



**Defensoría
del Pueblo**
ECUADOR

El Desafío de ser diferentes es sentirnos semejantes

DEMANDA DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN

SEÑOR/A JUEZ/A DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE PICHINCHA

I. NOMBRE DE LOS LEGITIMADOS ACTIVOS. -

1. Harold Burbano, Director General Tutelar de la Defensoría del Pueblo, María Alexandra Almeida Unda, Directora Nacional de Derechos del Buen Vivir de la Defensoría del Pueblo, y César Andrés Pérez Chacón, Especialista Tutelar de la misma Dirección, conforme las acciones de personal que se adjuntan, comparecemos ante ustedes con el fin de interponer la siguiente Acción de Protección, de conformidad con los artículos 85.1, 86.1, 88 y 215 de la Constitución de la República del Ecuador, los artículos 39, 40 y 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,; en calidad de accionantes en virtud del artículo 9, literal b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que otorga a la Defensoría del Pueblo la legitimación activa para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales.

II. IDENTIFICACIÓN DE LA PERSONA AFECTADA. -

2. La persona afectada, por quien la Defensoría del Pueblo interpone la presente acción constitucional, es el señor [REDACTED] de [REDACTED], titular de la cédula de ciudadanía número [REDACTED], de 28 años de edad, funcionario público del Ministerio de Salud en el Hospital Gineco Obstétrico de Nueva Aurora Luz Elena Arizmendi, domiciliado y residente en la [REDACTED] de esta ciudad y cantón Quito, provincia de Pichincha, y dirección electrónica [REDACTED]

III. IDENTIFICACIÓN DE LA AUTORIDAD PÚBLICA O LEGITIMADO PASIVO. -

3. Las personas demandadas en la presente acción de protección son:

ATTENZA DF ECUADOR S.A, a través de su representante legal Sr. José Leonardo Jardim Da Silva.

IV. DESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN U OMISIÓN DE LA AUTORIDAD PÚBLICA QUE GENERA LA VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES. -

4. El Sr. [REDACTED] en el mes de febrero de 2016 presentó sus documentos a la empresa ATTENZA DUTY FREE DEL ECUADOR con el fin de ocupar la plaza laboral de cajero. Luego de un proceso de selección y entrevista fue favorecido para trabajar en el indicado puesto de trabajo, el cual lo iba a desempeñar en un local de la indicada empresa dentro del Aeropuerto Mariscal Sucre. La decisión de contratarlo le fue comunicada a [REDACTED] por parte del señor Carlos Vélez (quien estuvo a cargo de todo el proceso de selección). El señor Vélez requirió de [REDACTED] que se realice exámenes de sangre, orina y heces, en el laboratorio PREVEMEDIC, contratado por la empresa ATTENZA DUTY FREE DEL ECUADOR.
5. Antes de que [REDACTED] se entrevistase con el médico de la empresa, el señor Carlos Vélez recalcó que él debía ingresar a trabajar el viernes 11 de marzo. Luego, en el marco de la indicada entrevista (que duró aproximadamente dos horas), el referido médico le preguntó si tenía algún tipo de infección por transmisión sexual y si tomaba algún tipo de medicación continua. Ante lo cual, respondió que es una persona con VIH y que, por tanto, toma el correspondiente tratamiento antirretroviral.
6. Pese a que el Sr. Vélez le había indicado al Sr. [REDACTED] que iniciaría su trabajo el 11 de marzo de 2016, luego de que finalizó la entrevista, el señor Vélez indicó que le llamaría para ver si iniciaba o no el trabajo en la fecha acordada.
7. El 31 de marzo de 2016, la Dirección Nacional de Derechos del Buen Vivir, en cumplimiento al artículo 8 de la Resolución No. 058-DPE-CGAJ-2015 y en respuesta a la petición presentada por el señor [REDACTED] dio inicio a una gestión oficiosa. Esto se realizó, con la finalidad de realizar las acciones directas e inmediatas orientadas a solucionar la presunta afectación del derecho. Sin embargo, con esta gestión no se obtuvo una respuesta favorable por parte de la empresa requerida. No fue posible establecer un diálogo para abordar, a la luz de los derechos humanos, la denuncia presentada por el peticionario.

-2-44
del

8. Con la Providencia de Admisibilidad No. 001-2016-DPE-DGT-DNDBV-REM de fecha 13 de mayo de 2016 se dio inicio a una investigación defensorial y se solicitó al señor José Leonardo Jardim da Silva, en su calidad de Gerente General y representante legal de la CIA. ATENZA DUTY FREE QUITO – ECUADOR, los siguientes documentos e información: a) Reglamento de Atenza Duty Free Quito – Ecuador, debidamente aprobado por el Ministerio de Trabajo. b) Contrato celebrado entre Atenza Quito - Ecuador y la empresa que presta servicios de salud ocupacional, especialmente durante el proceso de contratación del personal. c) El estado actual de los procesos de selección de personal. d) Aviso de entrada y salida del personal contratado y desvinculado de Atenza Duty Free Quito Ecuador. Asimismo, se solicitó al señor Mario Serrano, en su calidad de Gerente de Seguridad de la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios, las solicitudes realizadas por la empresa ATENZA DUTY FREE QUITO -ECUADOR, para la obtención de la tarjeta de circulación aeroportuaria de sus empleados, en el transcurso de los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2016. En esta solicitud de información, se solicitó que se especifique las solicitudes ingresadas para personal nuevo.
9. En la foja 16 del expediente defensorial consta el escrito S/N, ingresado a la Defensoría del Pueblo el 23 de mayo de 2016, presentado por el Gerente General de ATENZA DUTY FREE QUITO - ECUADOR, en el que se da respuesta a la Providencia de Admisibilidad No. 001-2016-DPE-DGT-DNDBV-REM. En este documento se adjunta parte de la información solicitada y se señala: "(...) mi representada NO HA REALIZADO CONTRATACIÓN ALGUNA desde el mes de febrero del 2016 sino, que ha debido disminuir su personal durante todos estos meses."
10. En la foja 62 consta el escrito de respuesta suscrito por el Gerente de Seguridad de la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales, con el que se adjuntan las solicitudes para la obtención de la tarjeta de circulación aeroportuaria (en adelante TCA) realizadas por ATENZA DUTY FREE QUITO -ECUADOR para su personal.
11. En la foja 80, consta la solicitud de TCA de fecha 2 de mayo de 2016, suscrita por Carlos Velez, en representación de ATENZA DUTY FREE QUITO -ECUADOR, para la persona que ocuparía el cargo de cajera.
12. En la foja 168, consta la Providencia No. 002-2016-DPE-DGT-DNDBV-REM, de fecha 30 de mayo de 2016, mediante la cual se solicitó una vez más "el contrato de la persona o compañía que se encarga de llevar a cabo las entrevistas de salud durante el proceso de contratación del personal". Adicionalmente, se solicitó el informe o información respecto a la entrevista de salud realizada al peticionario [REDACTED] durante el proceso de selección y contratación de personal llevado a cabo por la compañía. En esa misma providencia, a la Dirección Nacional de Afiliación y Cobertura del IESS, el registro de afiliación y cobertura, esto es fecha de aviso de entrada, realizado por ATENZA DF ECUADOR S.A con RUC 1792378125001, de las siguientes personas: Palma Palma Aida Cecilia, Cardenas Mayorga Karla Esthela y Moreno Machuca Mabel Yajaira.
13. En la foja 191, consta el Oficio Nro. IESS-DNAC-2016-0053-OF de fecha 8 de junio de 2016, en el que consta que, en el mes de mayo de 2016, la empresa ATENZA DF ECUADOR S.A realizó tres registros de avisos de entrada. Entre estas personas se encuentran Aida Palma y Mabel Moreno, contratadas para ejercer el cargo de "cajeras". Todo esto en concordancia con las solicitudes de TCA previamente mencionadas.

V. DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE ESTÁN SIENDO VULNERADOS POR LA AUTORIDAD PÚBLICA. -

14. En el presente caso con las acciones de ATENZA DUTY FREE QUITO – ECUADOR se han vulnerado: El **derecho a la confidencialidad de la información de salud**, consagrado en los numerales 11, 19 y 20 del artículo 66, artículo 92 y artículo 362 de la Constitución de la República del Ecuador, **el derecho a la igualdad y no discriminación**, consagrado en el numeral 2 del Art. 11 y en el Numeral 4 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador y **el derecho al trabajo**, consagrado en el Art. 33, Art. 66, numeral 15, Art. 325 y Art. 329 de la Constitución de la República del Ecuador.

VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO

- a. El Derecho a la confidencialidad de la información [11] [CAPC2] de salud

15. Los numerales 11, 19 y 20 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador establecen:

Se reconoce y garantizará a las personas:

11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica.

19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

20. El derecho a la intimidad personal y familiar.

16. El artículo 92 de la Constitución de la República del Ecuador establece que:

Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

17. El artículo 362 de la Constitución de la República del Ecuador establece que:

La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.

Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.

18. El artículo 7 de la Ley Orgánica de Salud establece en su literal d) y f) que:

Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos:

d) Respeto a su dignidad, autonomía, privacidad e intimidad; a su cultura, sus prácticas y usos culturales; así como a sus derechos sexuales y reproductivos;

f) Tener una historia clínica única redactada en términos precisos, comprensibles y completos; así como la confidencialidad respecto de la información en ella contenida y a que se le entregue su epícrisis.

