

I Seminario

Jurisprudencia constitucional y lucha contra la discriminación en el Ecuador: avances y retos

Mesa 4.

Discapacidades, VIH y personas con enfermedades raras o poco frecuentes
Avances y retos en la garantía y/o goce de los derechos de las personas con discapacidad,
personas viviendo con VIH, personas con enfermedades raras o poco frecuentes

Ponencia: *La Corte Constitucional ante la discriminación de las personas afectadas
por el VIH: análisis de una sentencia de acción extraordinaria de protección*

Autor: José Luis Nieto Espinosa, Secretario Técnico de la Red de Defensores de
Derechos de las Personas Afectadas por el VIH (RED)

Quito, 17 de noviembre de 2017

Seminario Organizado por la Corte Constitucional del Ecuador (CCE), la Defensoría del
Pueblo de Ecuador (DPE), y el Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN).

La Corte Constitucional ante la discriminación de las personas afectadas por el VIH: análisis de una sentencia de acción extraordinaria de protección

El artículo 11, numeral 2 de la Constitución de la República reconoce la igualdad entre todas las personas, sin que nadie pueda ser discriminado por cualquier distinción, personal o colectiva, como, por ejemplo, vivir con VIH. Del mismo modo, el artículo 66, numeral 4 de la Constitución reconoce el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

En el presente trabajo analizo la sentencia de acción extraordinaria de protección N.º 016-16-SEP-CC, correspondiente al caso N.º 2014-12-EP, en el cual un sargento, quien vive con VIH y dependencia del alcohol, fue separado de la Policía Nacional luego de haber sido sancionado con la retención de algunas remuneraciones por supuestas ausencias injustificadas y pese a que la institución no le había proporcionado la atención médica integral.

En consecuencia, pretendo determinar si dicha sentencia constitucional asegura el respeto y garantía del derecho a la igualdad y no discriminación del accionante, en particular, y de las personas que viven con VIH, dentro del territorio ecuatoriano. Para tal efecto, en primer lugar, resumo los hechos del caso contenidos en la sentencia, y, luego, examino de qué manera la Corte Constitucional abordó el derecho a la igualdad y no discriminación en el análisis de la garantía de la motivación, el derecho a la salud, el derecho al trabajo y la dictación de las medidas de reparación integral.

En este escenario, pretendo identificar tres tipos de criterios: primero, los que resultan acordes al derecho a la igualdad y no discriminación; segundo, los que debieron ser incluidos para enriquecer la hermenéutica de dicho derecho; y, tercero, aquellos que claramente son contrarios a la igualdad y no discriminación de las personas que viven con VIH en el Ecuador.

Resumen del caso que dio origen a la sentencia objeto de análisis

El señor policía N. N. presentó una acción de protección en contra del Ministerio del Interior y la Policía Nacional el 7 de agosto de 2012, solicitando que la institución policial garantice su atención de salud como persona que vive con VIH, que se le devuelvan las remuneraciones retenidas por varios meses y que se suspenda la instauración del tribunal encargado de sancionar la comisión de supuestas faltas disciplinarias.

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado Primero de lo Civil de Manabí el 7 de septiembre de 2012, negó la acción de protección presentada, mientras que la sentencia de segunda instancia, dictada por la mayoría de la Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí el 8 de noviembre de 2012, confirmó, en todas sus partes, la sentencia de primera instancia que fue apelada por N. N.

Cabe mencionar que hasta el día de la presentación de la acción extraordinaria de protección, esto es el 6 de diciembre de 2012, el señor N. N. seguía siendo miembro activo de la Policía Nacional. Sin embargo, el accionante fue separado de la institución en julio de 2013 (Sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 3, 51), es decir, en pleno transcurso de la acción extraordinaria de protección que estaba en conocimiento de la Corte Constitucional.

Mediante la sentencia de acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional declaró la vulneración de los derechos al debido proceso en la garantía de la motivación, a la salud, al trabajo, a la dignidad humana y la igualdad del señor N. N., disponiendo las correspondientes medidas de reparación integral.

El derecho a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En una sentencia de acción extraordinaria de protección, dictada anteriormente a la de marras, la Corte Constitucional estableció una regla jurisprudencial en la cual determinó que las personas que viven con VIH pertenecen a los grupos de atención prioritaria, especialmente garantizados por la Constitución de la República, reconociendo su derecho a una estabilidad laboral reforzada en el marco de las relaciones del trabajo. Dicha regla establece textualmente lo siguiente:

3.7. Como garantía de no repetición en favor de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, pertenecientes al grupo de atención prioritaria, la Corte Constitucional, en virtud de la competencia establecida en el artículo 436 numerales 1 y 6, establece como regla jurisprudencial con efectos *inter pares* e *inter comunis* la siguiente:

i. Las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA no gozan de un simple estatus de estabilidad laboral aplicable a todas las relaciones laborales en condiciones generales en las cuales los empleados no poseen enfermedades catastróficas; por el contrario, este grupo de personas gozan de un principio de estabilidad laboral reforzada, merecedores de una especial protección dada la fuerte carga discriminatoria que socialmente han tenido que soportar; en tal virtud, no podrán ser separados de sus labores en razón de su condición de salud.

