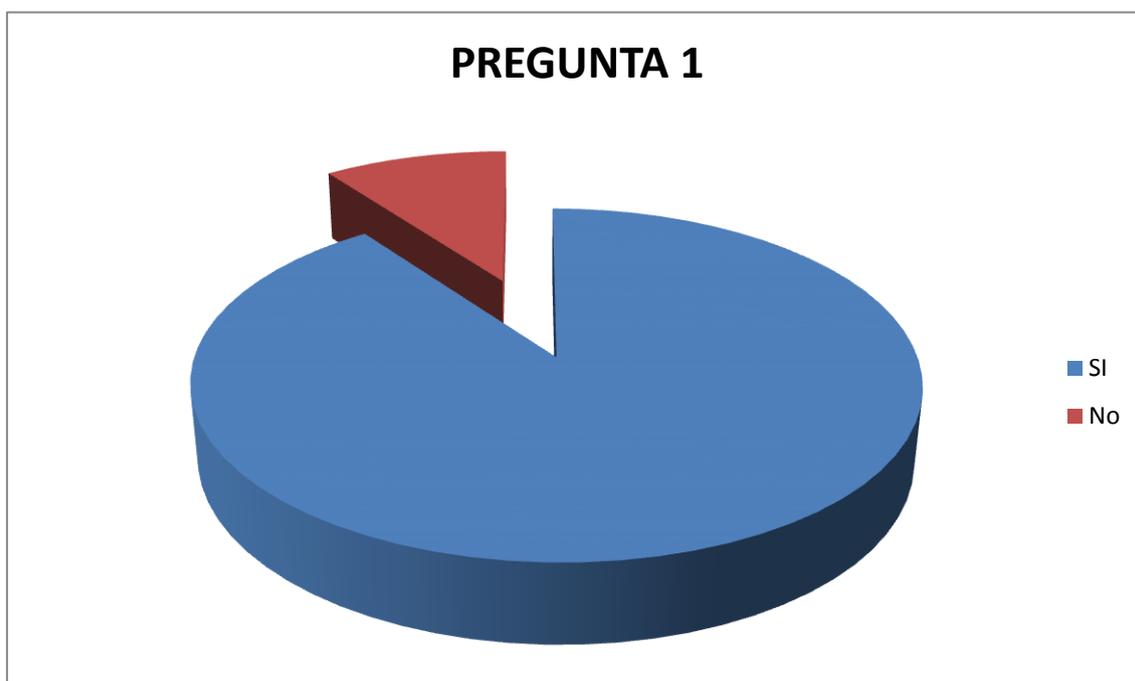
A cada una de las personas a ser encuestadas se las contactó de manera directa en sus estudios jurídicos y oficinas de trabajo, procediendo previamente a indicarles el motivo de nuestro requerimiento, luego de lo cual se procedió a entregárseles el formato a efectos de que lo contesten de acuerdo con su personal criterio.

Transcurrido un tiempo prudencial indicado por los mismos encuestados se procedió a la recolección de las encuestas, habiéndose constatado una excelente predisposición para lo planteado; habiéndose obtenido las respuestas requeridas y que de manera ordenada, con análisis e interpretación se presentan a continuación:

1.- ¿Considera usted que la disposición del Art. 81, inciso 4 de la LOSEP, que establece que los/las servidores/as públicos/as que hayan cumplido los 65 años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, sin que puedan ascender, vulnera los derechos laborales de este segmento de la población?

CUADRO 1

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90
NO	3	10



ANÁLISIS:

La mayoría de las personas encuestadas correspondiente a un 90%, consideran que la disposición del Art. 81, inciso 4 de la LOSEP, vulnera los derechos constitucionales, legales de las personas consideradas adultos mayores al impedirseles ascender a puestos de mayor jerarquía en la administración pública, sin observar que la capacitación recibida y la experiencia adquirida en el desempeño de las funciones, además de que, de encontrarse en plenas facultades de salud le permitirían poder servir de mejor manera a la ciudadanía.

En contraste a lo anterior el porcentaje correspondiente al 10% de los encuestados, considera que no vulnera derechos por cuanto se debe dar oportunidades de trabajo a gente joven que se encuentra debidamente preparada; y en todo caso dar paso a un cambio generacional en la administración pública.

INTERPRETACIÓN:

Las respuestas positivas mayoritarias dadas a esta pregunta nos permiten sostener que la misma está jurídica y doctrinariamente justificada para el desarrollo del presente trabajo investigativo.

2.- ¿Cree usted que existe incongruencia entre la disposición anterior antes citada y la contenida en el Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador que, establece la igualdad de las personas y el goce de los mismos derechos, deberes y oportunidades?

CUADRO 2

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90
NO	3	10



ANÁLISIS:

La gran mayoría de las personas encuestadas consistente en un 90% consideran que si existe incongruencia entre la disposición constitucional que

establece la igualdad ante la Ley, y la contenida en la Ley Orgánica del Servicio Público que, impide a los servidores públicos que hayan cumplido los 65 años de edad acceder a cargos de mayor jerarquía en el sector público y para ellos exponen entre otros los siguientes aspectos:

Por qué el inciso segundo del artículo 11 de la Constitución de la República, establece que nadie puede ser discriminado por razón de edad.

Por qué la Constitución de la República, otorga además otros derechos a las personas de la llamada tercera edad, y siendo la norma suprema debe respetarse.

El menor porcentaje establecido en un 10% considera que, no existe contraposición entre las normas invocadas en la pregunta por cuanto, a esa edad es justo que las personas de la tercera edad que ya han cumplido su ciclo de vida laboral, deben gozar de reconocimientos y dar paso a la juventud que también aspira a acceder a puestos de trabajo.

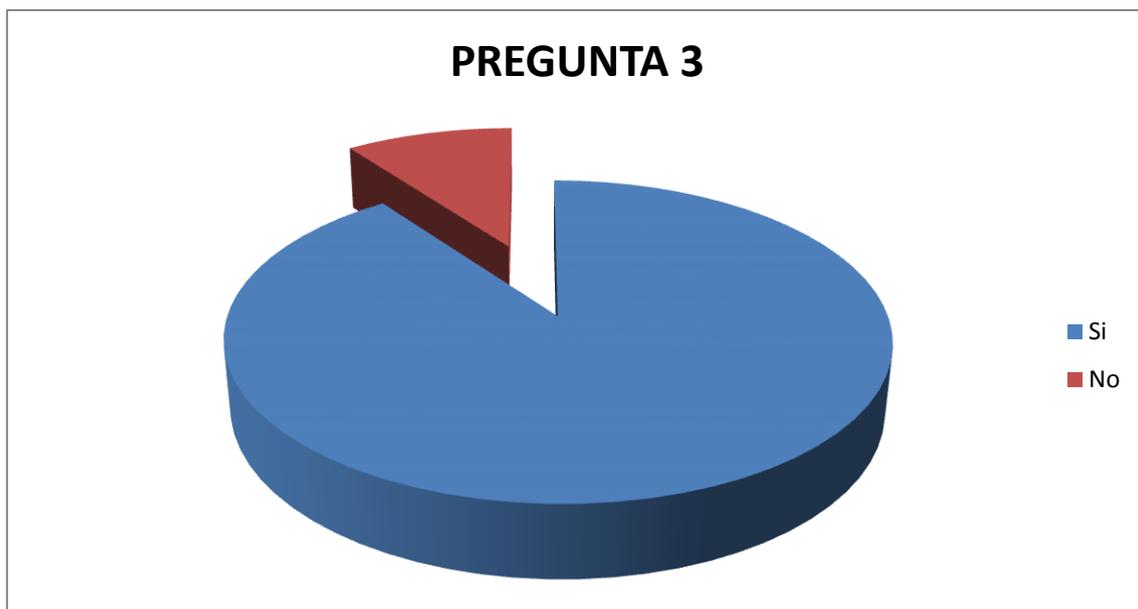
INTERPRETACIÓN:

De las respuestas obtenidas se infiere que, efectivamente si existe incongruencia entre la disposición del Art. 81, inciso 4 de la LOSEP y la contenida en el Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador que, establece la igualdad de las personas y el goce de los mismos derechos, deberes y oportunidades; por lo que, como responsable de la investigación estimo que fue procedente la formulación de esta pregunta a efectos de llegar a la comprobación de la necesidad de reformar la LOSEP.