19. El artículo 1 de la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH-SIDA señala que:

Se declara de interés nacional la lucha contra el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA) para lo cual el Estado fortalecerá la prevención de la enfermedad; garantizará una adecuada vigilancia epidemiológica; y, facilitará el tratamiento a las personas afectadas por el VIH; asegurará el diagnóstico en bancos de sangre y laboratorios, precautelará los derechos, el respeto, la no marginación y la confidencialidad de los datos de las personas afectadas con el virus de Inmuno Deficiencia Adquirida (VIH).

20. El artículo 6 de la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH-SIDA establece que: *"Los médicos e instituciones de salud encargados de notificar guardarán con estricto cuidado la confidencialidad prevista en el artículo 1 de esta ley."*

21. El artículo 4 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente dispone que: *"Todo paciente tiene derecho a que la consulta, examen, diagnóstico, discusión, tratamiento y cualquier tipo de información relacionada con el procedimiento médico a aplicársele, tenga el carácter de confidencial."*

22. En virtud de esto, la Constitución del Ecuador establece una protección de la confidencialidad de todas las personas, independientemente de que estas vivan o no con VIH. Además, el artículo 92 protege los denominados "datos sensibles", que, al contener información delicada e importante, requieren de medidas adicionales de seguridad para su archivo. Estas medidas son necesarias para las bases de datos de enfermedades que tengan las personas, entre estas, el diagnóstico de VIH.

23. En el marco jurídico internacional tenemos una serie de declaraciones, acuerdos y compromisos en materia de VIH/SIDA y derechos humanos que enuncian aspectos básicos de derechos que debemos promover, respetar y proteger en aras de garantizar una vida digna a las personas que viven con VIH o SIDA y que todo Estado democrático está obligado a reconocer.

24. Por esta razón, el derecho a la confidencialidad se encuentra reconocido en la Constitución ecuatoriana, en los instrumentos internacionales y en la legislación del Ecuador. Este derecho tiene por objeto, evitar que terceras personas (naturales o jurídicas) conozcan o utilicen información personal sobre la salud de las personas que, en el caso del VIH, constituye un dato sensible que puede desembocar en situaciones de discriminación. Por esta razón, amerita medidas de seguridad para impedir su uso ilegítimo.
25. En el presente caso, se puede observar que por disposición del artículo 11 del Reclamo Interno de la Compañía ATENZA, se procedió a la realización de exámenes de sangre al señor [REDACTED]. El médico de seguridad ocupacional no podía irrespetar la dignidad y autonomía del Sr. [REDACTED] Quintero. Por esta razón, el profesional de salud debía, primero, obtener el consentimiento informado antes de administrar las pruebas médicas. Sin embargo, la persona no tenía conocimiento de los exámenes a los que se le iba a someter y tampoco se puede solicitar a los aspirantes a puestos de trabajo, pruebas o información sobre VIH e infecciones de transmisión sexual.
26. De igual forma, se puede evidenciar que se vulneró el derecho del Sr. [REDACTED] a que los datos sobre su estado de VIH, sean manejados de forma anónima y confidencial. El médico que estaba a cargo de las entrevistas médicas a las personas que se encontraban dentro del proceso de selección para la contratación, Dr. Nicolás Olmedo, preguntó al peticionario si tenía algún tipo de infección por transmisión sexual y si tomaba algún tipo de medicación continua. Esta pregunta no debía haber sido efectuada en virtud del derecho a la confidencialidad, intimidad y privacidad, ya que la información que se pretendía obtener de la misma, no es relevante para la contratación del individuo en la compañía en cuestión. Ni siquiera por razones de seguridad y salud en el trabajo.
27. A pesar de que el Sr. [REDACTED] no se encontraba obligado a revelar su estado de VIH, lo hizo e indicó que tomaba el correspondiente tratamiento antirretroviral. Una vez que finalizó la entrevista médica, el médico, Dr. Nicolás Olmedo, mantuvo una reunión a puerta cerrada con uno de los funcionarios de Talento Humanos de la CIA. ATENZA, el Sr. Carlos Vélez, quien con posterioridad a la reunión, manifestó a [REDACTED] que espere la llamada que ellos le confirmarían la contratación. Todo esto, a pesar de que días antes ya le habían confirmado que ingresaría a trabajar dentro de la CIA.
28. Ante esto, es necesario aclarar que el médico ocupacional no podía informar o comunicar el estado de VIH (positivo o negativo) de sus pacientes, a otras personas sin la autorización expresa de estos. Asimismo, la información obtenida de sus evaluaciones médicas tenía que ser mantenida en confidencialidad y podía ser cedida exclusivamente si se contaba con la aprobación y visto bueno del Sr. [REDACTED]. La omisión de estas obligaciones de guardar la privacidad y confidencialidad de los datos de salud y del estado de VIH de [REDACTED] desencadenó en el inicio de acciones discriminatorias que afectaron el goce y ejercicio de derechos del mismo.

b. El derecho a la igualdad y no discriminación

29. El Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, establece, en su numeral 2 que:

Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

30. El Numeral 4 del Art. 66 establece que: *"Se reconoce y garantizará a las personas: 4) Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación"*.
31. En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su artículo 2: *"Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición [...]"*
32. El estado ecuatoriano ha suscrito el Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación, en materia de empleo y ocupación en Ginebra el 25 de junio de 1958. Este Convenio fue ratificado en el Registro Oficial 219 de fecha 30 de julio de 1962.
33. El artículo 2 del Convenio 111 OIT establece que:

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

34. Que el artículo 10 de la "Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos" dispone que los Países Miembros de la Comunidad Andina:

Reafirman su decisión de combatir toda forma de racismo, discriminación, xenofobia y cualquier forma de intolerancia o de exclusión en contra de individuos o colectividades por razones de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, orientación sexual, condición migratoria y por cualquier otra condición; y, deciden promover legislaciones nacionales que penalicen la discriminación racial.

35. El Estado Ecuatoriano a más de ser signatario de tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos anteriormente señalados, ha adquirido compromisos internacionales específicos en materia de VIH/SIDA; en agosto del 2001 con "La Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH-SIDA"; y, las "Directrices Internacionales de las Naciones Unidas contra el VIH-SIDA y los Derechos Humanos" en septiembre del 2002.
36. El artículo 7 de la Ley Para la Prevención y Asistencia Integral del VIH/SIDA dispone que: *"Ninguna persona será discriminada a causa de estar afectada por el VIH/SIDA o fallecer por esta causa."*
37. Todos los seres humanos somos iguales en dignidad y derechos. La Constitución, las leyes y las normas que se encuentran en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no sólo protegen los derechos a la igualdad y a la no discriminación, también, son derechos humanos garantizados en nuestro país.
38. Desde el apareamiento de la epidemia del VIH, con los primeros diagnósticos se dieron las primeras violaciones a los derechos de las personas con VIH. Conforme aumentaba la epidemia, la discriminación se extendió a todos ámbitos como el laboral, educativo, comunitario y familiar, entre otros. La asociación entre epidemia del VIH con conductas supuestamente irresponsables, cuestionables o con minorías étnicas, provocó el aumento y profundización de actitudes discriminatorias y de estigma hacia las personas con VIH y, por ende, de violaciones a sus derechos, por parte de una sociedad poco informada y prejuiciada.
39. La vulneración de derechos de las personas con VIH en el Ecuador apareció con la epidemia en la década de los 80s del siglo pasado, sobre todo por el desconocimiento y la desinformación en torno al VIH y por ser una epidemia que, inicialmente, afectó, de mayor manera, a las personas LGBTIQ (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans (Travestis, Transgéneros y Transexuales), Intersexuales y Queer) y a las personas que realizaban trabajo sexual. Estas personas, y todas aquellas que contrajeron el virus del VIH, fueron objeto de violaciones de derechos, que se han producido en los ámbitos de salud, trabajo y educación. Por lo general, estas vulneraciones han estado relacionadas con situaciones de discriminación y estigmatización hacia las personas que viven con VIH, lo cual ha dificultado una respuesta efectiva a la epidemia debido a que mientras más oculta esta esté, más difícil será realizar las acciones para controlarla.
40. Por estas razones, las personas con VIH se encuentran en alto riesgo de ser sujetos de discriminación. Ante esto, la Constitución del Ecuador, así como instrumentos internacionales, específicamente relacionados con el VIH, han establecido un tratamiento especial y preferente para los mismos. Así se estipula en los artículos 35 y 50 de la Constitución del Ecuador, en los cuales se garantiza una atención especializada y prioritaria a favor de las personas que tienen condiciones de salud catastróficas o de alta complejidad.
41. Además, el artículo 11 numeral 9 la Constitución del Ecuador (2008) determina que *"El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución"*; y, el artículo 3 numeral 1 de la misma Carta Magna indica que es un deber primordial del Estado *"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 habitantes"*, entre los cuales se encuentran incluidas las personas que viven con VIH. De igual manera, este grupo humano es nombrado en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución del Ecuador. Por lo que estas personas no podrán ser discriminadas por ningún motivo y en ningún ámbito.
42. A pesar de contar con una Constitución muy garantista de los derechos y otras normas jurídicas como leyes, reglamentos y acuerdos ministeriales que directamente prohíben y condenan todo tipo de discriminación o vulneración de otros derechos de las personas afectadas por el VIH; de los esfuerzos, voluntad política y acciones de los actores involucrados en la respuesta a la epidemia, tanto públicos como de sociedad civil, aún se dan situaciones de vulneraciones a los derechos de las personas con VIH.
43. Los reportes de Asesoría Legal de la CEPVVS y de la Red de defensores de derechos del Sistema de protección de derechos de las personas afectadas por el VIH han identificado algunas situaciones comunes o "estándares" de vulneración de derechos de las personas con VIH durante este tiempo en el Ecuador.
44. En el caso en cuestión, se puede evidenciar que se presentaron situaciones discriminatorias desde el momento en que se sometió al peticionario a exámenes de sangre en el proceso de contratación. En ningún momento, los representantes de ATENZA QUITO ECUADOR justificaron la necesidad de la realización de

4-049
EP

estos exámenes para el ejercicio de la profesión de cajero. Posteriormente, el médico realizó la pregunta relativa a si el peticionario tenía una enfermedad de transmisión sexual. Se presume que esta pregunta tenía como fin diferenciar o separar a los candidatos que tengan estas enfermedades del proceso de contratación de personal. Todo esto, a pesar de que la normativa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano prohíbe expresamente tratos diferenciados que tengan como objeto o resultado el limitar o anular el reconocimiento y goce de derechos humanos.