ii. La separación de las labores de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, se presume *prima facie* como violatoria de los derechos constitucionales, por fundarse en criterios sospechosos, a menos que el empleador demuestre una causa objetiva —razones válidas y suficientes— que justifiquen de manera argumentada y probada ante la

autoridad competente que no se trata de un despido que se funda en un criterio sospechoso.

iii. Bajo ningún motivo el empleador podrá justificar la terminación de relaciones laborales fundado en argumentos que se agoten en el rendimiento de las actividades laborales del empleado portador de VIH o enfermo de SIDA, pues el deterioro físico y psicológico que influye en el desempeño de las actividades laborales es propio de una enfermedad de esta naturaleza, so pena de incurrir en un trato discriminatorio. Por ello, los trabajadores portadores de VIH o enfermos de SIDA deberán ser reubicados en su medio de trabajo cuando el desempeño de sus actividades esté afectado por su condición de salud (sentencia N.º 080-13-SEP, caso N.º 0445-11-EP, p. 30)¹.

La regla jurisprudencial contenida en esta sentencia es un hito fundamental en la protección y promoción de los derechos humanos de las personas que viven con VIH, especialmente, del derecho a la igualdad y no discriminación dentro del ámbito laboral, tanto público como privado. Por supuesto, se trata de una regla jurisprudencial que puede ser perfeccionada posteriormente según la casuística que tenga que resolver la Corte Constitucional en el futuro.

El derecho a la igualdad y no discriminación desde el punto de vista de la motivación

La Corte Constitucional realizó un análisis de la sentencia de segunda instancia mediante tres requisitos que deben ser observados en toda decisión judicial o administrativa: razonabilidad, en tanto debe estar fundada en los principios constitucionales; lógica, por cuanto debe reflejar coherencia entre sus premisas y su conclusión; comprensibilidad, en la medida que debe ser clara y susceptible de fiscalización por parte del auditorio social (sentencia N.º 020-13-SEP-CC, caso N.º 0563-12-EP, p. 16).

Según el primer criterio (razonabilidad), la Corte consideró que la Sala que resolvió la segunda instancia de la acción de protección vulneró el derecho a la seguridad jurídica, contenido en el artículo 82 de la Constitución de la República, por haber considerado que el caso correspondía a un asunto de mera legalidad; y, además, vulneró el artículo 88 de la Constitución, por no haber constatado la vulneración de los derechos constitucionales, como el derecho a la salud, ni haber verificado las fuentes normativas,

¹ El fundamento de esta regla jurisprudencia se encuentra en la diferencia existente entre la igualdad formal y la igualdad material. Según la Corte Constitucional, “la igualdad formal implica que ante el sistema jurídico todas las personas deben tener un trato igualitario. Por igualdad material, en cambio, se refiere a un análisis de la realidad de la persona, el cual ha sido recogido a través del principio consagrado en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, el mismo que persigue la igualdad real en favor de los titulares de los derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (sentencia No. 292-16-SEP-CC, caso No. 0734-13-EP, p. 24).

nacionales e internacionales, que regulan dicho derecho (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 15).

De acuerdo con el segundo criterio (lógica), la Corte Constitucional determinó que los jueces de la segunda instancia optaron simplemente por señalar que el caso corresponde a un tema ajeno a la tutela constitucional, sin haber hecho “un esfuerzo por analizar los hechos y la gravedad de las implicaciones del caso concreto, además de contrastarlos y confrontarlos con la normativa constitucional e internacional pertinente” (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 17).

Según el tercer criterio (comprensibilidad), la Corte Constitucional estableció que la Sala tampoco cumplió con este parámetro, puesto que en la sentencia de segunda instancia no se argumentó por qué el caso respondía a un tema de mera legalidad. De ahí que la Corte concluyó que la Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí “vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de motivación contenido en el artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República” (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 17).

Desde el punto de vista del derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte Constitucional podía haber sido más explícita, señalando que los jueces de segunda instancia no se molestaron en constatar la situación de desventaja, estigma y marginación (en definitiva, una posición de desigualdad real) en la que se encontraba el señor policía N. N.. Se trata de un aspecto fundamental que fue omitido por la Corte Constitucional en el análisis de la motivación de la sentencia de segunda instancia, pero que sí fue incluido en el examen de la motivación de la sentencia de primera instancia, como paso a explicar.

Basada en su papel de máximo órgano de control, interpretación y justicia constitucional (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 17), la Corte Constitucional también decidió pronunciarse sobre la fundamentación de la sentencia de primera instancia, verificando el cumplimiento de los mismos requisitos analizados en la argumentación de la sentencia de segunda instancia.