3.- ¿Considera usted que los/las servidores/as públicos/as mayores de 65 años, no están capacitados de manera legal o intelectual para ascender a puestos de mayor jerarquía en el sector público?

CUADRO 3

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90
NO	3	10



ANÁLISIS:

Si bien, de la lectura de las respuestas a esta pregunta se nota una especie de incomprensión a la misma, un gran porcentaje (24) equivalente al 90% de las

personas encuestadas considera que los servidores públicos mayores a los 65 años de edad si están capacitados para acceder a cargos de mayor jerarquía en la administración pública, en consideración a la experiencia adquirida, la capacitación recibida, porque el mayor desarrollo mental, intelectual, psicológico, científico se adquiere pasados los 65 años hasta los 75 años de edad, siempre que gocen de buena salud física y mental; y porque, pueden servir de guías para los jóvenes que ingresan al servicio público.

La diferencia de personas consultadas que son 6 equivalente al 10%, consideran que no deberían ser considerados para ascender a puestos de mayor jerarquía en la administración pública, aduciendo que se debe dar paso a la juventud, que los adultos mayores deben descansar y disfrutar de tranquilidad y descanso.

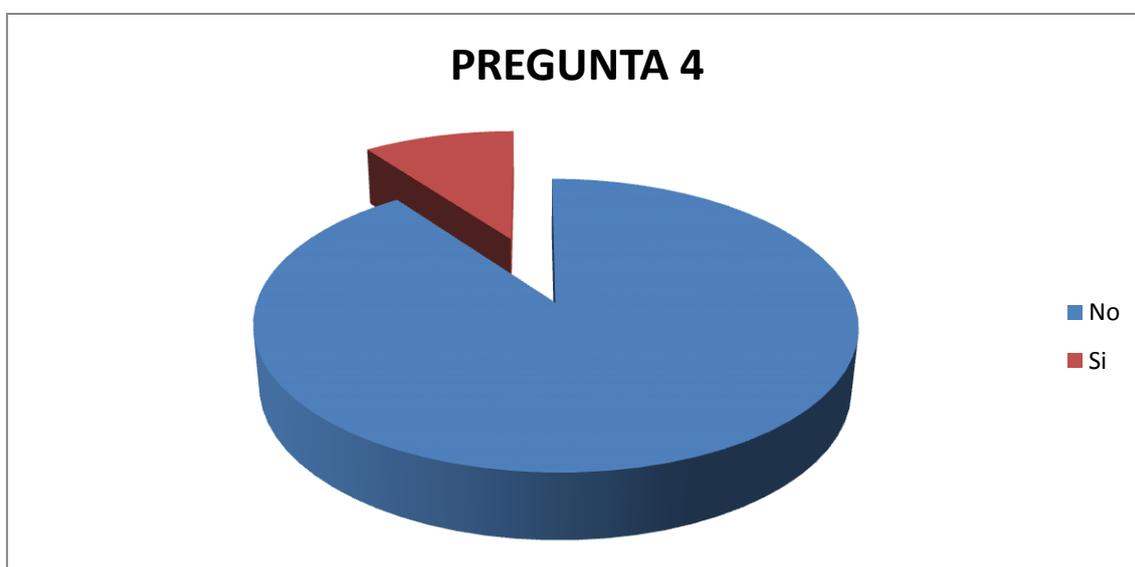
INTERPRETACIÓN:

Del análisis general de las respuestas obtenidas se saca como conclusión que la gran mayoría de personas consultadas consideran que las personas que laboran en la administración pública y que cumplan los 65 años de edad, si están capacitados para seguir ascendiendo a cargos de mayor jerarquía en el sector público en reconocimiento a sus capacidades, capacitación recibida, la experiencia que nos es un accidente; y, por que la Constitución de la República establece que tienen derecho a ocupar cargos con remuneración en función de sus capacidades.

4.- ¿Considera usted que es legal el hecho de que se impida a los/las servidores públicos mayores de 65 años, ascender a puestos de mayor jerarquía en el sector público, cuando la Constitución de la República del Ecuador, en sus artículos 36, 37.2, 38.2, garantiza su inclusión económica y social, el trabajo remunerado en función de sus capacidades y la participación y el trabajo de las personas adultas mayores en entidades públicas y privadas para que contribuyan con su experiencia?

CUADRO 4

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	27	90
SI	3	10



ANÁLISIS:

Del análisis de las respuestas obtenidas se desprende que 24 personas de las 30 consultadas correspondiente al 90%, responden que no es legal el hecho de

que se impida a las personas mayores de 65 años, el ascender a cargos de mayor jerarquía en la administración pública, por ser discriminatorio y porque atenta contra los derechos humanos y constitucionales de este sector de la población.

El resto de personas consultadas que son 6 equivalente al 10%, si considera legal que la norma que regula el servicio público, impida a las personas mayores de 65 años ascender a cargos de mayor jerarquía, en consideración a que es una norma que se encuentra vigente en la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento General, sin embargo consideran que no puede ser justo pero al estar vigente es legal y se lo debe acatar mientras no se declare la inconstitucionalidad.

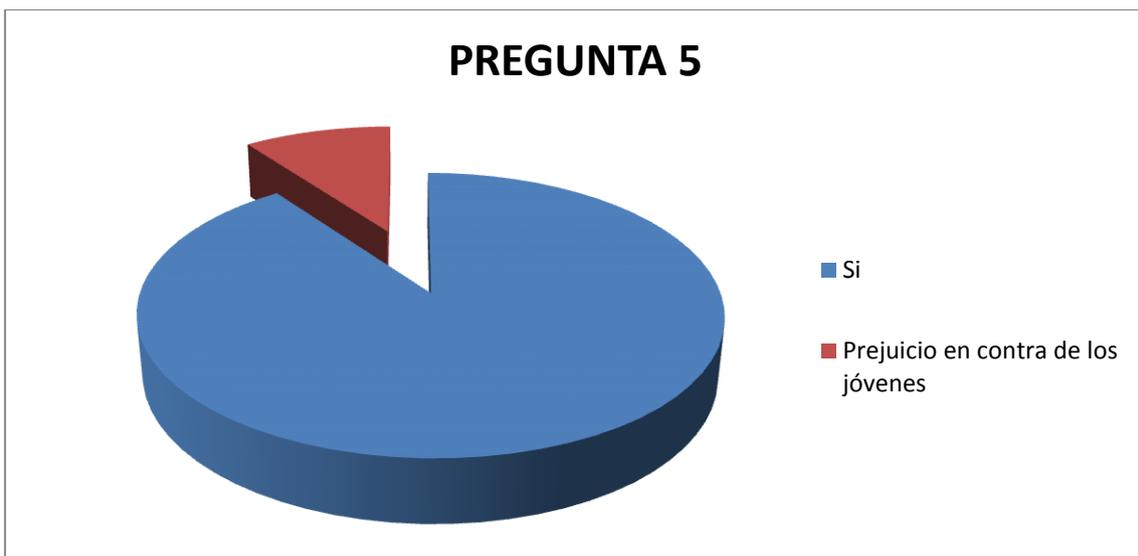
INTERPRETACIÓN:

Del análisis general a las respuestas obtenidas a esta pregunta, se desprende que la gran mayoría de personas consultadas están de acuerdo en que no es legal el hecho de que la ley impida a las personas mayores de 65 años de edad, ascender a cargos de mayor jerarquía en la administración pública, por lo que se deduce que la pregunta estuvo bien concebida en el sentido de la propuesta que tiene el trabajo de investigación que es de plantear una reforma a la LOSEP, a fin de que este grupo de personas puedan continuar en la carrera del servicio público sin tener impedimentos para seguir ascendiendo de acuerdo a sus capacidades, experiencia y conocimientos.

5.- ¿Cree usted que existe prejuicio en contra de los servidores públicos cuando se los condena a no poder ascender a puestos de mayor jerarquía en el sector público, cuando hayan cumplido los 65 años de edad?