45. Una vez que los directivos de la empresa conocieron el estado de VIH positivo del peticionario, procedieron a discriminarlo, en base a prejuicios o estereotipos. La supuesta argumentación dada por ATENZA QUITO ECUADOR, en la que se establece que: *"la compañía ha reducido personal como consecuencia de la compleja realidad económica que a todos nos ocupa y que ha obligado a utilizar de la mejor manera posible los recursos disponibles"*, se contradice con la información proporcionada por la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios de Quito Ecuador. Esta empresa informó a esta Dirección que ATENZA QUITO ECUADOR entregó solicitudes de tarjetas nuevas para que nuevos funcionarios puedan circular por el Aeropuerto de Quito. Esto evidencia la contratación de dos señoritas para ocupar el puesto al que el señor [REDACTED] se encontraba aplicando. Asimismo, esta información fue convalidada por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, quienes confirmaron las fechas de ingreso de las personas contratadas por ATENZA. Estas personas fueron contratadas en el periodo en el que los representantes de la compañía aseguraron que no se realizaron nuevas contrataciones.
46. Ante esto se concluye estableciendo que los artículos 10 y 11 del Reglamento Interno de ATENZA facultan a realizar cualquier tipo de examen en la denominada etapa de reclutamiento, sin que, luego de esto, la empresa tenga la obligación de contratar a una persona VIH positiva que pasó por todos estos exámenes. Todo lo cual se presta a la discriminación. Tal fue el caso de [REDACTED]. Un Reglamento Interno de Trabajo no puede irse en contra de los principios y derechos a la igualdad y no discriminación, contemplados en la Constitución de la República y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. El artículo 424 de la Constitución establece que esta norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Asimismo, las normas deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. Por lo tanto, no se pueden exigir exámenes médicos cuya obligatoriedad no esté contemplada en la normativa jurídica y que son de realización optativa.
47. El Gerente General de la CIA. ATENZA DUTY FREE QUITO ECUADOR debía probar que, debido a un interés fundamental, correctamente justificado y sustentado, tomó la decisión de excluir a [REDACTED] perteneciente a un grupo históricamente desventajado, por ser una persona portadora de VIH, de la posibilidad de pertenecer a su empresa. En los oficios, jamás justifica que se produjo la exclusión por motivo de medidas de seguridad y salud propias de las actividades que el mencionado señor iba a ejercer como cajero en el aeropuerto. En la actualidad, se ha demostrado que las personas portadoras de VIH pueden ejercer todo tipo de profesión por la libertad de elección del trabajo y porque no existe ninguna justificación de índole de seguridad y salud que motive la exclusión de estas personas de profesiones vinculadas a la atención al público en general. Por lo que en este caso, no se ha justificado la excepción del interés fundamental que no permitió la contratación de [REDACTED] persona que por portar el VIH pertenece a una minoría que ha sido históricamente excluida, y se ha evidenciado que ha existido discriminación por haberse tratado a este ser humano de una manera diferente a la que se lo hubiese hecho si esta persona no portaría este virus.

c. El derecho al trabajo

48. El artículo 33 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce 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."
49. El artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador señala en su numeral 15 que: *"Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental."*
50. El artículo 325 de la Constitución de la República del Ecuador señala que: *"El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores."*
51. El artículo 329 de la Constitución de la República del Ecuador determina que *"Los procesos de selección, contratación y promoción laboral se basarán en requisitos de habilidades, destrezas, formación, méritos y capacidades. Se prohíbe el uso de criterios e instrumentos discriminatorios que afecten la privacidad, la dignidad e integridad de las personas."*

52. El Art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
53. El Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina que los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar. Este derecho comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y se tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.
54. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 6 establece que:
 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
 2. Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico - profesional.
55. En el Convenio número 168 de la OIT, de 1988, en el preámbulo establece:

(...) la importancia del trabajo y del empleo productivo en toda la sociedad, en razón no sólo de los recursos que crean para la comunidad, sino también de los ingresos que proporcionan a los trabajadores, del papel social que les confieren y del sentimiento de satisfacción personal que les infunden.
56. La Observación General No. 18 del Comité de Derechos Económico, Social y Culturales de Naciones Unidas, con relación al derecho al trabajo, en el numeral 6, establece *"El derecho al trabajo es un derecho individual que pertenece a cada persona, y es a la vez un derecho colectivo. Engloba todo tipo de trabajo, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario (...)."*
57. Del análisis del artículo 6 del PIDESC se entiende que el derecho a trabajar comprende *"el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo"*. Aquí queda identificado el elemento crucial de esta norma de derechos humanos, que es la oportunidad de ganarse la vida. Por lo tanto el trabajo como norma de derechos humanos no debe interpretarse como un medio para tener un nivel de vida adecuado -puesto que el mismo está garantizado por otro derecho humano-, sino como un medio para ganarse dicho nivel de vida.
58. Se entiende entonces que la obligación genérica del Estado en virtud del derecho a trabajar incluye su obligación a respetar, proteger y satisfacer el derecho de cada persona de acceder al trabajo para ganarse la vida y la obligación de garantizar que este trabajo pueda escogerse o aceptarse, libremente. Esto significa, por ejemplo, que el estado no debe aniquilar la oportunidad de una persona de ganarse la vida (obligación de respetar). Los estados deben evitar que esta oportunidad sea aniquilada por terceros (obligación de proteger). Los estados deben brindar la oportunidad de ganarse la vida a cada persona que actualmente carezca de dicha oportunidad (obligación de satisfacer). Asimismo, en la medida de lo posible deben satisfacerse las preferencias de las personas en cuanto al tipo de trabajo que realizan.
59. La discriminación de las personas portadoras de VIH en el ámbito laboral, es una de las discriminaciones más frecuentes que sufren estas personas. Este tipo de discriminación la excluye del acceso a puestos de trabajo, y en caso de que ya se encuentre laborando, implica acoso hacia esta persona, con el fin de obtener su renuncia o su despido intempestivo. Esto ha dejado a muchas personas con VIH en desamparo y vulnerabilidad.
60. No todas las legislaciones contienen disposiciones específicas sobre discriminación laboral en temas de VIH/SIDA. En algunas legislaciones, se prohíbe, de manera general, toda discriminación laboral contra cualquier trabajador portador de VIH o enfermo de SIDA. En otras legislaciones, solo se tienen prohibiciones de despido o desmejora de las condiciones de trabajo. Otros ordenamientos jurídicos establecen que ningún empleador está autorizado a solicitar certificaciones médicas a sus trabajadores con el fin de que estos conserven o accedan a un puesto de trabajo. Sin embargo, los despidos o separaciones motivadas por la sospecha o certeza de que una persona sea portadora de VIH o enferma de SIDA, son una realidad.
61. La Corte Constitucional Colombiana señala, como un avance en materia de derechos laborales de las personas portadoras de VIH y enfermas de SIDA, que estas gozan de un principio de estabilidad laboral reforzada. Por esta razón, estas personas tienen una especial protección, debido a la fuerte carga discriminatoria que socialmente han tenido que soportar en sus relaciones de trabajo.
62. Esta estabilidad laboral reforzada, tal como lo ha entendido la Corte Constitucional colombiana y conforme lo incorpora la Corte Constitucional Ecuatoriana en la sentencia No. 080-13-SEP-CC del CASO No. 0445-11-EP, tiene como objetivo:

-S-Una.
El

(...) asegurar que las personas que ostentan una condición de debilidad, gocen del derecho a la igualdad real y efectiva, que se traduce en materia laboral, en la garantía de permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación cuando ello sea del caso, y conforme con la capacidad laboral del trabajador. [1]

63. El objetivo de la estabilidad laboral reforzada es asegurar que las personas que ostentan una condición de debilidad manifiesta como es portar VIH o encontrarse enfermo de SIDA, gocen del derecho a la igualdad real y efectiva prevista en la Constitución de la República, y que en materia laboral se traduce en la garantía de permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación, cuando ello sea del caso.
64. En la sentencia No. 080-13-SEP-CC del CASO No. 0445-11-EP, la Corte Constitucional del Ecuador considera que, a pesar de que no es una condición absoluta que un empleador no pueda dar por terminada una relación laboral con un trabajador portador de VIH o enfermo de SIDA, se exige una carga argumentativa y probatoria mayor, a cargo del empleador, que justifique de manera razonable y suficiente ante autoridad competente que una presunción prima facie de la vulneración de derechos en este tipo de casos específicos, no es tal. Es decir, que la separación de sus funciones no obedece a una situación de enfermedad del trabajador, lo cual sería abiertamente inconstitucional.
65. Por esta razón, al no haberse dado por parte del empleador, CIA. ATENZA DUTY FREE QUITO ECUADOR, una razón objetiva suficiente que desvirtúe la presunción de inconstitucionalidad a la que se encuentra sometida una decisión de exclusión de una persona por ser portadora de VIH o enferma de SIDA, la exclusión basada en esta causa devino en inconstitucional porque no se justificó la razón por la que se dio la exclusión laboral del peticionario.

DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA

66. EL artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: *"El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."*
67. En el caso en estudio, es necesario recordar que la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado que se exige una carga argumentativa y probatoria mayor, a cargo del empleador, que justifique de manera razonable y suficiente ante autoridad competente que una presunción prima facie de la vulneración de derechos en este tipo de casos específicos, no es tal.

VI. CONFIGURACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS INDISPENSABLES PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

68. El Art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece los requisitos para la admisión de una Acción de Protección, las que en el presente caso se generan por las siguientes circunstancias:

- a. **Violación de un derecho constitucional:** ATENZA DUTY FREE QUITO ECUADOR ha vulnerado los derechos a la confidencialidad y privacidad del estado de VIH, a la no discriminación y al trabajo de [REDACTED]
- b. **Procedencia de la acción:** La acción procede porque se la interpone contra una persona jurídica privada que cometió un acto discriminatorio a través de sus funcionarios y empleados.
- c. **Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado:** No existen otros mecanismos de defensa judicial para reparar las vulneraciones al derecho a la confidencialidad y privacidad del estado de VIH, la no discriminación pre contractual y el derecho al trabajo del Sr. [REDACTED]. Esto se corrobora con el pronunciamiento jurídico contenido en el Oficio S/N y sin fecha, ingresado a la Defensoría del Pueblo el 04 de abril de 2018, suscrito por la Abg. Síndel Vinueza Jarrín, Coordinadora General de Asesoría Jurídica, Dr. Edgar Punguil y Abg. Andrés Oleas Uvidía, funcionarios del Ministerio del Trabajo, ingresado a la Defensoría del Pueblo en el que, en su parte pertinente, se indica lo siguiente:

"(...) Conforme a la normativa sustantiva vigente ecuatoriana, la competencia en la rectoría del trabajo y todas las aristas que esto conlleva, las tiene esta Cartera de Estado, respecto de la situación jurídica anterior a la relación laboral, no existe normativa que determine dicha competencia y rectoría a este Ministerio del Trabajo (...)"

Por lo tanto, se evidencia que no existen otros mecanismos para la defensa que sean adecuados y eficaces para la protección de los derechos vulnerados al Sr. [REDACTED]

Asimismo, la sentencia No. 001-16-PJO-CC del CASO N.º 0530-10-JP que, en la parte de JURISPRUDENCIA VINCULANTE, dice:

"Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca

de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido."

VII. PETICIÓN CONCRETA

69. Por los antecedentes expuestos, solicitamos a usted señor/a Juez/a que acepte la presente Acción de Protección, mediante Sentencia, en términos del Art. 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, resuelva como medidas de reparación integral lo siguiente

a. **Medidas de Satisfacción.**- Se disponga a ATENZA DUTY FREE QUITO ECUADOR que procedan a tomar las siguientes medidas pertinentes para reparar las afectaciones a los derechos del Sr. [REDACTED]

- Que se declare que se han vulnerado los derechos a la privacidad, confidencialidad, igualdad y no discriminación del Sr. [REDACTED] y que realice disculpas públicas guardando la debida confidencialidad y privacidad de los datos personales del Sr. [REDACTED]
- Que se disponga la realización de más talleres y capacitaciones a las y los trabajadores y personal directivo de ATENZA DUTY FREE DEL ECUADOR en materia de derechos humanos, específicamente, en temas de derechos de las personas que viven con VIH. Los talleres que se llevaron a cabo en el seguimiento de cumplimiento de la resolución defensorial fueron dos talleres seguidos de 2 horas cada uno, según lo indicado en el informe que consta en la foja 251 del expediente defensorial.
- Reformar el reglamento interno de ATENZA para que no se pida información o pruebas de VIH y de ITS a las y los aspirantes a puestos de trabajo dentro de la empresa.
- Elaboración y aplicación de protocolos de medicina y salud ocupacional en ATENZA DUTY FREE DEL ECUADOR que establezcan que, en ningún momento, se podrá solicitar información relacionada con el VIH o infecciones de transmisión sexual tanto para ingresar a trabajar, como para permanecer en el puesto de trabajo. Estos protocolos deben impedir la comunicación de la información médica confidencial de las personas por parte del médico o personal de salud ocupacional de la empresa a los directivos y/u otros funcionarios de la empresa.
- Reformar el reglamento interno de trabajo de ATENZA DUTY FREE DEL ECUADOR para que se incorpore como "falta grave" el divulgar información confidencial y personal de los aspirantes, trabajadores y personal directivo de la empresa ATENZA DUTY FREE DEL ECUADOR tanto dentro de la empresa como fuera de ella. [CAPC3]
- Iniciar procesos internos y externos para sancionar a los responsables de la divulgación de la información confidencial del Sr. [REDACTED]

VIII. DOCUMENTOS DE PRUEBA

70. Con la finalidad de demostrar la vulneración de los derechos antes mencionados, adjuntamos la siguiente documentación que prueba nuestros argumentos de hecho y de derecho:

- Anexo 1. El escrito presentado por el Gerente General de ATENZA DUTY FREE QUITO - ECUADOR, en el que se da respuesta a la Providencia No. 001-2016-DPE-DGT-DNDBV-REM. En este documento se adjunta parte de la información solicitada y en este se señala "(...) mi representada NO HA REALIZADO CONTRATACIÓN ALGUNA desde el mes de febrero del 2016 sino, que ha debido disminuir su personal durante todos estos meses."
- Anexo 2. El escrito de respuesta suscrito por el Gerente de Seguridad de la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales, con el que se adjuntan las solicitudes para la obtención de la tarjeta de circulación aeroportuaria (en adelante TCA) realizadas por ATENZA DUTY FREE QUITO -ECUADOR para su personal.
- Anexo 3. La solicitud de TCA de fecha 2 de mayo de 2016, suscrita por Carlos Vélez, en representación de ATENZA DUTY FREE QUITO -ECUADOR, para la persona que ocuparía el cargo de cajera.
- Anexo 4. El Oficio Nro. IEES-DNAC-2016-0053-OF de fecha 8 de junio de 2016, en el que consta que, en el mes de mayo de 2016, la empresa ATENZA DF ECUADOR S.A realizó tres registros de avisos de entrada. Entre estas personas figura la persona contratada para ejercer el cargo de "cajera". Todo esto en concordancia con las solicitudes de TCA previamente mencionadas.
- Anexo 5. La Resolución de Sanción de la Inspección No. MDT-DRTSP2-2017- 1080-R4-I-FS de fecha 17 de marzo de 2017, en la que la Dra. Yomayra Liliana Méndez Enríquez, Directora Regional del Trabajo, resuelve:

"(...) el campo de acción de esta Cartera de Estado (...) se subsume a las relaciones jurídicas laborales"

- Anexo 6. El Informe de Inspección realizada a la Empresa Atenza Duty Free del Ecuador S.A, por parte del Ministerio del Trabajo en el que se establece, en su parte pertinente que:

"(...) No se emiten Certificados Médicos de Aptitud, según información del Médico Ocupacional Dr. Saulo

Nicolás Olmedo Palacios, se comunica a RRHH, el estado de aptitud de los trabajadores postulantes a algún cargo por vía telefónica, y se consigna la aptitud del trabajador en la Historia Clínica Ocupacional, incumpliendo lo estipulado en el articulado Nro...(4) inscrito bajo el Art. 156, concordante con el Art. 11 numeral 5 literal a) del Acuerdo Ministerial 1404.

(...) La Aptitud Médica de cada trabajador, se encuentra consignada en la última parte de la Historia Clínica Ocupacional, sin embargo esta Aptitud Médica, debe ser transmitida al Departamento de RRHH, para la contratación del personal postulante o a su vez para que algún trabajador continúe en funciones, con o sin alguna indicación de limitaciones, restricciones, reasignación de tareas o a su vez indicación de necesidad de Reubicación laboral; para lo cual se debe entregar a RRHH, un Certificado Médico de Aptitud, que deberá contener toda esta información omitiendo temas de salud como lo son Diagnósticos o condiciones médicas, de los postulantes o trabajadores, por respeto al derecho a la confidencialidad que tiene todo trabajador; según lo expresado por el profesional médico de la empresa ATENZA DUTY FREE ECUADOR S.A., la aptitud del postulante o del trabajador se la realiza por vía telefónica, lo que no es válido en términos de cumplimiento de gestión de Salud Ocupacional, ya que se considera tal acción como informal y denota una falta de implementación de una metodología o procedimiento, para realizar dicha gestión; adicionalmente el Certificado Médico de Aptitud, es una evidencia auditable, que respalda la gestión realizada por el personal médico y de RRHH, en el Análisis y clasificación de puestos de trabajo, para seleccionar el personal, en base a la valoración de los requerimientos psicofisiológicos de las tareas a desempeñarse."