Desde el punto de vista de la razonabilidad, la Corte Constitucional reprochó ciertas afirmaciones, contenidas en la sentencia, como las siguientes: “no se ha demostrado que la enfermedad fue adquirida cuando el accionante cumplía el servicio policial” y, “en nuestro país y otros países del mundo en la actualidad ya no existe discriminación contra esta enfermedad” (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 19). La Corte expresó que este comentario “se encuentra desprovisto de una

explicación previa ni razonada, por lo que se constituye en falaz” (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 19).

En cuanto al parámetro de la lógica en la fundamentación de sentencias, la Corte Constitucional se pronunció respecto de otro señalamiento de la judicatura de primera instancia: “el accionante debió aprender a vivir con su enfermedad y superar su problema psicológico, no descuidando su trabajo” (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 20). La Corte determinó que este criterio “incurre en una discriminación, al no atender la condición de doble vulnerabilidad del legitimado activo que requería de una protección especial por parte del Estado quien debía brindar todas las garantías necesarias a efectos de que el mismo goce de una igualdad real” (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 20). Más adelante, la Corte Constitucional abundó en las siguientes reflexiones desde el punto de vista de la igualdad y no discriminación:

la autoridad judicial desconoce la igualdad material prevista en la Constitución y lo señalado en la jurisprudencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual no solo incluye que todas las personas sean tratadas como iguales ante la ley, sino que además las personas que se encuentran en una situación diferente sean tratadas en función de esta diferencia, a efectos de alcanzar la igualdad material y no incurrir en una discriminación de sus derechos (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 21-22).

En el análisis de la comprensibilidad, la Corte Constitucional arguyó que la sentencia de primera instancia contiene una argumentación incompleta que no permite entender su contenido, pese a que fue redactada en un lenguaje claro y sencillo (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 22).

La Corte Constitucional concluyó que en ambas sentencias no se consideró la condición de doble vulnerabilidad del accionante; por lo que dispuso al Consejo Nacional de la Judicatura que investigue, analice y sancione las acciones y omisiones en que habrían incurrido las autoridades judiciales (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 22-23).

Si bien este criterio es adecuado desde el punto de vista de la garantía de motivación como parte del debido proceso, e incluso desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación; la Corte Constitucional declaró la vulneración de la garantía de motivación, reconocida en el artículo 76, numeral 7, letra 1, de la Constitución, (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 17), pero sin relacionar dicha vulneración con la falta de respeto y garantía del derecho a la igualdad y no discriminación.

Por lo tanto, hubiera sido más adecuado que la Corte Constitucional declare, de manera expresa, la vulneración de la indicada garantía de motivación, en concordancia con los artículos 11, numeral 2, y 66, numeral 4, de la Constitución de la República, que reconocen el derecho a la igualdad y no discriminación; a guisa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos².

Análisis del derecho a la igualdad y no discriminación desde el punto de vista del derecho a la salud

La Corte Constitucional realizó el control de la convencionalidad para determinar el contenido del derecho a la salud de acuerdo con los instrumentos internacionales y establecer si la institución accionada vulneró dicho derecho constitucional en perjuicio del señor N. N. (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 26)³. En este contexto, la Corte Constitucional se refirió a instrumentos específicos de los derechos de las personas que viven con VIH, específicamente, la Declaración S-26/2 de Compromiso de Lucha contra el VIH/sida y las Directrices Mixtas OIT/OMS⁴ sobre Servicios de Salud y VIH/sida (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 36).

Sin embargo, la Corte Constitucional omitió el análisis de las Directrices Internacionales sobre el VIH/sida y los Derechos Humanos. Específicamente, la Directriz Sexta establece que los Estados deben tomar las medidas necesarias para asegurar la

² La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la vulneración de un derecho, en relación con otros derechos. Por ejemplo, en el caso de discriminación de una persona con VIH, la Corte Interamericana expresó lo siguiente: “este Tribunal concluye que Talía Gonzales Lluy sufrió una discriminación derivada de su condición de persona con VIH, niña, mujer, y viviendo en condición de pobreza. Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado ecuatoriano violó el derecho a la educación contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Talía Gonzales Lluy” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 291).

³ La Corte Constitucional determinó que el control de convencionalidad es “efectuado por los jueces de las jurisdicciones nacionales, cuando analizan los casos tomando en consideración su ordenamiento jurídico, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (sentencia No. 016-16-SEP-CC, caso No. 2014-12-EP, p. 27). Este criterio fue desarrollado anteriormente por la Corte Constitucional en la sentencia N.º 003-14-SIN-CC, caso N.º 0014-13-IN y acumulados N.º 023-13-IN y 028-13-IN). En dicha sentencia, la Corte Constitucional recogió el Voto Razonado del Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Ferrer MacGregor, quien había expresado que “el control difuso de convencionalidad convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 24).