CUADRO 5

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90
Prejuicio contra jóvenes	3	10



ANÁLISIS:

Una vez revisado el total de las respuestas dadas por las 30 personas consultadas se desprende que 25 de ellas equivalente al 90% considera que si existe prejuicio y a más de eso, se está cometiendo discriminación contra las personas mayores de 65 años de edad al impedirseles ascender a cargos de

mayor jerarquía, sin considerar la gran experiencia acumulada, solo por el hecho de considerarlos inútiles, violentado con esa norma elementales derechos humanos y laborales de este segmento de servidores públicos.

Al contrario las restantes 5 personas consultadas que equivalen al 10% de porcentaje, concluyen en que el prejuicio más bien se da en contra de los jóvenes que están capacitados por los conocimientos actualizados adquiridos y que pueden rendir de mejor manera en virtud de sus capacidades físicas e intelectuales; y porqué se debe reconocer el esfuerzo realizado por los adultos mayores los mismos que deben retirares a descansar o dedicarse a actividades particulares.

INTERPRETACIÓN:

En mi calidad de autor de este trabajo de investigación y por la experiencia adquirida en la administración pública a través de 35 años de servicio, considero que las personas consultadas han emitido sus respuestas en base a su formación profesional y también por la experiencia de trabajo en el sector público, por lo que todas las respuestas obtenidas han dado la razón para el planteamiento del tema del trabajo investigativo que tiene que ver con una propuesta de reforma al artículo 81, inciso cuarto de la LOSEP, en el sentido de que ninguna ley prohíba el derecho de las personas mayores de 65 años de edad a ascender a cargos de mayor jerarquía en la administración pública, por ser éste, un derecho humano y estar así contemplado en la Constitución de la República del Ecuador.

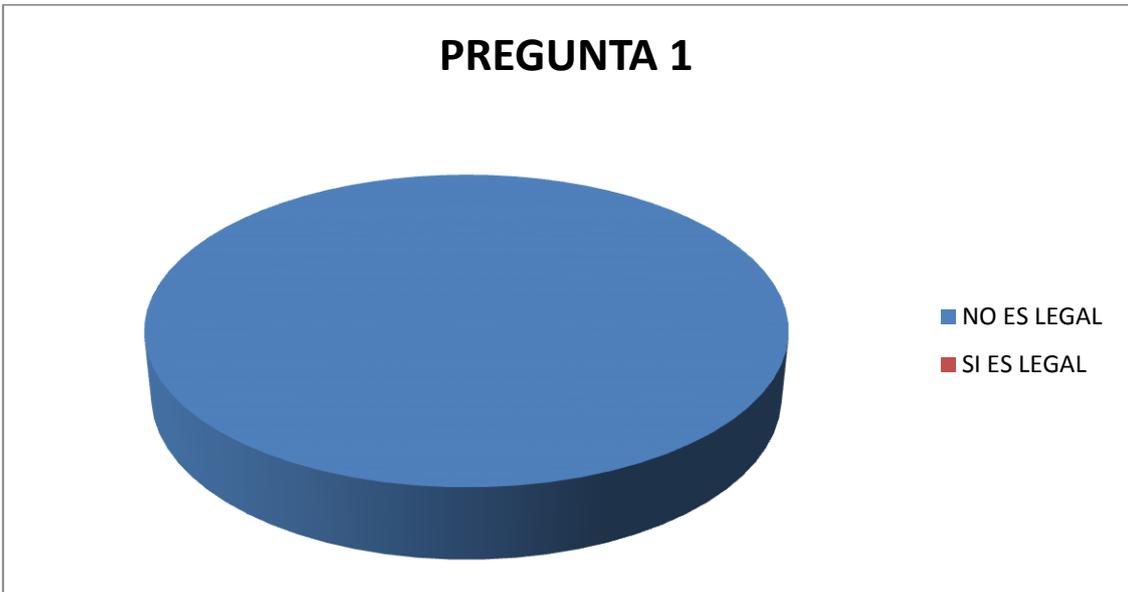
6.2. RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.

A fin de cumplir con los requisitos para la presentación del trabajo de investigación además de las encuestas realizadas a 30 personas, se realizaron entrevistas a cinco personas a quienes se solicitó su colaboración a cuatro profesionales del Derecho, incluido el Delegado del Consejo de la Judicatura de El Oro, un ex juez de lo penal, dos abogadas servidoras públicas; y a un profesional en economía que ejerce funciones de Presidente de la Confederación Nacional de Servidores Públicos del Ecuador, organización clasista que tiene por misión la defensa irrestricta de los derechos de los servidores públicos ecuatorianos, a quienes se les presentó tres preguntas relacionadas con la temática de la investigación, a unos de manera personal y a otros a través del internet por correo electrónico, habiendo recibido sus respuestas de la misma manera y que se resumen a continuación:

PREGUNTA PRIMERA: ¿Considera usted que es legal el que un servidor público a pesar de la profesionalización, experiencia y destrezas adquiridas en el desempeño de sus funciones, por el hecho de cumplir 65 años de edad, esté impedido de ascender a puestos de mayor jerarquía en el sector público?

CUADRO 1

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO ES LEGAL	5	100
SI ES LEGAL	0	0

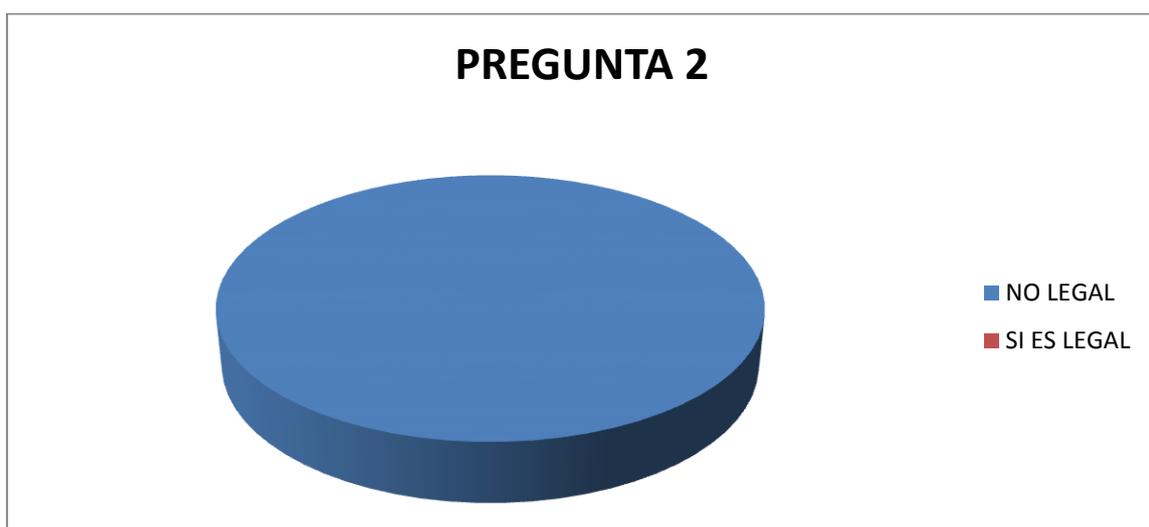


Todos los profesionales entrevistados coinciden en que con la aplicación de la disposición legal que impide a los servidores públicos mayores a 65 años de edad continuar ascendiendo en la carrera del servicio público a cargos de mayor jerarquía, se está vulnerando derechos constitucionales y legales porque no se considera la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia adquirida, las mismas que pueden incidir en un mejor servicio en cargos de dirección administrativa. Dos de los entrevistados aseguran que de ser necesario se debería realizar una evaluación a estos servidores públicos y que en caso de aprobarla, deberían tener derecho a ascender en la carrera administrativa.

PREGUNTA SEGUNDA: ¿Si la Constitución de la República del Ecuador establece en el Art. 11.2 que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, que nadie podrá ser discriminado, que la ley sancionará toda forma de discriminación; y, en sus artículos 36, 37.2, 38.2, garantiza a las personas adultas mayores su inclusión económica y social, el trabajo remunerado, en función de sus capacidades y la participación y el trabajo de las personas adultas mayores en entidades públicas y privadas para que contribuyan con su experiencia; cree usted, legal el que se les impida a los servidores públicos ascender a puestos de mayor jerarquía en el sector público, por el hecho de cumplir 65 años de edad?