- Anexo 7. el Oficio S/N y sin fecha suscrito por la Abg. Sindel Vinuesa Jarrín, Coordinadora General de Asesoría Jurídica, Dr. Edgar Punguil y Abg. Andrés Oleas Uvidia, funcionarios del Ministerio del Trabajo, ingresado a la Defensoría del Pueblo el 4 de abril de 2018, en el que, en su parte pertinente, se indica lo siguiente:

"(...) Conforme a la normativa sustantiva vigente ecuatoriana, la competencia en la rectoría del trabajo y todas las aristas que esto conlleva, las tiene esta Cartera de Estado, respecto de la situación jurídica anterior a la relación laboral, no existe normativa que determine dicha competencia y rectoría a este Ministerio del Trabajo (...)"

IX. DECLARACIÓN

71. Declaramos que no hemos planteado otra garantía constitucional por las mismas acciones, contra las mismas personas y con la misma pretensión.

X. CITACIONES Y NOTIFICACIONES

72. Al Sr. José Leonardo Jardim Da Silva, GERENTE GENERAL DE ATENZA DUTY FREE ECUADOR S.A se le citará en el Nuevo Aeropuerto Internacional de Quito, Tababela S/N, Edificio 2, Cuarto piso, Oficina 416. También se le citará en la casilla judicial 5018 del Palacio de Justicia.
73. Notificaciones que nos correspondan, en función de lo previsto en el Art. 8 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se recibirán en los correos electrónicos haburbano@dpe.gob.ec, malmeida@dpe.gob.ec y caperez@dpe.gob.ec y subsidiariamente, en la casilla judicial No. 988 del Palacio de Justicia de Quito.

Sírvase proveer conforme lo solicitado.



Harold Burbano

Director General Tutelar



Marja Alexandra Almeida Unda

Directora Nacional de Derechos del Buen Vivir



César Andrés Pérez Chacón

César Andrés Pérez Chacón

7. siete. Jf



FUNCIÓN JUDICIAL

REPÚBLICA DEL ECUADOR
Sorteos Penal Complejo Judicial Norte
QUITO

Ingresado por: WILMER.CALERO

ACTA DE SORTEO

Recibido en la ciudad de Quito el día de hoy, viernes 15 de marzo de 2019, a las 09:14, el proceso Constitucional, Tipo de procedimiento: Garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales por Asunto: Acción de protección, seguido por: [REDACTED] en contra de: Attenza Df Ecuador S.A. Representada Por el Sr. José Leonardo Jardim Da Silva.

Por sorteo de ley la competencia se radica en la TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN LA PARROQUIA QUITUMBE DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA, conformado por los/las Jueces/Juezas: Dr. Lana Velez Fausto (Ponente), Doctor Bonilla Morales Adrian Francisco, Juan Tenesaca Atupaña. Secretaria(o): Martínez Barreno Carla del Pilar.

Proceso número: 17240-2019-00010 (1) Primera Instancia

Al que se adjunta los siguientes documentos:

- 1) PETICIÓN INICIAL (ORIGINAL)
- 2) ANEXA 5 FJS (COPIA SIMPLE)
- 3) ANEXA 77 FJS (COPIAS CERTIFICADAS/COMPULSA)

Total de fojas: 82

WILMER GIOVANNY CALERO CAMACHO
Responsable de sorteo

-20-
vacante.
Jef



El desafío de ser diferentes, es sentirnos semejantes

SEÑORES JUECES DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN LA PARROQUIA QUITUMBE DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA

Causa: 17240201900010

Jueces Ponentes: LANA VELEZ FAUSTO, BONILLA MORALES ADRIAN FRANCISCO.

Harold Burbano, Director General Tutelar de la Defensoría del Pueblo y María Alexandra Almeida Unda, Directora Nacional de Derechos del Buen Vivir de la Defensoría del Pueblo, César Andrés Pérez Chacón, Especialista Tutelar 1 de la Dirección Nacional de Derechos del Buen Vivir, dentro de la Acción Constitucional de Acción de Protección, signada con el número **17240201900010**, ante ustedes, con el debido respeto, comparecemos decimos y solicitamos:

Acusamos recibo de la Sentencia constitucional de fecha 08 de abril de 2019, a las 16:08, a la cual dentro del término legal, en conformidad con el art. 94 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, interponemos recurso horizontal de ampliación en los siguientes términos:

PRIMERO. - Señores Jueces, el art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador establece que:

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

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

Así mismo, el artículo 11 numeral 3 señala que *“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se*

exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento."

En tal virtud, ha de advertirse que la Sala, al conocer la presente acción constitucional, debía aplicar de oficio o a petición de parte de manera directa la Constitución.

Entendiéndose por tanto que acorde establecen los arts. 75 y 76 numeral 7 de la Constitución, este Tribunal debía garantizar los principios básicos de tutela efectiva y debido proceso, primordialmente los consagrados en los literales k) y l) del ibidem: so pena incluso de las sanciones estatuidas en el art. 107 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Sin embargo, de forma superflua, se ha emitido la sentencia antes citada, sin tomar en consideración los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el libelo inicial de la acción constitucional, y de las pruebas aportadas durante la tramitación de la causa.

Aserto que se realiza, pues en la especie, este tribunal ha emitido el depuesto laudo, sin realizar pronunciamiento alguno sobre los razonamientos expuestos por la Defensoría del Pueblo, en los que se evidenció que:

- 1) Se realizaron exámenes médicos que no tenían sustento en requisitos y estándares de seguridad y salud, por lo que se presume que los mismos se realizaron con fines discriminatorios y buscaban la exclusión de aspirantes con enfermedades de transmisión sexual.
- 2) ATENZA DF ECUADOR S.A. fue sancionada por la Dirección Regional del Trabajo y Servicio Público por no tener el número de trabajadores con discapacidad señalado por el Código del Trabajo y la Ley Orgánica de Discapacidades. Otro hecho que evidencia la discriminación y exclusión de personas pertenecientes a categorías sospechosas establecidas en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República.
- 3) No se analiza que el Informe de Inspección realizada a la Empresa Atenza Duty Free del Ecuador S.A. por parte del Ministerio del Trabajo, se establece claramente que no se emiten Certificados Médicos de

- 21 -
Verute y otros
del



El desafío de ser diferentes, es sentirnos semejantes

Aptitud, según la información consignada por el Médico Ocupacional, Dr. Saulo Nicolás Olmedo Palacios. Este mismo profesional indicó a los funcionarios del Ministerio del Trabajo que realizaron la inspección que se comunica a RRHH de Attenza Duty Free del Ecuador S.A, el estado de aptitud de los trabajadores postulantes a algún cargo, **por vía telefónica**, y se consigna la aptitud del trabajador en la Historia Clínica Ocupacional Asimismo, en este informe se concluye que **la comunicación de la aptitud del postulante o del trabajador se realiza por vía telefónica**, lo que no es válido en términos de cumplimiento de gestión de Salud Ocupacional, ya que se considera tal acción como informal y denota una falta de implementación de una metodología o procedimiento, para realizar dicha gestión. Asimismo, esta acción permitió que el Sr. Médico Ocupacional, Dr. Saulo Nicolás Olmedo Palacios, informe al funcionario responsable del Dpto. de Recursos Humanos de ATENZA DF ECUADOR S.A. que el Sr. [REDACTED] era una persona con VIH y por esta razón, se excluyó al mismo y no se le permitió el ingreso al puesto de trabajo de cajero en ATENZA DF ECUADOR S.A.

- 4) No se analizó que en el mes de mayo de 2016 se realizó la contratación de otra persona al cargo de cajero/a en ATENZA DF ECUADOR S.A. Esto se realizó a pesar de que se estableció que el Sr. [REDACTED] estaba "apto para ejercer el cargo, sin restricciones" y sorprende que la compañía haya invertido recursos, dinero y tiempo en el proceso de selección de otra persona para el cargo de cajera cuando ya había realizado todos estos exámenes y proceso de entrevistas al Sr. [REDACTED]. Con esto se confirma, nuevamente, que se excluyó al mismo del ingreso a la compañía ATENZA DF ECUADOR S.A. en razón de su estado de VIH.

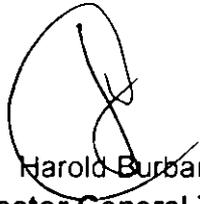
PEDIDO EN LO PRINCIPAL: Por lo expuesto, amparados en los estipulado en el Art. 11 numeral 5 de la Constitución de la República, y el art. 94 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de la forma más comedida y respetuosa, solicitamos a ustedes señores jueces, se dignen ampliar la sentencia antes referida, pronunciándose de forma motivada sobre los derechos y principios constitucionales que resguardan los derechos a la seguridad jurídica, a la motivación, al trabajo, a la igualdad y no discriminación y a la confidencialidad y privacidad

-21-04a
del

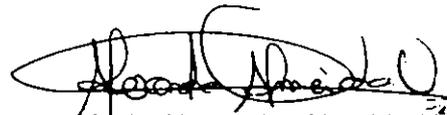
SEGUNDO: Notificaciones que nos correspondan en la presente acción, las seguiremos receiptando en el casillero judicial y correos electrónicos establecidos para el efecto.