⁴ Las siglas OIT corresponden a la Organización Internacional del Trabajo. Las siglas OMS corresponden a la Organización Mundial de la Salud.

disponibilidad de productos, servicios e información de calidad para la prevención, tratamiento y atención del VIH (Directrices Internacionales sobre el VIH/sida y los Derechos Humanos, 2007, párr. 24). En las recomendaciones para la aplicación de esta Directriz se establece expresamente la no discriminación en el acceso a los servicios de salud:

Los Estados deberían asegurar también que sus leyes, políticas, programas y prácticas no excluyan, estigmaticen o discriminen a las personas que viven con el VIH o sus familias, tanto en función de su estado serológico con respecto al VIH como de otros aspectos contrarios a las normas internacionales o nacionales de derechos humanos, con respecto a su derecho o al acceso a los productos, servicios e información en materia de atención sanitaria (Directrices Internacionales sobre el VIH/sida y los Derechos Humanos, 2007, párr. 30).

La fundamentación de la sentencia N.º 016-16-SEP-CC sobre la base de las Directrices Internacionales sobre el VIH/sida y los Derechos Humanos, seguramente habría contribuido para que la Corte Constitucional declare la vulneración el derecho a la salud, consagrado en el artículo 32 de la Constitución, en concordancia con los artículos 11, numeral 2, y 66, numeral 4, de la Constitución de la República.

En cuanto a otro aspecto del análisis jurídico del derecho a la salud, resulta adecuado el fundamento de la Corte Constitucional en el sentido de que la condición de vivir con VIH es una enfermedad catastrófica; por lo que las personas con dicha condición pertenecen a los grupos de atención prioritaria, según lo dispuesto en los artículos 35 y 50 de la Constitución de la República (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 36). Al respecto, es pertinente recordar que, anteriormente, en la sentencia N.º 080-13-SEP-CC del caso N.º 0445-11-EP, la Corte había establecido que la condición de vivir con VIH es una enfermedad catastrófica y, por tanto, quienes viven con dicha condición pertenecen a los grupos de atención prioritaria (p. 16, 27, 30).

Se trata de un criterio constitucional de enorme trascendencia, puesto que el Ministerio de Salud Pública no ha incluido la condición de vivir con VIH dentro del Acuerdo Ministerial que define los criterios de inclusión de enfermedades consideradas catastróficas, raras y huérfanas (Acuerdo Ministerial N.º 00001829 del Ministerio de Salud Pública, 2012)⁵. Sobre la base de este Acuerdo Ministerial, ciertos servidores públicos de la salud han sostenido inconstitucionalmente que la condición de vivir con VIH no es una condición de salud catastrófica sino simplemente crónica, cuando la

⁵ Por supuesto, esto no significa que el Estado ecuatoriano ha desconocido sus obligaciones de proveer medicamentos antirretrovirales y brindar atención integral a las personas que viven con VIH.

cronicidad es apenas uno de los requisitos de una enfermedad catastrófica según la legislación ecuatoriana⁶.

La Corte concluyó acertadamente que la omisión estatal de atención integral no solo vulneró el derecho a la salud, sino que además evidenció la actitud discriminatoria de las autoridades policiales, “por cuanto pese a que tenían conocimiento de la enfermedad catastrófica del accionante, no se otorgó ningún tratamiento médico que le permita vivir con dignidad” (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 42). En este contexto, la Corte Constitucional dispuso que la institución policial debe brindar atención integral no solo al señor N. N. sino también a sus familiares:

Adicionalmente, las autoridades de la institución policial no han observado lo dispuesto en la Declaración S-26/2 de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA, por lo cual los Estados tienen que garantizar la atención en salud, la misma que debe ser de calidad, al igual que la debida atención psicosocial no solo para el accionante, sino para su familia, ya que en el caso concreto, frente a los constantes pedidos expuestos por la familia del accionante, ninguno de ellos fue atendido (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 42).

La decisión de extender la atención psicosocial a los familiares de N. N. coincide con la definición de “persona afectada por el VIH”. Esta expresión “es un término acuñado por la Coalición ecuatoriana de personas que viven con VIH, que incluye a las personas que viven con VIH y a su entorno, entendido este como sus familias, amigos y parejas” (SPD, RED y CEPVVS, 2016, p. 7).

No obstante, en la conclusión del análisis de la vulneración del derecho a la salud del señor N. N., la Corte Constitucional debió haber declarado expresamente la conculcación de este derecho, reconocido en el artículo 32 de la Constitución, en concordancia con los artículos 11, numeral 2; 66, numeral 4; 35; 50; y, 363, numeral 5, de la Constitución de la República, los cuales reconocen el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el derecho a la atención preferente, prioritaria y especializada.