CUADRO 2

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO ES LEGAL	5	100
SI ES LEGAL	0	0



De igual manera que en la pregunta anterior, todos los entrevistados consideran que al negárseles a los servidores públicos que cumplan más de 65 años de edad, el ascenso a cargos de mayor jerarquía dentro de la carrera administrativa en el sector público, se violentan derechos consagrados en la norma suprema que es la Constitución de la República, por lo que no es legal que siendo uno de los deberes principales del Estado ecuatoriano el velar por los derechos de los ciudadanos, se discrimine a los adultos mayores que prestan servicio dentro del sector público.

PREGUNTA TERCERA: ¿Considera usted pertinente el que se plantee una reforma a la Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP, para que esta guarde concordancia con la norma constitucional de igualdad ante la ley; y, consecuentemente se derogue la disposición que impide a los servidores públicos que cumplan 65 años de edad, acceder a puestos de mayor jerarquía en el sector público?

CUADRO 3

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI ES NECESARIO	5	100
NO ES NECESARIO	0	0



De manera coincidente con las respuestas anteriores los cinco entrevistados aseguran que si es necesario realizar una reforma a la Ley Orgánica del Servicio Público para que se cambie lo establecido en el artículo 81 inciso cuarto que, impide el ascenso a puestos de mayor jerarquía a los servidores públicos que cumplan más de 65 años de edad; puesto que, tal como está establecido contraría preceptos constitucionales; por lo que, debería plantearse la inconstitucionalidad de esta disposición y reformar la LOSEP a fin de garantizar los derechos de este segmento de la ciudadanía ecuatoriana.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

En el proyecto de investigación presentado y aprobado en las instancias correspondientes, se realizó el planteamiento de los siguientes objetivos para ser verificados con los resultados obtenidos en el desarrollo del trabajo.

7.1.1. Objetivo General:

Realizar un estudio desde el punto de vista crítico, jurídico y doctrinario del derecho a la igualdad, sin ninguna discriminación al ascenso de los servidores públicos ecuatorianos.

Este objetivo de carácter general se verifica por cuanto en la parte correspondiente a la revisión de la literatura se ha definido aquellas instituciones y principios que han sido considerados en la propuesta, tales como la administración pública, el servicio público, el derecho a la igualdad y la no discriminación.

7.1.2. Objetivos Específicos:

Determinar los inconvenientes jurídicos que ocasionan la prohibición establecida en la actual Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento General que establece que los servidores públicos que han cumplido 65

años de edad lleguen al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en que se encuentren ubicados, sin que puedan ascender.

Este objetivo específico se verifica en la parte correspondiente a la revisión de literatura, en donde en forma puntual se hace un análisis particular del cuestionado Art. 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, buscando determinar en ella el grado de constitucionalidad o inconstitucionalidad, respecto a las normas de la Carta Magna, donde se ha llegado a concluir que en efecto existe un carácter discriminatorio de dichas disposiciones, que por tanto establecerían su inconstitucionalidad.

Proponer una reforma legal al Art. 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Este segundo objetivo específico se cumple en la parte final de esta investigación, en donde luego de las recomendaciones o sugerencias pertinentes, se realiza la presentación de una propuesta jurídica.

En concreto, los objetivos planteados se encuentran cumplidos.

7.2. Contrastación de Hipótesis

Dentro del proyecto de investigación jurídica, base del presente trabajo, se plantearon los siguientes hipótesis y sub hipótesis:

Hipótesis general:

“La disposición legal que prohíbe que los servidores públicos ecuatorianos que cumplan 65 años de edad puedan ascender a un cargo de mayor jerarquía en la administración pública ecuatoriana, es inconstitucional y constituye una clara violación a sus derechos constitucionales y es un acto de discriminación ilegal y arbitraria”

Sub hipótesis Uno:

“El Art. 81, numeral 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público prohíbe que los servidores públicos que hayan cumplido 65 años de edad puedan ascender”

Sub hipótesis Dos:

“La obligación legal de que los servidores públicos no puedan ascender por motivos de edad, vulnera el derecho constitucional de ascenso”

La hipótesis y sub hipótesis en cuestión se confirman positivamente porque se ha logrado determinar que en la administración pública ecuatoriana, si se dan situaciones en las que las autoridades nominadoras no dan paso al ascenso de los empleados públicos que han cumplido 65 años de edad.

Al impedir dicha promoción, contraviene garantías constitucionales de los servidores públicos entre ellas el derecho a no ser discriminados.

De esta manera, se comprueba que, al encontrarse en franca contradicción lo manifestado constitucionalmente con lo que se plantea en la norma legal, la disposición de la Ley Orgánica del Servicio Público, que impide el ascenso a un cargo de mayor jerarquía a los empleados públicos que hayan cumplido 65 años de edad, es inconstitucional.

Las personas encuestadas y entrevistadas aceptan que es necesario realizar una reforma a la Ley Orgánica del Servicio Público para que se cambie o derogue el Art. 81, inciso cuarto que, impide el ascenso a puestos de mayor jerarquía a los servidores públicos que cumplan 65 años de edad, las consideraciones anteriores, sirvieron para contrastar positivamente la hipótesis y sub hipótesis plantadas.

7.3. Consideraciones previas a la propuesta de reforma

Cuando en el inciso cuarto del Art. 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público se establece que los servidores públicos, a los 65 años de edad, habrán llegado al máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender, es indudable que se ha determinado a la edad como un factor decisivo para no poder ascender.

Ahora, es natural que el no ascenso de un servidor público corresponda a su no idoneidad para el cumplimiento de una determinada función, pero esa no

idoneidad puede ser técnicamente determinada por un proceso evaluador, y no simplemente a partir de la deducción derivada de una apreciación etaria de las personas.

Cuando se especula que una persona registra una determinada idoneidad como consecuencia de su edad, ya sea porque es más joven o porque es más vieja, es una concepción bastante simple, sin fundamento técnico y que ciertamente puede considerarse discriminatoria.

Es inadmisibile – digo yo -, el hecho de que en un Estado constitucional de derecho y justicia social como es el nuestro, no se proteja de manera adecuada a personas que por su edad, están expuestas a situaciones de exclusión y discriminación.

Por tanto es urgente que se este acto que entraña una discriminación vil a los servidores públicos que hayan cumplido 65 años de edad al considerárseles automáticamente como personas NO idóneas, merece una reflexión profunda, justa y solidaria con aquellas personas que más necesitan de la protección de sus semejantes. Para lograr el cometido anterior, es necesario adecuar la disposición legal a lo manifestado por la norma suprema, o sea, la Constitucional, de modo que tales criterios discriminatorios sean eliminados. Y es justamente éste objetivo específico que pretendo conseguir con el planteamiento de la correspondiente propuesta jurídica que consta en la parte final del presente trabajo investigativo.

8. CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que se ha llegado luego de la ejecución de este trabajo investigativo, son las siguientes:

1. El servicio público es una actividad desplegada por los poderes públicos para atender necesidades de interés general de los ciudadanos, cuya organización y funcionamiento se encuentra sometida a un régimen jurídico.
2. En el Ecuador la organización y funcionamiento del servicio público se encuentran regulados por la Ley Orgánica del Servicio Público, como ley especial.
3. Los ciudadanos ecuatorianos que aspiren a ingresar al servicio público deben contar con la idoneidad necesaria, y, quienes aspiren a mantenerse en él, deberán someter dicha competitividad a una continua evaluación
4. El ascenso a un cargo de mayor jerarquía, es un derecho de todo empleado público sin límite de edad y procede mediante concurso de méritos y oposición, tomando en cuenta primordialmente la eficiencia y, complementariamente, los años de servicio.
5. No obstante, el Art. 81, numeral 4) de la Ley Orgánica del Servicio Público establece que las servidoras y servidores, a los 65 años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público,

independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender.