Sírvase proveer conforme lo solicitado.

Firmamos en la calidad que comparecemos.



Harold Burbano
Director General Tutelar



Maria Alexandra Almeida Únda
**Directora Nacional de Derechos del
Buen Vivir**



César Andrés Pérez Chacón
Especialista Tutelar 1
Dirección Nacional de Derechos del Buen Vivir

FUNCIÓN JUDICIAL

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA
ESCRITOS COMPLEJO JUDICIAL SUR

-22-
Verute
y obs.
je



TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN LA PARROQUIA QUITUMBE DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA

Juez(a): LANA VELEZ FAUSTO

No. Proceso: 17240-2019-00010

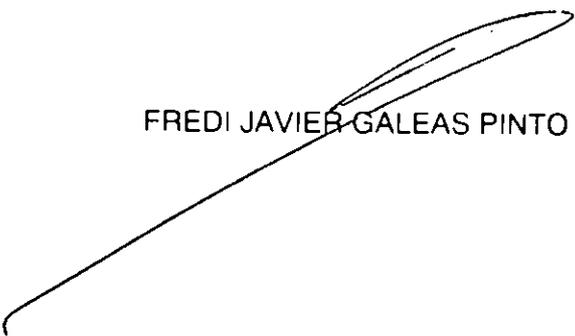
Recibido el día de hoy, jueves once de abril del dos mil diecinueve, a las once horas y veinticuatro minutos, presentado por HAROLD BURBANO, DIRECTOR GENERAL TUTELAR DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO, quien presenta:

PROVEER ESCRITO,

En un(1) fojas y se adjunta los siguientes documentos:

1) Escrito (ORIGINAL)

FREDI JAVIER GALEAS PINTO



Zimbra:**caperez@dpe.gob.ec****Juicio No: 17240201900010 Nombre Litigante:** [REDACTED]**De :** satje pichincha <satje.pichincha@funcionjudicial.gob.ec> vie, 12 de abr de 2019 14:39**Asunto :** Juicio No: 17240201900010 Nombre Litigante: [REDACTED]**Para :** caperez@dpe.gob.ec

Usted ha recibido una notificación en su casillero electrónico del proceso número 17240201900010

**REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL**

Juicio No: 17240201900010, PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1**Casillero Judicial No:** 988**Casillero Judicial Electrónico No:** 0**Fecha de Notificación:** 12 de abril de 2019**A:** [REDACTED]**Dr / Ab:**

TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN LA PARROQUIA QUITUMBE DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA

En el Juicio No. 17240201900010, hay lo siguiente:

Quito, viernes 12 de abril del 2019, las 12h21, VISTOS: Incorpórese al proceso el escrito presentado por los accionantes: Harold Burbano Villareal Director General Tutelar de la Defensoría del Pueblo, María Almeida Unda, Directora Nacional de Derechos del Buen Vivir de la Defensoría del Pueblo y César Andrés Chacón, Especialista Tutelar 1 de la Dirección Nacional de Derechos del Buen Vivir de la Defensoría del Pueblo, en atención al mismo y de conformidad con lo establecido en el Art. 94 del Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dice: "...La persona demandante, el órgano emisor de la disposición demandada y aquellos quienes intervinieron en el proceso de su elaboración y expedición, podrán solicitar la aclaración o ampliación de la sentencia en el término de tres días a partir de su notificación y será resuelta dentro del término de ocho días a partir de su presentación...", se considera y dispone: Por cuanto la sentencia dictada por este Tribunal de fecha 08 de abril del 2019 las 15H45, ha sido debidamente motivada conforme lo manda el Art. 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y además cumple con los requisitos estipulados en el Art. 17 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, consiguientemente, este Tribunal no tiene nada que aclarar ni ampliar.-
NOTIFÍQUESE

f: LANA VELEZ FAUSTO, JUEZ

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

MARTÍNEZ BARRENO CARLA DEL PILAR
SECRETARIA

Link para descarga de documentos.

[Descarga documentos](#)

La información contenida en este mensaje es confidencial y reservada, prevista solamente para el uso de la persona o la entidad a quienes se dirija y no puede ser usada, reproducida o divulgada por otras personas.

Si usted no es el destinatario de este mail, le rogamos se sirva eliminarlo.

***** UTILIDAD SOLO PARA INFORMACIÓN *****

891-2018
FUNCION JUDICIAL



**CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA
ESCRITOS COMPLEJO JUDICIAL SUR**

TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN LA PARROQUIA QUITUMBE DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA

Juez(a): LANA VELEZ FAUSTO

No. Proceso: 17240-2019-00010

Recibido el día de hoy, martes dieciseis de abril del dos mil diecinueve, a las quince horas y cuarenta y nueve minutos, presentado por MARIA ALEXANDRA ALMEIDA UNDA, quien presenta:

PROVEER ESCRITO,

En un(1) fojas y se adjunta los siguientes documentos:

1) Escrito (ORIGINAL)


FREDI JAVIER GALEAS PINTO



El desafío de ser diferentes, es sentarnos semejantes

SEÑORES JUECES DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN LA PARROQUIA QUITUMBE DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA

Causa: 17240201900010

Jueces Ponentes: LANA VELEZ FAUSTO, BONILLA MORALES ADRIAN FRANCISCO.

María Alexandra Almeida Unda, Directora Nacional de Derechos del Buen Vivir de la Defensoría del Pueblo, Mery Tadeo Gonzalón, Especialista Tutelar 3 de la Dirección Nacional de Derechos del Buen Vivir y César Andrés Pérez Chacón, Especialista Tutelar 1 de la Dirección Nacional de Derechos del Buen Vivir dentro de la Acción Constitucional de Acción de Protección, signada con el número **17240201900010**, ante ustedes, con el debido respeto, comparecemos decimos y solicitamos:

Acusamos recibo del auto de fecha 12 de abril de 2019, a las 12h21, a la cual dentro del término legal, en la acción de protección signada con el número **17240201900010**, de la cual formulamos recurso de APELACIÓN para ante el superior, es decir a la Corte Provincial de Pichincha, de conformidad con el artículo 24 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por las siguientes razones de orden jurídico.

ALEGACIONES DEL JUEZ DE INSTANCIA PARA RECHAZAR LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN PROPUESTA:

Su autoridad en la sentencia, rechaza la acción constitucional considerando que:

“Luego, de toda la prueba anexada al expediente se puede afirmar que la empresa Attenza, a través de sus representantes, desconocía del estado de salud del señor [REDACTED] al momento que éste se sometió al proceso de selección para ocupar una plaza de trabajo. En efecto, por una parte, no existe evidencia de que la empresa Attenza, a través de alguno de sus representantes, haya requerido al señor [REDACTED] en el marco del proceso de selección de personal para ocupar un puesto de trabajo, la práctica del examen para detectar si era portador de VIH, o si padecía de la enfermedad de SIDA. Según los propios accionantes, lo que se le requirió es la práctica de exámenes de sangre, orina y heces, en un laboratorio privado, pero en ningún momento se pidió que se realice específicamente el examen de VIH, y de la historia clínica ocupacional tal como se verá tampoco aparece que se haya practicado dicho examen. Es cierto que prima facie no resulta justificable que la empresa requiera a los aspirantes a ocupar una plaza de empleo que se sometan a exámenes médicos, como así también lo exigía el Art. 11, numeral e), del Reglamento Interno de Trabajo de la Compañía Attenza del Ecuador S.A., vigente a la época en la que el señor [REDACTED] aplicó para ocupar el puesto de cajero. En aquellos casos en los cuales la empresa considere que la presencia de alguna enfermedad y/o situación de discapacidad es

incompatible con el cargo que se pretende desempeñar. debe fundamentarlo para establecer la razonabilidad y comunicar previamente a los aspirantes, para que éstos puedan manifestar si se encuentran o no en la circunstancia descrita. En todo caso, en un proceso de selección de trabajadores la obtención de la información de los aspirantes debe enfocarse en las necesidades del cargo a desempeñar, por ende, cualquier examen médico que se realice debe ser consistente con dichas necesidades, siendo que en este caso no se justificó si algún tipo de enfermedad y/o situación de discapacidad podría resultar incompatible para el desempeño del cargo de cajero. Pese a ello, lo relevante es que no hay evidencia que la empresa haya requerido al señor [REDACTED] como requisito previo a optar por la plaza de trabajo ofertada, que se practique el examen de VIH lo cual ciertamente daría cuenta de un acto abiertamente inconstitucional y ello se encuentra corroborado por el hecho de que dicho examen, en efecto, no se lo practicó. Tampoco existe evidencia de comunicación alguna por parte del señor [REDACTED] a los representantes de la empresa Attenza, sobre su estado de salud, particularmente, respecto de la notificación de ser portador del virus VIH. Esta comunicación, según lo señalan los propios accionantes, por el contrario, la habría dado al médico ocupacional contratado por la empresa Attenza, Dr. Nicolás Olmedo, al momento de la valoración médica, pues éste le efectuó preguntas relativas a si tenía algún tipo de infección por transmisión sexual y si tomaba algún tipo de medicación continua, a lo que le había contestado aun cuando no se encontraba obligado a hacerlo, que, en efecto, era portador del virus VIH y que tomaba el correspondiente tratamiento antiretroviral. No obstante, tampoco existe evidencia que así hayan ocurrido los hechos, porque en la historia clínica ocupacional no existe consignado este diagnóstico. En otras palabras, estos hechos provienen únicamente de los dichos del señor [REDACTED]. De igual modo, carece de toda corroboración el hecho de que el médico ocupacional, Dr. Nicolás Olmedo que dicho sea de paso, no es empleado dependiente de la empresa Attenza, sino que mantiene una relación de servicios profesionales con dicha compañía, conforme la copia notarizada del contrato de aquella naturaleza que presentó la parte accionada, haya mantenido una reunión privada con uno de los representantes de Attenza, en la que se, presuntamente, violando la confidencialidad de la información, le comunicó sobre el estado de salud del señor [REDACTED] en concreto, sobre su condición de ser portador de VIH. Esto lo pone en evidencia la documentación que presentaran los mismos accionantes, así como la documentación que presentara la parte accionada, precisamente para desvirtuar que la no contratación del señor [REDACTED] obedeció a la aplicación de criterios discriminatorios. En efecto, de dicha documentación se advierten los siguientes hechos principales: (i) que la Defensoría del Pueblo, una vez que recibió la petición del señor [REDACTED] en la que comunicó los hechos suscitados en el proceso de selección de personal que estaba llevando adelante la empresa Attenza, realizó unas primeras indagaciones en las que determinó que ésta, aun cuando había informado que no realizó ninguna contratación desde el mes de febrero del 2016 sino que, por el contrario, ha debido disminuir su personal, sí contrató al menos a dos personas para ocupar el cargo para el cual había aplicado el señor [REDACTED] por lo que, mediante Resolución Defensorial No. 008-CP, emitida el 24 de