⁶ Es importante señalar que la Ley establece que una enfermedad es catastrófica si se cumplen tres requisitos: “a) Que implique un alto riesgo para la vida de la persona; b) Que sea una enfermedad crónica y por lo tanto que su atención no sea emergente; y, c) Que su tratamiento pueda ser programado o que el valor promedio de su tratamiento mensual sea mayor al determinado en el Acuerdo Ministerial de la Autoridad Sanitaria” (Ley Orgánica Reformatoria a La Ley Orgánica de Salud, Ley 67, para Incluir el Tratamiento de las Enfermedades Raras o Huérfanas y Catastróficas (2012).

Dichos requisitos se encuentran presentes de la condición de vivir con VIH: primero, si la condición no es tratada la persona podría entrar en fase “sida” y luego fallecer; segundo, dicha condición puede llegar a ser crónica si la persona toma puntual y periódicamente la medicación antirretroviral y cumple con todos los controles médicos periódicos; y, tercero, el tratamiento antirretroviral debe ser programado para que la persona con VIH pueda tener una esperanza de vida comparable con la del resto de la población.

Finalmente, a propósito de la protección especial a los grupos de atención prioritaria, la Corte Constitucional debió aclarar que las personas que viven con VIH pertenecen a dichos grupos no únicamente por su condición de salud sino, además, por encontrarse en una “situación de riesgo”, de conformidad con el texto del artículo 35 de la Constitución de la República. En efecto, las personas que viven con VIH tienen altas probabilidades de ser discriminadas en diferentes aspectos de la vida social, como el laboral, el sanitario, el educativo, el familiar, entre otros⁷.

Análisis del derecho a la igualdad y no discriminación desde el punto de vista del derecho al trabajo

Con fundamento en la sentencia N.º 080-13-SEP-CC del caso N.º 0445-11-EP, la Corte estableció que “las personas portadoras de VIH gozan de estabilidad laboral reforzada, por la cual se determina que son merecedoras de una protección especial debido a la carga discriminatoria que se dan en las relaciones de trabajo” (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 46). En razón de esta forma especial de estabilidad laboral, consagrada como regla jurisprudencial en la indicada sentencia N.º 080-13-SEP-CC, la Corte Constitucional recalcó que:

La terminación de una relación laboral con una persona portadora de VIH o enferma de SIDA, será considerada prima facie como un acto discriminatorio a menos que el empleador emplee argumentos sólidos que demuestren que su condición y salud no ha tenido nada que ver con la decisión de dar por terminada la relación laboral (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 46).

Con este fundamento jurisprudencial, la Corte Constitucional determinó que las autoridades de la Policía Nacional del Ecuador vulneraron el derecho al trabajo del accionante, “al haber suspendido el pago de sus remuneraciones, sin observar su condición de doble vulnerabilidad, lo cual además generó la vulneración de su derecho a la igualdad, ya que no se observó la protección reforzada que el Estado se encuentra en la obligación de brindar a este grupo de atención prioritaria” (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 49). Y, adicionalmente, sustentada en el mismo argumento jurisprudencial, la Corte Constitucional declaró que la separación del señor N. N. de las

⁷ Se trata, en todo caso, de una situación que no es desconocida por el máximo órgano de control, interpretación y justicia constitucional, pues la Corte ha reconocido la estabilidad laboral reforzada a las personas que viven con VIH “debido a la carga discriminatoria que socialmente han tenido que soportar” (sentencia No. 080-13-SEP-CC del caso N.º 0445-11-EP, p. 30).

filas policiales vulneró su derecho al trabajo, reconocido en el artículo 33 de la Constitución de la República, anotando que:

en estas circunstancias, se evidencia que las autoridades de la institución policial no indagaron las razones por las cuales se generaba la supuesta ausencia del accionante a su puesto de trabajo, ni mucho menos se preocuparon de dar un seguimiento a la situación precaria que se encontraba atravesando, por lo que no es razonable que se haya resuelto dar de baja al accionante, *sin previamente haber indagado si su ausencia fue generada como parte de su enfermedad*⁸ (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 51).

Si bien el criterio citado se apoya en el principio de igualdad y no discriminación, así como en el trato preferente y prioritario que debe ser brindado a toda persona que vive con VIH, la Corte Constitucional debió haber aclarado que cualquier indagación sobre la situación que estaba atravesando el señor N. N. tenía que ser efectuada respetando el derecho a la confidencialidad, reconocido en el artículo 66, numerales 11, 19 y 20, de la Constitución de la República, a efectos de evitar más daños al señor N. N. y su familia en términos de estigma y marginación. Además, de acuerdo con los hechos del caso, tal averiguación no era necesaria porque el señor N. N. y sus familiares habían dirigido solicitudes a las autoridades policiales para que estas aseguren la debida atención médica y el correspondiente tratamiento antirretroviral.

Finalmente, la Corte Constitucional debió haber declarado expresamente la vulneración del derecho al trabajo, no solo en concordancia con los artículos 11, numeral 2, y 66, numeral 4 de la Constitución, que reconocen tanto el derecho a la igualdad y no discriminación, sino también en relación con los artículos 35 y 50, los cuales reconocen el derecho a una atención preferente, prioritaria y especializada.