6. El derecho a la igualdad es un derecho consagrado constitucionalmente, para cuyo ejercicio no se requiere siquiera norma legal que la contenga o permita su viabilidad, que significa ausencia total de discriminación entre los seres humanos, en lo que respeta a sus derechos.
7. El numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, manda que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, y 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 socioeconómica, 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.
8. No todo criterio diferenciador es discriminatorio, por lo que para establecer si un criterio tiene o no ese carácter, es necesario analizar que la diferencia se sustente en criterios objetivos y razonables.
9. El inciso cuarto del Art. 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que establece que las servidoras y servidores públicos a los 65 años de edad ya no pueden ascender, es una disposición de carácter predominantemente discriminatoria y por tanto es discriminatorio desde todo punto de vista.

10. Las autoridades nominadoras al impedir el ascenso de un servidor público que haya cumplido los 65 años de edad, afectan derechos constitucionales, especialmente la estabilidad y la no discriminación que se encuentra reconocida a favor de todos los ecuatorianos, por parte de la Constitución de la República del Ecuador.
11. Es por tanto necesario para cumplir con lo establecido en el inciso segundo del artículo 229 de la Constitución de la República, modificar la Ley Orgánica del Servicio Público, derogando el inciso cuarto del Artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público que deniega el ascenso de un servidor público, porque atenta con los principios universales y constitucionales de la no discriminación a las personas adultas mayores.

9. RECOMENDACIONES

Las sugerencias o recomendaciones que me permito plantear, en torno a la problemática analizada en este trabajo de investigación, son las siguientes:

1. Es necesario que los dirigentes gremiales y sindicales de las instituciones públicas del Ecuador, se preocupen por realizar eventos de carácter académico en donde los servidores públicos puedan informarse y conocer a ciencia cierta los derechos que les asisten frente a las decisiones arbitrarias de la autoridad pública.
2. La Ley Orgánica del Servicio Público, debe ajustar sus normas a lo preceptuado por la Constitución de la República, ya que de contraponerse a ella están confundiendo a la ciudadanía y contraviniendo lo preceptuado en las disposiciones transitorias de nuestra Carta Magna.
3. La igualdad es un derecho constitucional al que debe propenderse desde todos los puntos, más aún cuando se trata de personas vulnerables.
4. Debe buscarse la igualdad cuando un trato diferente suponga la discriminación de una persona o grupo de personas, pero, debe investigar la diferenciación cuando un trato igualitario suponga personalización de las mismas.

5. Dentro de la esfera de la administración pública, con sumo cuidado e interés, debe prevenirse de que se den casos de discriminación a las personas adultas, ya que son ellos el sector más vulnerable del país.
6. El inciso cuarto del Art. 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, debe ser derogado por cuanto entraña en la práctica un acto discriminatorio por razones de edad.
7. Los sistemas de ascenso del sector público deben ser eficientemente manejados, de modo que sus instituciones cuenten con servidores idóneos, eficientes y experimentados, independientemente de sus características subjetivas.
8. La Asamblea Nacional en correspondencia a los planteamientos de la población, debe establecer un vínculo real con las Universidades y grupos sociales, a fin de recoger de sus experiencias y de sus expectativas, tanto lo concerniente a la problemática nacional como a sus aportes para la solución de la misma, fortaleciendo de esta manera la construcción de una verdadera democracia.

9.1. PROPUESTA LEGAL

REPÚBLICA DEL ECUADOR

EL PLENO DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

CONSIDERANDO:

Qué, la Asamblea Nacional expidió la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 294 del 6 de octubre del 2010;

Qué, mediante Decreto Ejecutivo N° 710, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 418 del 1 de Abril del 2011, se expidió el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público;

Que, el inciso 1 del artículo 1 de la Constitución establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia;

Qué, el numeral 1 del artículo 3 de la Constitución establece como uno de los deberes primordiales del Estado, el garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales;

Que, el numeral 2 del artículo 11 de la Carta Magna ordena que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Qué, nadie podrá ser discriminado por razones de edad;

Qué, el numeral 6 del artículo 11 de la Carta Magna establece que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía;

Qué, el primer inciso del numeral 9, del artículo 11 de la Constitución, establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución;

Qué, el artículo 33 de la Carta Magna establece que 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:

Qué, el artículo 36 de la Constitución de la República establece que las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, especialmente en los campos de inclusión social y económica; y que, se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad;

Qué, el número 2 del artículo 37 de la Carta Magna establece que el Estado garantizará a las personas adultas mayores el trabajo remunerado, en función de sus capacidades:

Que, el Art. 84 de la Constitución de la República establece que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrán la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano;

Qué, el artículo 228 de la Carta Magna establece que 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;

Qué, el inciso 2 del artículo 229 de la Constitución de la República establece que los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables;

Qué, el número 3 del artículo 230 de la Carta Magna establece que en el ejercicio del servicio público se prohíbe las acciones de discriminación de cualquier tipo;

Qué, es atribución y deber de la Asamblea Nacional, expedir, codificar, reformar, derogar e interpretar las leyes con carácter obligatorio;

Qué, es necesario introducir reformas a la actual Ley Orgánica del Servicio Público para garantizar los derechos constitucionales de las personas adultas mayores; y,

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY ORGÁNICA REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO

Artículo Único.- Deróguese el inciso cuarto del artículo 81, de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Artículo Final.- La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los veintisiete días del mes de Marzo del año dos mil catorce.

f.) GABRIELA RIVADENEIRA BURBANO. Presidenta

f.) DRA. LIBIA RIVAS ORDÓÑEZ, Secretaria General.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ✓ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.
- ✓ COOPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Constitución de la República del Ecuador, 2008
- ✓ COOPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento General, 2013.
- ✓ COOPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley del Anciano, 2013.
- ✓ OMEBA, Enciclopedia Jurídica, Buenos Aires, 1967
- ✓ UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR, Los Derechos Sociales, Centro de Derechos Humanos- Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2007.
- ✓ JARAMILLO, Herman, Manual de Derecho Administrativo, Quito, 2011
- ✓ OLIVERA TORO, Jorge, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Harla, México D.F. 2003.
- ✓ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, S.A., México D.F. 2003.
- ✓ ALVAREZ, Wilson, Derechos y Deberes de la Tercera Edad, Editorial San Pablo, Bogotá, Colombia, 2010.
- ✓ <http://blogsdelagente.com/juristapopular/2010/02/02/%C2%BFque-es-el-abandono-de-personas/comment-page-1/>
- ✓ www.pasoapaso.com.ve/GEMAS/GEMAS-118htm.
- ✓ [www.empleospublicos.c//documentos/ley 18834.pdf](http://www.empleospublicos.c//documentos/ley%2018834.pdf)

11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

“INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN LEGAL CONTEMPLADA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO QUE PROHÍBE EL ASCENSO DE UN SERVIDOR PÚBLICO QUE HAYA CUMPLIDO 65 AÑOS DE EDAD PARA QUE PUEDA ASCENDER A UN CARGO DE MAYOR JERARQUÍA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR”

POSTULANTE: JOSÉ ADALBERTO VANEGAS JAÉN

LOJA - ECUADOR

2013

1. TEMA

“INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN LEGAL CONTEMPLADA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO QUE PROHÍBE EL ASCENSO DE UN SERVIDOR PÚBLICO QUE HAYA CUMPLIDO 65 AÑOS DE EDAD PARA QUE PUEDA ASCENDER A UN CARGO DE MAYOR JERARQUÍA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR”

2. PROBLEMÁTICA

La Ley Orgánica del Servicio Público en su Art. 81, inciso 4, estipula que “las servidoras y servidores de las instituciones públicas señaladas en el artículo 3 de esta ley, cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender”.

La Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con la propia LOSEP garantiza el ascenso y promoción de todo servidor público.

Esta barbaridad jurídica que corroe el espíritu de la Carta Magna, nos ha ubicado ante una serie de incógnitas que no tienen fácil respuesta. ¿Por qué? ¿Para qué? ¿Por qué ese deseo de segregar a las personas de la tercera edad?

A más de la calamitosa pobreza cultural y de solidaridad que nos rodea a los ecuatorianos en este fenómeno, el tema va más allá. Tiene características de una discriminación malévola contra las personas de edad avanzada.

Frente a este fenómeno jurídico, en desmedro de los derechos de los servidores públicos que han cumplido 65 años de edad, conviene la indagación socio-jurídica de dicha problemática, a fin de proponer alternativas de solución.