El desafío de ser diferentes, ex sentirnos semejantes

noviembre de 2016, exhortó a la Dirección Regional del Trabajo y Servicio Público de Quito que se proceda a sancionar a la empresa Attenza, de conformidad con el Art. 5 del Acuerdo Ministerial 398, publicado en el Registro Oficial 322, de fecha 27 de julio de 2006, por solicitar la prueba de detección de VIH-SIDA como requisito para obtener empleo; así como exhortó al Ministerio de Salud Pública para que, de conformidad con los Arts. 61, 217 y 240 de la Ley Orgánica de Salud, procedan a realizar la respectiva investigación respecto a la falta de garantía de la confidencialidad del estado de salud del señor [REDACTED]; (ii) que la Dra. Yomayra Méndez Enríquez, Directora Regional del Trabajo y Servicio Público de Quito, mediante Resolución de Sanción - Inspección No. MDT-DRTSP2-2017-1080-R4-I-FS, de fecha 17 de marzo de 2017, en lo que atañe al exhorto de la Defensoría del Pueblo, recoge los informes de inspección efectuados tanto del Inspector del Trabajo, Ab. Fabián Sinchiguano, cuanto del Médico Ocupacional de la Dirección de Seguridad y Salud del Ministerio de Trabajo, Dr. Ricardo Castro, a través de los cuales se llega a determinar que, de la revisión de la historia clínica ocupacional pre-empleo del señor [REDACTED] no existe dentro de los exámenes de laboratorio y de gabinete examen de sangre de HIV como requisito para su contratación, y más bien que el Dr. Olmedo consigna, en la misma historia clínica, que el señor [REDACTED] es "apto sin restricciones para ocupar el cargo al que postula"; así como se llega a determinar que, de las ocho entrevistas a trabajadores de la empresa Attenza, ninguno manifiesta que se les ha solicitado la prueba de HIV como requisito de contratación, lo cual se corrobora con la revisión aleatoria de algunas historias clínicas ocupacionales, de las que se desprenden que no se realizan exámenes de VIH a los trabajadores; sobre cuya base la autoridad administrativa concluye que no existe evidencia que Attenza haya transgredido lo determinado en el Acuerdo Ministerial 398; (iii) que del informe elaborado por el Dr. Ricardo Castro, Médico Ocupacional de la Dirección de Seguridad y Salud del Trabajo, respecto de la empresa Attenza, en efecto, se concluye que de la revisión de la historia clínica ocupacional pre-empleo del señor [REDACTED] dentro de la carga de exámenes de laboratorio y de gabinete, no se le realiza examen en sangre de HIV, y que el médico ocupacional, Dr. Saulo Nicolás Olmedo Palacios, certifica en la última hoja de dicho documento, como apto sin restricciones para ocupar el cargo al que postula. La observación que realiza el Dr. Castro a este respecto, como resultado de la investigación efectuada, es que la comunicación que efectúa el médico ocupacional a la empresa sobre la evaluación médica de aptitud, se lo hace de manera informal, esto es, vía telefónica, cuando aquello debe contar en un Certificado Médico de Aptitud, conforme lo exige el Acuerdo Ministerial 1404. Luego, el Dr. Castro señala, con relación al hecho de que el Dr. Olmedo le haya preguntado al señor [REDACTED] en el marco de la valoración médica de aptitud, si tenía algún tipo de infección por transmisión sexual y si tomaba algún tipo de medicación continua, que este tipo de información forma parte de la historia clínica ocupacional, como "antecedentes patológicos personales", o como "hábitos", y que se recaba a través de la anamnesis al paciente, por lo que todo médico está facultado a formular dichas preguntas, sin que esto represente una violación al derecho a la confidencialidad, intimidad y privacidad; y, (iv) que la Ab. Diana Valverde Cuenca, Comisaria Provincial

de Salud de Pichincha, mediante Resolución No. 200, de fecha 004 de mayo del 2018, en relación al exhorto de la Defensoría del Pueblo, da cuenta que se dio inicio al Proceso Especial Sanitario No. 605-2017-DV-MM, en contra del Dr. Saulo Nicolás Olmedo Palacios, con la finalidad de establecer si cometió alguna infracción en el ejercicio de la profesión de salud, por la presunta divulgación de la información del estado de salud del señor [REDACTED] y que luego de la sustanciación de dicho proceso y los elementos recabados, no hay constancia de que el Dr. Nicolás Olmedo se haya reunido con uno de los funcionarios de Talento Humano de la empresa Attenza, ni que haya divulgado el estado de salud del señor [REDACTED] a los funcionarios de dicha empresa, por lo tanto, que no consta prueba que determine la vulneración del principio de confidencialidad del paciente [REDACTED] en razón de lo cual se abstiene de sancionarlo. Por lo tanto, no existe certeza para este Tribunal lo sostenido por el señor [REDACTED] en cuanto a la exigencia, por parte del médico ocupacional contratado por la empresa Attenza, de dar información acerca de si tenía algún tipo de infección por transmisión sexual y si tomaba algún tipo de medicación continua, lo que de otro lado, aun cuando así haya ocurrido, no resulta nada anormal, en la medida que todo médico está facultado a formular esta clase de preguntas, como parte del procedimiento médico (anamnesis), sin que esto represente una violación al derecho a la confidencialidad, intimidad y privacidad, sino cuando dicha información haya trascendido a terceros, salvo en los casos legalmente establecidos, tal como lo establece el Art. 61 de la Ley Orgánica de Salud y el Art. 6 de la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH-SIDA, antes citado. Tampoco hay evidencia de que el médico ocupacional, Dr. Nicolás Olmedo, haya mantenido una reunión en privado con alguno de los representantes de la empresa Attenza, en la que supuestamente ha divulgado la información relacionada a su estado de salud, en concreto, a que es portador del virus VIH. La sola afirmación en este sentido por parte del señor [REDACTED] no es suficiente para constituir un hecho indiciario de discriminación. De hecho, de la verificación de su historia clínica ocupacional, según la investigación desplegada por el médico ocupacional de la Dirección de Seguridad y Salud del Ministerio de Trabajo, se advierte que dentro de los exámenes de laboratorio y de gabinete practicados, no existe examen de sangre de HIV. En ese contexto, si bien en principio se presume un nexo causal entre la no contratación de una persona portadora del VIH y su enfermedad, y que le corresponde al empleador desvirtuar tal presunción, demostrando una causa objetiva que justifique su proceder, en la medida que es más apropiado, desde el punto de vista constitucional, que sea el empleador quien demuestre que la no contratación de un aspirante a optar por un puesto de trabajo tiene como fundamento razones distintas a la discriminación basada en su estado de salud, tal presunción sólo opera cuando el empleador tiene conocimiento de la circunstancia de ser el aspirante portador de VIH, lo que en este caso no ocurre, porque, efectivamente, la prueba presentada deja entrever que la empresa Attenza, en el marco del proceso de selección de personal para ocupar el puesto de cajero, desconocía de que el señor [REDACTED] era portador de dicho virus, de ahí que ninguna incidencia acarrea el hecho de que, con posterioridad, se haya contratado a otra u otras personas para ocupar el referido puesto. En suma,



El desafío de ser diferentes, es sentirnos semejantes

encuentra el Tribunal que en el presente caso carecen de certeza los argumentos expuestos por los accionantes relacionados con la causa de la no contratación del señor [REDACTED]. Es decir, no se advierte en el expediente prueba alguna que permita establecer, tal como lo afirman los accionantes, que la no contratación del señor [REDACTED] por parte de la empresa Attenza, haya estado ligada a su condición de salud. Por consiguiente, de las pruebas que se lograron recaudar durante la sustanciación de la presente acción de protección, no se encuentra acreditado que el señor [REDACTED] haya sido discriminado en razón de ser portador del virus VIH, de ahí que, aun cuando es cierto que éste pertenece a un grupo que históricamente ha sufrido discriminación, aquello no puede llevar a la premisa de que las decisiones que se adopten en el plano empresarial sobre la contratación de trabajadores resulte irremediablemente segregativa o sospechosa per se."