Análisis del derecho a la igualdad y no discriminación desde el punto de vista de la reparación integral

La Corte Constitucional dispuso algunas medidas de reparación integral, como las siguientes: el reintegro del puesto de trabajo del accionante (quedando sin efecto la baja policial), así como el pago de las remuneraciones dejadas de percibir luego de la baja; la devolución de las remuneraciones retenidas; la prestación de servicios médicos y entrega de medicinas necesarias para el señor N. N., así como los tratamientos psicosociales para él y su familia; la capacitación a todos los miembros policiales respecto de los derechos de las personas que viven con VIH; la investigación y sanción a los responsables de las

⁸ Las negrillas me corresponden.

vulneraciones cometidas en contra del accionante, de acuerdo con la normativa de la Policía Nacional; la investigación y sanción de las acciones y omisiones en las que incurrieron las autoridades judiciales que dictaron ambas sentencias (de primera y segunda instancia), las cuales fueron dejadas sin efecto por parte de la Corte Constitucional.

Las medidas enumeradas, que fueron dictadas por la Corte Constitucional, resultan idóneas para reparar integralmente los daños derivados de la vulneración de los derechos constitucionales del señor N. N. En este sentido, también fue adecuado que la Corte Constitucional no haya dispuesto la realización de un nuevo juicio para cuantificar el pago de las remuneraciones retenidas durante el servicio activo de N. N. y de las remuneraciones dejadas de percibir a partir de la baja. Como es conocido, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la compensación económica, que forma parte de la reparación integral, debe ser cuantificada mediante juicio aparte (2009, art. 19). La acertada inaplicación de esta disposición legal guarda coherencia con el principio constitucional de aplicación directa e inmediata de los derechos reconocidos en Constitución y los instrumentos internacionales (Constitución de la República, 2008, art. 11, num. 3).

No obstante lo señalado, especial atención merece la siguiente medida de reparación integral, que fue dictada a título de garantía de no repetición:

que las autoridades pertinentes del Ministerio del Interior y de la Policía Nacional, asegurando y preservando el derecho a la intimidad y buen nombre de las personas, inicien un proceso de evaluación médica reservado para identificar a los miembros de la institución que padezcan esta enfermedad y otras enfermedades catastróficas, y definan acciones administrativas, presupuestarias y médicas para atender de forma prioritaria los requerimientos de los miembros de la institución que sean portadoras de VIH o enfermos de SIDA o que se encuentren en situaciones de enfermedades catastróficas análogas (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 56-57).

Sobre esta medida en particular, debo señalar que la Corte Constitucional no consideró que el Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/sida y el mundo del trabajo (2001), así como la Recomendación N.º 200 de la OIT sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo, que prohíben la exigencia de la prueba de VIH en el lugar de trabajo. Este último instrumento establece que “no se debería exigir a ningún trabajador que se someta a una prueba de detección del VIH ni que revele su estado serológico respecto del VIH” (2010, párr. 3, letra i). La Corte Constitucional tampoco contempló el contenido de la Guía de Atención Integral para Adultos y Adolescentes con

Infección por VIH/Sida del Ministerio de Salud Pública, que establece explícitamente que no debe realizarse de manera obligatoria la prueba de VIH en caso de “ingreso o permanencia en instituciones educativas, militares y policiales” (2012, p. 21)⁹.

Con fundamento en la normativa internacional y nacional señalada, la Corte Constitucional debió haber dispuesto, en lugar de la medida dictada, la prohibición absoluta de realizar la prueba de VIH al personal que labore dentro de la institución policial o que aspire ingresar a esta. La medida señalada podía haber sido ordenada, luego de comprobar si efectivamente la Policía Nacional exige esta prueba serológica como un requisito de ingreso o permanencia dentro de la institución.

Incluso, la Corte Constitucional podía haber dispuesto la prohibición de exigir la prueba de VIH como requisito para ingresar o permanecer en un puesto laboral, tanto en el sector público como en el privado¹⁰, no solo como garantía de no repetición, sino además como regla jurisprudencial con efectos *inter pares* e *inter comunis*. Dicha regla jurisprudencial podía haber sido establecida, en ejercicio de las competencias que tiene la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 436, numerales 1 y 6, de la Constitución de la República, a guisa de lo actuado en la dictación de las medidas de reparación integral en la sentencia N.º 080-13-SEP-CC del caso N.º 0445-11-EP¹¹.