3. JUSTIFICACIÓN

La Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia, ha planteado un método alternativo de educación en el ámbito de enseñanza superior denominada por RESULTADOS.

Como egresado de la Carrera de Derecho, Modalidad de Estudios a Distancia, he creído conveniente realizar el presente trabajo de investigación ya que es actual y tiene trascendencia social, debido a que los actos discriminatorios a las personas de la tercera edad como es la prohibición de ascender a un cargo de mayor jerarquía incide de manera directa para que actos de discriminación de esta naturaleza queden en la impunidad, hecho que constituye un relevante al problema objeto de la investigación.

Esta investigación es factible porque existe disposición de tiempo para efectuarla; cuento con la información necesaria tanto de carácter material, bibliográfico y empírico y además la asesoría de mis profesores.

También tengo a mi alcance recursos materiales, técnicos y financieros.

Es importante el estudio del problema planteado, ya que mediante análisis determinaremos las causas y efectos que ocasionan la violación del derecho al ascenso en la administración pública ecuatoriana a las personas que han cumplido los 65 años de edad.

4. OBJETIVOS

4.1. Objetivo general

. Realizar un estudio desde el punto de vista crítico, jurídico y doctrinarios del derecho a la igualdad, sin ninguna discriminación, y al ascenso de los servidores públicos ecuatorianos.

4.2. Objetivos específicos

. Determinar los inconvenientes jurídicos que ocasionan la prohibición establecida en la actual Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento General que, establece que los servidores públicos que han cumplido 65 años de edad lleguen al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en que se encuentren ubicados, sin que puedan ascender.

. Proponer una reforma legal en este ámbito.

4.3. HIPÓTESIS

“La disposición legal que prohíbe que los empleados públicos ecuatorianos que cumplan 65 años de edad puedan ascender de cargo, es inconstitucional y constituye una clara violación a sus derechos constitucionales y es un acto de discriminación ilegal y arbitraria”.

SUBHIPÓTESIS:

SUBHIPÓTESIS UNO

El Art. 81, numeral 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público prohíbe que los servidores públicos que haya cumplido 65 años de edad puedan ascender.

SUBHIPÓTESIS DOS

La obligación legal de que los servidores públicos no puedan ascender por motivos de edad, vulnera su derecho constitucional al ascenso.

5. MARCO TEÓRICO

A efectos de proporcionar a la presente investigación elementos válidos sobre cuya base establecer el marco de una propuesta legal realmente válida, se hace necesario el que inicialmente ahondemos en ciertos conceptos.

Así, los elementos básicos a los cuales haremos referencia son el servicio público, el derecho a la igualdad y el derecho al ascenso de los servidores públicos sin ninguna discriminación.

EL SERVICIO PÚBLICO

Esencialmente habremos de decir que el servicio público es en sí mismo una de las formas clásicas en que se manifiesta la actividad administrativa.

Tratando de sintetizar un concepto que, como la mayoría de instituciones jurídicas, puede responder a un profundo debate, señalaré, basado en el concepto expuesto en el derecho jurídico “Espasa”, que el servicio público es “aquella actividad desarrollada por los poderes públicos para atender necesidades de interés general que los individuos no pueden satisfacer aisladamente y que, en su organización y funcionamiento, se encuentra sometida a un régimen jurídico especial de Derecho Público”

Dicha actividad, se diferencia de la producción de bienes, es básicamente de carácter prestacional; y, puede ser gestionada en forma directa por la propia administración; contratada a través de los mecanismos de contratación pública o concesionada.

En cuanto tiene que ver a la administración directa, la función constitucional y práctica del servicio público es asistir al gobierno debidamente constituido en la formulación de políticas, la ejecución de las decisiones y la administración de los servicios públicos de que es responsable, con apego a las normas.

La ética del servicio público, implica que ésta deba conducirse con integridad, imparcialidad y honestidad, garantizando al máximo el uso apropiado, eficaz y eficiente de los fondos públicos.

Asimismo, dichos servicios deben comprender un manejo de los asuntos provisto de calidad, calidez, simpatía, eficiencia, rigidez, sin prejuicios ni malos tratos, que asegure el goce del máximo de continuidad.

En razón de esta necesidad y continuidad y a fin de lograr el profesionalismo, dentro de la órbita del servicio público se ha establecido la institución de la carrera administrativa, la cual garantiza cierto grado de permanencia, que disminuye la potencial disfunción que implica cualquier cambio, eventualmente causante de innecesarias perturbaciones.

Para ello se ha considerado el hecho de que los miembros del servicio público deben poseer la capacidad de servir eficientemente, estimándose al efecto que sus nombramientos, estabilidad y promociones deban obedecer, en términos generales, al mérito.

En sí, hablamos de que para ser parte del servicio público, quienes aspiren ingresar a él deban contar con la idoneidad necesaria para la prestación del

servicio; y, quienes aspiren a mantenerse, se encuentren dispuestos siempre a ser evaluados de modo que demuestren contar con dicha idoneidad.

Es por tanto la idoneidad para el cumplimiento de una tarea, la base en que se sostiene la presencia de una persona dentro de una institución de servicio público, y no en otros aspectos tales como su edad, su género, concepción ideológica, su religión, etc.

Siendo la idoneidad la piedra angular, se han determinado o conceptualizado mecanismos técnicos que permitan evaluarla objetivamente, es así que en el caso ecuatoriano existe el subsistema de evaluación del desempeño, entre cuyos objetivos se encuentran precisamente, tanto el mejoramiento y capacitación continua del personal de las instituciones, así como la posibilidad de cesar a un servidor o servidora en funciones, por no ser idónea frente a las necesidades institucionales.

Sin embargo, en el problema propuesto, pese a la existencia de dicho mecanismo, se ha pretendido generar una correspondencia de edad e idoneidad, estimando que una persona al cumplir la edad de setenta años ya no tiene la idoneidad para continuar en el servicio público, algo que eventualmente podría constituirse en un acto de discriminación; que, peor aún, intentan arremeter en contra de un grupo altamente vulnerable y que más bien debe ser objeto de atención prioritaria.

EL DERECHO A LA IGUALDAD

Inicialmente diremos que la igualdad, como definición práctica, podría ser la ausencia de total discriminación entre los seres humanos, en lo que respecta a sus derechos; y, ya en el campo de la técnica jurídica podemos decir que el derecho a la igualdad es aquel derecho inherente que tienen todos los seres humanos a ser reconocidos como iguales ante la ley y de disfrutar de todos los demás derechos otorgados de manera incondicional; es decir, sin discriminación por motivos de nacionalidad, raza, creencias o cualquier otro motivo.

En un Estado de derechos, como el nuestro, esta búsqueda se lleva a cabo por medio de la protección de la igualdad formal y material de los ciudadanos, de ahí la búsqueda de las constituciones contemporáneas por plantear mecanismos mediante los cuales se les pueda otorgar a todos los ciudadanos los mismos derechos y garantías; ello, tiene su base en el hecho de que la desigualdad ha estado presente desde el principio de los tiempos, y los pueblos han mantenido una lucha constante contra ella aunque en muy pocas ocasiones consiguieron la igualdad propuesta.

Para completar lo dicho, señalaremos que se entiende a la igualdad formal, como la igualdad ante la ley; y, a la igualdad material, como las diferentes regulaciones económicas y sociales que se deben llevar a cabo, para que se dé la igualdad como tal en la realidad, es decir, en las prácticas sociales.

La desigualdad, la discriminación, tiene su origen en la subyugación de las semejanzas entre los seres por parte de las diferencias de los mismos, desde la apreciación del observador.

Es decir que entre los seres humanos encontramos siempre diferencias y semejanzas; y, que la concepción de desigualdad o igualdad entre los seres se deriva de dar mayor énfasis a las unas o a las otras.

Así, los seres humanos somos diferentes por aspectos físicos como género, color de piel, talla, peso color de ojos, etc. o por otros tales como ideologías políticas , religión, edad , orientación sexual, etc.; y, somos semejantes por nuestra capacidad de pensar , nuestra estructura física o biológica, por nuestras necesidades básicas, etc.