Conclusiones

Por una parte, la sentencia de acción extraordinaria de protección N.º 016-16-SEP-CC, correspondiente al caso N.º 2014-12-EP, contiene criterios que favorecen la protección

9 Esta Guía fue aprobada mediante Acuerdo Ministerial N.º 00002311 del Ministerio de Salud Pública de 12 de noviembre de 2012, publicado en el Registro Oficial N.º 847 del 10 de diciembre de 2012. Sin embargo, el texto de la Guía no está recogido en el Registro Oficial sino en la página del Ministerio de Salud Pública (acceso el 24 de noviembre de 2017): <http://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2016/09/GUIA-AT.ADULTOS-VIH.pdf>

10 Si bien es cierto que el Acuerdo Ministerial N.º 398 del Ministerio del Trabajo (2006, artículo 3) y el Acuerdo Ministerial N.º 82, igualmente, del Ministerio de Trabajo (2017, artículo 5) prohíben la prueba de VIH en el ámbito laboral, se tiene conocimiento de muchos casos en que se exige dicha prueba como requisito para ocupar un puesto laboral. La gran mayoría de personas que viven con VIH no presentan denuncias o demandas por temor a la exposición pública y el consecuente estigma. De ahí que es necesario contar con una regla jurisprudencial *inter pares* e *inter comunis* en el sentido indicado y que sea ampliamente socializada con las instituciones públicas y los empleadores privados.

11 Si bien podría ser cierto que la Corte Constitucional pretendió que se efectúe la identificación de miembros VIH positivos, respetando su derecho a la intimidad y buen nombre, la realidad ha demostrado que la exigencia de la prueba de VIH en el lugar de trabajo termina vulnerando no solo la confidencialidad y la honra de las personas que viven con VIH, sino también su derecho a la igualdad y no discriminación. Por esta razón, la prohibición de solicitar la prueba de VIH en el ámbito laboral tiene por objeto, precisamente, evitar prácticas de exclusión y marginación que pongan en riesgo la igualdad real a la que tienen derecho las personas que viven con VIH.

del derecho a la igualdad y no discriminación, aunque faltan ciertos elementos que debieron ser considerados para maximizar la tutela de los derechos del señor N. N.. A continuación me refiero a tales fundamentos, señalando asimismo, cuando haga falta, los aspectos que fueron omitidos por la Corte Constitucional:

Primero, la Corte Constitucional examinó la igualdad y no discriminación en el análisis de la vulneración de la garantía de motivación, que hace parte del derecho al debido proceso. No obstante, la Corte debió declarar expresamente la vulneración de dicha garantía en concordancia con los artículos constitucionales que reconocen el derecho a la igualdad formal, igualdad real y no discriminación.

Segundo, la Corte Constitucional abordó la igualdad y no discriminación en el análisis del derecho a la salud de las personas que viven con VIH. No obstante, la Corte no tomó en cuenta las Directrices Internacionales sobre el VIH/sida y los Derechos Humanos, ni declaró expresamente la vulneración de este derecho en concordancia con los artículos constitucionales que reconocen el derecho a la igualdad formal, igualdad real y no discriminación. Cabe señalar, de todos modos, que la Corte protegió adecuadamente la salud de no solo el señor N. N., sino adicionalmente de sus familiares, al disponer que ellos también deben recibir atención psicosocial.

Tercero, la Corte Constitucional también analizó el derecho a una atención preferente, prioritaria y especializada, de conformidad con los artículos 35 y 50 de la Constitución, en el marco del derecho a la salud. Sin embargo, la Corte no declaró la vulneración del derecho a la salud en relación con tales disposiciones constitucionales, ni en relación con el artículo 363, numeral 5 de la Constitución de la República.

Cuarto, la Corte Constitucional ratificó el criterio constitucional, según el cual, las personas con VIH, por el hecho vivir con una condición de salud catastrófica, pertenecen a los grupos de atención prioritaria (contemplados en el artículo 35 de la Constitución de la República) y, por tanto, tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada. Sin embargo, la Corte debió agregar que la situación de riesgo permanente de estigma y discriminación es una razón adicional (además de la condición médica) para considerar a las personas que viven con VIH como sujetos de protección especial de acuerdo con el referido artículo constitucional. En este sentido, la Corte debió haber aclarado que cualquier indagación, que un empleador efectúe sobre un trabajador que atraviese circunstancias similares a las del señor N. N., debe ser realizada sin afectar al derecho a la confidencialidad y con el único propósito de salvaguardar los derechos

constitucionales (principalmente, la estabilidad laboral reforzada) del trabajador o trabajadora con VIH.

Quinto, la Corte Constitucional interpretó y aplicó el contenido del derecho a la igualdad y no discriminación en el análisis y declaración de la vulneración del derecho al trabajo. No obstante, la Corte Constitucional debió haber determinado la vulneración de este último derecho, no solo en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación, sino también en concordancia con los artículos 35 y 50 de la Constitución de la República, que establecen un trato preferente y prioritario para determinados grupos de personas, entre ellas, las que viven con VIH.