Ante ello, el avance tanto del derecho como de las ideas sociales, han determinado que existe una igualdad natural entre los seres humanos, que subsiste ante cualquier diferencia, apreciación que poco a poco ha venido siendo recogida por las diversas legislaciones nacionales y supranacionales.

La discriminación es pues la antítesis del derecho a la igualdad, y se plantea cuando dos seres son tratados diferentemente sin que medien para ello razones objetivas. Por ejemplo, dos personas que realizan trabajos diferentes pueden recibir remuneraciones diferentes, no así dos personas que realizan una actividad en igualdad de condiciones.

Surge entonces, en el caso en cuestión, la pregunta. ¿Es la edad de una persona causa suficiente para su diferenciación?

Para la admisión de una persona en el servicio público; o, para su permanencia en el, es natural que se observen aspectos como su idoneidad, causa suficiente para justificar un tratamiento diferenciado entre quienes aspiren a ingresar o aspiren a mantenerse en un cargo, es ese aspecto a considerarse objetivamente; pero, una diferenciación por motivos de edad, per se, como un elemento subjetivo, solamente puede establecer un comportamiento discriminatorio.

MARCO JURÍDICO

El sustento jurídico de la presente investigación jurídica se sustenta en dos grandes matrices: las disposiciones que norman al servicio público, circunscrito dentro de la esfera del Derecho Administrativo, y, el derecho a la igualdad, de carácter constitucional.

LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO

La Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 294, de fecha 06 de octubre del 2010, en cuanto se refiere del tema planteado, esto es, a la obligatoriedad de retiro y cese de funciones por motivo de edad, señala en Art. 81 lo siguiente:

“Artículo 81.- Estabilidad de las y los servicios públicos.- Se establece dentro del sector público, la carrera del servicio público, con el fin de obtener eficiencia en las función pública, mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos.

Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, el régimen de libre nombramiento y remoción tendrá carácter de excepcional.

Se prohíbe calificar como puestos de libre nombramiento y remoción aquellos puestos protegidos por la carrera del servicio público que actualmente están ocupados, con el propósito de remover a sus titulares.

Se prohíbe que los puestos de libre nombramiento y remoción, sean clasificados en forma descendente a un puesto protegido por la carrera del servicio público.

Las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta ley, cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, se les podrá aceptar su petición y se reconocerá un estímulo y compensación económica, de conformidad con lo determinado en la Disposición General Primera.

Las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto. Percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera”.

Es decir que conforme se encuentra estipulado, la Ley Orgánica del Servicio Público presume que al cumplir setenta años de edad, una persona, automáticamente, se convierte en no idónea, por lo cual se dispone su obligatorio retiro del servicio público y el cese de sus funciones.

Dicha concepción, preliminarmente discriminatoria, contradice inclusive el espíritu de la misma ley, la cual se remite, en forma expresa, a formas más técnicas de evaluar a un servidor o servidora, que aquella que se derive de la apreciación que, a priori, nos sugiera la edad de una persona.

Es así, que la ley en mención contempla un subsistema de evaluación del desempeño al prescribir en su Art. 76:

“Artículo 76.- Subsistema de Evaluación del Desempeño.- Es el conjunto de normas, técnicas, métodos protocolos y procedimientos armonizados, justos, transparentes, imparciales y libres de arbitrariedad que sistemáticamente se orienta a evaluar bajo parámetros objetivos acordes con las funciones, responsabilidades y perfiles del puesto.

La evaluación se fundamentará en indicadores cuantitativos y cualitativos de gestión, encaminados a impulsar la consecución de los fines y propósitos institucionales, el desarrollo de los servidores públicos, prestado por todas las entidades, instituciones, organismos o personas jurídicas señaladas en el artículo 3 de esta ley.

Siendo que sus alcances son suficientemente amplios como para garantizar la presencia de elementos idóneos en el servicio público en su Art.79 acota:

“Artículo 79.- De los objetivos de la evaluación del desempeño.- la evaluación del desempeño de las y los servidores públicos se debe propender a respetar y consagrar lo señalado en los artículos 1 y 2 de esta ley.

La evaluación del desempeño servirá de base para:

- a) Ascenso y cesación; y,
- b) Concesión de otros estímulos que contemplen esta ley o los reglamentos, tales como: menciones honoríficas, licencias para estudio, becas y cursos de formación, capacitación e instrucción.

Entonces: ¿Por qué realizar consideraciones acerca de la idoneidad de una persona, simplemente a partir de su edad, cuando es perfectamente posible determinar dicha idoneidad a través de la evaluación?

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Por otra parte, la Constitución de la República del Ecuador, eminentemente garantista, otorga sin igual importancia a la aplicación del derecho a la igualdad, y a la no discriminación de las personas, y para ello en su artículo 11 estipula:

“Art. 11.- el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

- 2. 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.

5. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

Disposición concordante con la contenida en el Art. 66 de la Constitución de la República, que expresa:

“Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas:

5. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

De donde, se puede establecer que existe mandato expreso en cuanto a que en el Ecuador, nadie puede ser discriminado, según corresponde al caso del estudio, por el hecho de tener más o menos años a costas. Es simplemente señalar que cualquier trato diferenciado dado a la personas no puede responder a criterios basados en la subjetividad sino en la objetividad.

Así, se va configurando el hecho de que, siendo que lo que se busca en el servicio público es eficacia y eficiencia, simplemente quienes lo presten

deben ser personas idóneas, sin que se distingan en ellas sus características personales específicas, que al efecto demuestren ser irrelevantes.

LOS ASCENSOS

Regulados por las normas de los Arts. 23, literal n) y Art. 68 de la Ley Orgánica del Servicio Público que fundamentalmente prescribe que: Los ascensos se harán tomando en cuenta obligatoriamente la eficiencia de los servidores, medida a través de las calificaciones periódicas y complementariamente de los años de servicios, desde luego sin discriminación de ninguna naturaleza.

Como se habrá observado en líneas anteriores, el ascenso debe producirse tomando en cuenta obligatoriamente la calificación periódica de los interesados.

6. METODOLOGÍA

6.1. MÉTODOS

En el proceso de investigación socio-jurídica se aplicará el método científico, entendido como un camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. Es válida la concreción del método científico hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta, pues, partiendo de la hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplen las conjeturas, que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinemos el tipo de investigación jurídica que pretendo realizar en el presente caso, estará encuadrada en una investigación socio-jurídica que se concreta en una investigación del Derecho Administrativo, tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico, esto es relativa al efecto social que causa las restricciones al ascenso de un servidor público que haya cumplido los 65 años de edad.

6.2. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental, y de técnicas de acopio empírico, como la

encuesta y la entrevista. El estudio de casos judiciales reforzará la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática. La investigación de campo se concretará a consultas de opinión de personas conocedoras de la problemática, que será de por los menos treinta personas para las encuestas y diez personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis general y cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores. Los resultados de la investigación empírica se presentarán en tablas, barras o centrogramas y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que servirán para la verificación de objetivos e hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

6.3. ESQUEMA PROVISIONAL DEL INFORME FINAL

El informe final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 144 del Reglamento del Régimen Académico que establece: Resumen en castellano traducido al inglés; introducción; Revisión de literatura; Materiales y métodos; Resultados; discusión; conclusiones; recomendaciones; bibliografía y anexos.

Sin perjuicio del cumplimiento de dicho esquema, es necesario que en este acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el informe final de la investigación socio-jurídica propuesta, siguiendo la siguiente lógica:

En primer lugar el acopio teórico que comprende lo siguiente: La igualdad y la discriminación; la igualdad y no discriminación como derecho constitucional; el

servicio público: generalidades, marco legal, ingreso, el ascenso y no discriminación como derecho legal; la discriminación por la edad en la Ley Orgánica del Servicio Público; Derecho Comparado.

En segundo lugar se sintetizará la indagación de campo o el acopio empírico siguiendo el siguiente orden: a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas; b) Presentación de análisis de los resultados de las entrevistas; y, c) Presentación de los resultados de casos jurisprudenciales.

En un tercer orden vendrá la síntesis de la investigación jurídica con la concreción de: a) Indicadores de verificación de los objetivos y de la contrastación de las hipótesis; b) La deducción de conclusiones; y, c) El planteamiento de recomendaciones o sugerencias, entre las que estará la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de la presente tesis.

7. CRONOGRAMA

Actividades	AÑO 2013			
	Mayo	Junio	Julio	Agosto
Investigación bibliográfica				
Investigación de campo	X			
Confrontación de los resultados de la investigación con los objetivos o hipótesis	x			
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Jurídica		X		
Redacción del Informe Final, revisión y corrección			X	
Presentación y socialización de los informes finales (Tesis)				X

8. PRESUPUESTO

8.1. RECURSOS HUMANOS

.Director de Tesis: Por designarse

.Entrevistados: 5 profesionales del Derecho

.Encuestados: 20 profesionales del Derecho seleccionados por muestreo

.Postulante:

8.2. RECURSOS MATERIALES

MATERIALES	VALOR USD
Compra de libros y códigos	\$ 200,00
Hojas	“10,00
Internet	“10,00
Transporte (viajes de Machala-Loja-Machala	“100,00
Copias	“10,00
Impresión	“50,00
Imprevistos	“200,00
TOTAL.....	“580,00

8.3. FINANCIAMIENTO

Los costos de la investigación, los financiaré con recursos propios.

9. BIBLIOGRAFÍA

.CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

.COOPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Constitución de la República del Ecuador, 2008

.COOPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento General, 2013.

.COORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley del Anciano, 2013.

.OMEBA, Enciclopedia Jurídica, Buenos Aires, 1967

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR, Los Derechos Sociales, Centro de Derechos Humanos- Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2007.

JARAMILLO, Herman, Manual de Derecho Administrativo, Quito, 2011

OLIVERA TORO, Jorge, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Harla, México D.F. 2003.

.GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, S.A., México D.F. 2003.

ALVAREZ, Wilson, Derechos y Deberes de la Tercera Edad, Editorial San Pablo, Bogotá, Colombia, 2010.

. <http://blogsdelagente.com/juristapopular/2010/02/02/%C2%BFque-es-el-abandono-de-personas/comment-page-1/>

.www.pasoapaso.com.ve/GEMAS/GEMAS-118htm.

www.empleospublicos.c//documentos/ley_18834.pdf

ANEXO



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
MODALIDAD A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Estimado/a señor/a Abogado/a, Servidor/a Público/a

De la manera más comedida y como egresado de la Carrera de Derecho, de la Universidad Nacional de Loja, solicito a usted, como parte del proceso de investigación en el desarrollo de mi tesis previo a la obtención del título de Abogado, colabore respondiendo la siguiente encuesta:

1.- ¿Considera usted que la disposición del Art. 81, inciso 4 de la LOSEP, que establece que los/las servidores/as públicos/as que hayan cumplido los 65 años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, sin que puedan ascender, vulnera los derechos laborales de este segmento de la población?

SI _____ NO _____ ¿Por qué?

2- ¿Cree usted que existe incongruencia entre la disposición anterior antes citada y la contenida en el Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador que, establece la igualdad de las personas y el goce de los mismos derechos, deberes y oportunidades?

SI _____ NO _____ ¿Por qué?

3.- ¿Considera usted que los/las servidores/as públicos/as mayores de 65 años, no están capacitados de manera legal o intelectual para ascender a puestos de mayor jerarquía en el sector público?

SI _____ NO _____ ¿Por qué?

4.- ¿Considera usted que es legal el hecho de que se impida a los/las servidores/as públicos/as mayores de 65 años, ascender a puestos de mayor jerarquía en el sector público, cuando la Constitución de la república del Ecuador, en sus artículos 36, 37.2, 38.2, garantiza su inclusión económica y social, el trabajo remunerado, en función de sus capacidades y la participación y el trabajo de las personas adultas mayores en entidades públicas y privadas para que contribuyan con su experiencia?

SI _____ NO _____ ¿Por qué?

5.- Cree usted que existe prejuicio en contra de los servidores públicos cuando se los condena a no poder ascender a puestos de mayor jerarquía en el sector público, cuando hayan cumplido los 65 años de edad?

SI _____ NO _____ ¿Por qué?



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
MODALIDAD A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Estimado/a señor/a Abogado/a, Servidor/a Público/a

De la manera más comedida y como egresado de la Carrera de Derecho, de la Universidad Nacional de Loja, solicito a usted, como parte del proceso de investigación en el desarrollo de mi tesis previo a la obtención del título de Abogado, me permita realizarte una entrevista relacionada con el tema de la tesis en base a las siguientes preguntas:

1.- ¿Considera usted que es legal el que un servidor público a pesar de la profesionalización, experiencia y destrezas adquiridas en el desempeño de sus funciones, por el hecho de cumplir 65 años de edad, esté impedido de ascender a puestos de mayor jerarquía en el sector público?

SI _____ NO _____ ¿Por qué?

2.- ¿Sí la Constitución de la República del Ecuador establece en el Art. 11 .2 que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, que nadie podrá ser discriminado, que la ley sancionará toda forma de discriminación; y, en sus artículos 36, 37.2, 38.2, garantiza a las personas adultas mayores su inclusión económica y social, el trabajo remunerado, en función de sus capacidades y la participación y el trabajo de las personas adultas mayores en entidades públicas y privadas para que contribuyan con su experiencia; cree usted, legal el que se les impida a los

servidores públicos ascender a puestos de mayor jerarquía en el sector público, por el hecho de cumplir 65 años de edad?

SI _____ NO _____ ¿Por qué?

3.- ¿Considera usted pertinente el que se plantee una reforma a la Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP, para que esta guarde concordancia con la norma constitucional de igualdad ante la ley; y, consecuentemente se derogue la disposición que impide a los servidores públicos que cumplan 65 años de edad, acceder a puestos de mayor jerarquía en el sector público?

SI _____ NO _____ ¿Por qué?

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA.....	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
ESQUEMA DE CONTENIDOS	vii
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
2.1. ABSTRACT	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA	9
4.1. MARCO CONCEPTUAL	9
4.1.1. La administración pública.....	9
4.1.1.1. Concepto.....	9
4.1.1.2. Referentes históricos de la administración pública ecuatoriana.....	14
4.1.2. El servicio público	21
4.1.2.1. Concepto.....	21
4.1.2.2. Finalidades.....	27
4.1.3. El servidor público.....	31
4.1.3.1. Concepto.....	31
4.1.3.2. Ingreso.....	32
4.1.3.3. Estabilidad	34
4.1.4. La igualdad y discriminación	37
4.1.4.1. La igualdad	37
4.1.4.2. La discriminación	39
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	45
4.2.1. Argumentos del autor que sustentan la idea de discriminación por la edad en la Ley Orgánica del Servicio Público	53
4.3. MARCO JURÍDICO.....	58
4.3.1. La igualdad y la no discriminación en la Constitución de la República del Ecuador	58

4.3.1.1.	Análisis de las normas legales establecidas en la Ley Orgánica del Servicio Público respecto a la prohibición de ascenso a los servidores públicos que hayan cumplido 65 años de edad.....	61
4.4.	LEGISLACIÓN COMPARADA	66
4.4.1.	Legislación Mejicana	66
4.4.2.	Legislación Boliviana.....	67
4.4.3.	Legislación peruana	68
4.4.4.	LESGISLACIÓN DE HONDURAS.....	70
5.	MATERIALES Y MÉTODOS	72
5.1.	Materiales	72
5.2.	Métodos	72
5.3.	Técnicas	74
5.4.	Procedimiento	75
6.	RESULTADOS.....	76
6.1.	RESULTADOS DE LA ENCUESTA	76
6.2.	RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.....	87
7.	DISCUSIÓN	92
7.1.	Verificación de objetivos.....	92
7.1.1.	Objetivo General:	92
7.1.2.	Objetivos Específicos:	92
7.2.	Contrastación de Hipótesis	93
7.3.	Consideraciones previas a la propuesta de reforma.....	95
8.	CONCLUSIONES	97
9.	RECOMENDACIONES	100
9.1.	PROPUESTA LEGAL.....	102
10.	BIBLIOGRAFÍA	106
11.	ANEXOS	107
	PROYECTO.....	107
	ÍNDICE.....	134