Y, sexto, la Corte Constitucional protegió los derechos laborales del señor N. N. a través de la medida de reintegro a su puesto de trabajo, pese a que él no fue separado de la institución policial antes de haber presentado la acción de protección (rechazada en ambas instancias), sino después de haber interpuesto la acción extraordinaria de protección. Además, la Corte Constitucional ordenó la devolución de todas las remuneraciones no pagadas, sin disponer la realización de un nuevo juicio para cuantificar el monto total de las remuneraciones. En este contexto, la Corte enriqueció su análisis apoyándose en el derecho a la dignidad humana (sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP, p. 43-44). De ahí que todos estos aspectos fueron totalmente adecuados desde el punto de la restitución de los derechos laborales del señor N. N.

Por otra parte, sin embargo, la sentencia N.º 016-16-SEP-CC contiene un elemento, que es claramente contrario a los derechos de confidencialidad e igualdad y no discriminación. En este sentido, no puedo dejar de señalar que la disposición de identificar a los miembros de la Policía Nacional que sean VIH positivos, dictada por la Corte Constitucional a título de garantía de no repetición, contraviene abiertamente los instrumentos internacionales de derechos de las personas que viven con VIH en el mundo laboral, así como la propia normativa nacional. Por lo expuesto, la Corte Constitucional perdió la oportunidad de dictar una regla jurisprudencial que habría permitido erradicar la práctica de exigencia de la prueba de VIH como un requisito para ingresar o permanecer en un puesto de trabajo.

Finalmente, sería adecuado que, en la medida de lo posible, la Corte Constitucional elimine de su vocabulario expresiones como “enfermos de SIDA” o “portadores de VIH”, porque estas frases tienen un potencial de estigma o victimización. La expresión recomendada es “persona que vive con VIH”, “personas que viven con VIH” e, incluso, “persona con VIH” o “personas con VIH”. El término “sida” (siempre

con minúsculas) debe reservarse para referirse al conjunto de síntomas o circunstancias médicas resultantes del debilitamiento del sistema inmunológico como consecuencia de la acción del VIH¹².

Lista de referencias

- Acuerdo Ministerial N.º 00001829*. Criterios de inclusión de enfermedades consideradas catastróficas, raras y huérfanas para beneficiarios del bono Joaquín Gallegos Lara. (2012, 27 de septiembre). Registro Oficial N.º 798.
- Acuerdo Ministerial N.º 398*. Prohíbese la terminación de las relaciones laborales por petición de visto bueno del empleador, por desahucio, o por despido de trabajadores y trabajadoras por su estado de salud que estén viviendo con VIH-SIDA. (2006, 27 de julio). Registro Oficial N.º 322.
- Acuerdo Ministerial N.º 82*. Normativa para la erradicación de la discriminación en el ámbito laboral. (2017, 16 junio). Registro Oficial N.º 16.
- Coalición Ecuatoriana de Personas que Viven con VIH (CEPVVS)
<http://www.coalicionecuatoriana.org/web/interna.php?c=1284>
- Constitución de la República*. (2008, 20 de octubre). Registro Oficial N.º 449.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 003-14-SIN-CC, caso N.º 0014-13-IN y acumulados N.º 023-13-IN y 028-13-IN.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 020-13-SEP-CC, caso N.º 0563-12-EP
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 080-13-SEP, caso N.º 0445-11-EP.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 292-16-SEP-CC, caso N.º 0734-13-EP.
- Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. (2010, 26 de noviembre de 2010).
- Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador*. (2015, 1 de septiembre).
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. (2009, 22 de octubre). Registro Oficial Suplemento N.º 52.
- Ley Orgánica Reformatoria a La Ley Orgánica de Salud, Ley 67*, para Incluir el Tratamiento de las Enfermedades Raras o Huérfanas y Catastróficas. (2012, 24 de enero). Registro Oficial N.º 625.
- Ministerio de Salud Pública. (2012). *Guía de atención integral para adultos y adolescentes con infección por VIH/sida*. <http://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2016/09/GUIA-AT.ADULTOS-VIH.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2007). *Directrices Internacionales sobre el VIH/sida y los Derechos Humanos de Naciones Unidas* (Versión Consolidada de 2006). ONU: Ginebra
- Organización Internacional del Trabajo. (2001). *Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre el VIH/sida y el mundo del trabajo*. OIT: Ginebra.
- Organización Internacional del Trabajo. (2010). *Recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo, 2010 (num. 200)*. OIT: Ginebra.
- Sistema de Protección de Derechos de las Personas Afectadas por el VIH (SPD); Red de Defensores de Derechos (RED); y, Coalición Ecuatoriana de Personas que Viven

¹² Sobre el uso del lenguaje relacionado con el VIH se puede revisar el sitio web de la Coalición Ecuatoriana de Personas que Viven con VIH (CEPVVS):
<http://www.coalicionecuatoriana.org/web/interna.php?c=1284>

con VIH/sida (CEPVVS).(2016). *Informe sobre Derechos humanos de las Personas Afectadas por el VIH en Ecuador: Desafíos para el Reconocimiento Real de los Derechos y la Justicia social.* Quito.