De lo expuesto, se puede colegir que la sentencia emitida por esta Unidad Judicial, contiene vicio de forma, y de fondo. Esto se desprende del hecho que la misma no analizó cada uno de los requisitos del artículo 40 de la Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, pues en la demanda se estableció con claridad y precisión los derechos constitucionales vulnerados y las acciones de la entidad privada demandada. De igual forma, se verificó que el afectado no contaba con otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger los derechos violados¹, razón por la cual se debía admitir la acción de protección presentada por la Defensoría del Pueblo.

De lo anotado, se desprende que ustedes señores jueces reconocen que se presume un nexo causal entre la no contratación de una persona portadora del VIH y su enfermedad, y que le corresponde al empleador desvirtuar tal presunción, demostrando una causa objetiva que justifique su proceder, en la medida que es más apropiado, desde el punto de vista constitucional, que sea el empleador quien demuestre que la no contratación de un aspirante a optar por un puesto de trabajo tiene como fundamento razones distintas a la discriminación basada en su estado de salud.

Asimismo, en la sentencia no se establece que ATTENZA DUTY FREE logró desvirtuar el nexo causal entre la no contratación del Sr. [REDACTED] y el hecho que el mismo es una persona portadora del VIH. Entre las evidencias y pruebas ingresadas al presente expediente, no se desprende que ATTENZA D.F. haya podido comprobar que no contrató al Sr. [REDACTED] por otras razones que no sean su pertenencia a una categoría sospechosa descrita en la Constitución de la República, en el artículo 11 numeral 2. Por

¹ En el Oficio S/N y sin fecha suscrito por la Abg. Sindel Vinuesa Jarrín, Coordinadora General de Asesoría Jurídica, Dr. Edgar Punguil y Abg. Andrés Oleas Uvidía, funcionarios del Ministerio del Trabajo, ingresado a la Defensoría del Pueblo el 4 de abril de 2018, se indica que: "(...) Conforme a la normativa sustantiva vigente ecuatoriana, la competencia en la rectoría del trabajo y todas las aristas que esto conlleva, las tiene esta Cartera de Estado, respecto de la situación jurídica anterior a la relación laboral, no existe normativa que determine dicha competencia y rectoría a este Ministerio del Trabajo (...)"

el contrario, con las pruebas y documentación presentada por la Defensoría del Pueblo en el proceso se confirma que, en el mes de mayo del año 2016, se procedió a la contratación de otra persona al cargo de cajero en ATTENZA DF ECUADOR S.A. Esto se realizó a pesar de que se estableció que el Sr. [REDACTED] estaba "apto para ejercer el cargo, sin restricciones" y sorprende que la compañía haya invertido recursos, dinero y tiempo en el proceso de selección de otra persona para el cargo de cajera, cuando ya había realizado todos estos exámenes y proceso de entrevistas al Sr. [REDACTED]. Con esto se confirma, nuevamente, que se excluyó al mismo del ingreso a la compañía ATTENZA DF ECUADOR S.A. en razón de su estado de VIH.

En el repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT, en materia de VIH/SIDA y el mundo del trabajo², en el numeral 3.2 consta que la detección del VIH no comprende únicamente las pruebas directas, es decir, el diagnóstico en la sangre, sino también pruebas indirectas como la evaluación de comportamientos peligrosos o preguntas sobre pruebas ya efectuadas o medicinas recetadas, lo cual no es válido ni permitido. Asimismo, el repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre protección de datos personales establece que los empleadores no deberían recabar datos personales que se refieran a la vida sexual del trabajador, lo que ha ocurrido en este caso.

Es necesario indicar que en la audiencia pública de fecha 25 de marzo de 2019, se solicitó a ATTENZA DUTY FREE que presente: a) Copias certificadas de las personas contratadas por la empresa en el mes de mayo del año 2016, b) Copia del informe del Dr. Saulo Nicolás Olmedo en el que se declara la aptitud de [REDACTED] para ejercer el cargo de cajero, c) Contrato de servicios técnicos especializados entre ATTENZA D.F. y el Dr. Saulo Nicolás Olmedo y d) Copia notariada del Reglamento Interno de la Empresa vigente en la fecha en la que se iba a contratar al Sr. [REDACTED] en el puesto de cajero. Es extraño que ninguna de estas pruebas haya sido analizada por parte de los señores jueces y que no hayan sido consideradas para fundamentar y corroborar que la empresa ATTENZA DUTY FREE procedió a la realización de exámenes de sangre del señor [REDACTED]; que el médico de seguridad ocupacional le solicitó información respecto a si el mismo tenía alguna enfermedad de transmisión sexual, lo cual no es relevante para la contratación de nuevos trabajadores, ni siquiera por razones de seguridad y salud en el trabajo; y que, con posterioridad, a pesar de que el mismo se encontraba como "apto y sin restricciones" para ocupar el cargo de trabajo no fue llamado en el mes de mayo de 2016 para ser contratado en el cargo de cajero y que, en su lugar, se contrató a otra persona, gastando recursos y tiempo de la institución al tener en su base de datos un aspirante que cumplía los requerimientos establecidos para el puesto en cuestión.

ARGUMENTACIÓN CLARA SOBRE LOS DERECHOS

² Las cuales, de acuerdo con el Art 10 y 424 de la Constitución, son parte del ordenamiento jurídico, por ser un instrumento internacional.



El desafío de ser diferentes, es sentirnos semejantes

CONSTITUCIONALES VIOLADOS Y LA RELACIÓN DIRECTA E INMEDIATA CON EL CONTENIDO DE LA DECISIÓN JUDICIAL.

A.- LA SENTENCIA IMPUGNADADA VULNERA EL PRINCIPIO DE APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA, CONTENIDO EN EL ART. 82 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.

El Art. 82 de la Constitución dispone: *"El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y Ley aplicadas por las autoridades competentes."*

En resumen la seguridad jurídica da certeza al sistema jurídico, lo hace seguro, de modo que la conducta pueda ajustarse a sus reglas sin temor a equivocarse.

Al respecto, en múltiples ocasiones la Corte Constitucional ha manifestado que: *"La seguridad jurídica es la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados: si esto ocurriera se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera, cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguro de algo y libre de cuidados."* La seguridad jurídica, entendida como *"[...] la confianza de que el marco normativo es y será fijo, confiable y predecible"*³

"Es la confiabilidad en el orden jurídico la que garantiza la sujeción de todos los poderes del Estado a la ley y a la aplicación uniforme de la misma, la constancia, precisión y previsibilidad del derecho como protección de la confianza."

En el presente caso, la argumentación planteada en la sentencia, se limita a indicar que *"en el presente caso carecen de certeza los argumentos expuestos por los accionantes relacionados con la causa de la no contratación del señor [REDACTED] Es decir, no se advierte en el expediente prueba alguna que permita establecer, tal como lo afirman los accionantes, que la no contratación del señor [REDACTED] por parte de la empresa Attenza, haya estado ligada a su condición de salud."* Sin embargo, en el análisis efectuado, no se tomó en cuenta que el Artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que en *"los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación."* Por lo tanto, en caso de que el demandante alegue discriminación, la carga de la prueba se invierte, debido a que estos actos son de difícil prueba, por lo que lo apropiado es que la parte demandada sea quien debe probar que no existió esta diferenciación, aún más en el

3 Luis Raúl Díaz González, El Concepto de la Seguridad Jurídica en materia Fiscal, en E-PAF: Prontuario de actualización fiscal No. 549, México, PAF, 15 de agosto 2012, Pág. 69

caso de que exista una presunción de hecho por ser el sujeto perteneciente a un grupo tradicionalmente marginado de la sociedad. Esto constituye un aspecto de relevancia en los argumentos expuestos, y que debieron ser considerados al momento de resolver, que no fueron considerados por parte de los jueces para sancionar los actos discriminatorios que se perpetraron por las acciones efectuadas por el médico de seguridad y salud ocupacional y los funcionarios de recursos humanos de ATENZA D.F. que, al excluir al [REDACTED] de un puesto de trabajo en razón de su estado de VIH, generaron una violación y vulneración de los derechos a la confidencialidad, a la igualdad y no discriminación y el derecho al trabajo del demandante.

Es importante tener en cuenta que, en la Constitución de la República, concretamente el art. 35⁴, las personas con enfermedades catastróficas (entre las cuales se encuentran las personas que viven con VIH), son consideradas un grupo de atención prioritaria, y como tal el Estado, debe garantizarles la equiparación de oportunidades e integración social.

Diremos entonces que existe abundante normativa constitucional y de instrumentos internacionales de derechos humanos, que enfatizan que por la condición de persona que vive con VIH, los jueces debieron procurar la aplicación directa de la constitución, acorde lo señalado en el art. 11 numeral 3⁵, pues su falta de aplicación vulneró el derecho constitucional a la seguridad jurídica, porque no respetó la jerarquía de las normas y los requisitos que contienen.

Finalmente es imperativo recordar que el principio de prevalencia de las normas sustanciales o supremacía de la Constitución se encuentra consagrado en el artículo 424 de nuestra Ley Fundamental, en los siguientes términos: "*La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor alguno si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteren sus prescripciones*".

Además, los jueces constitucionales no tomaron en cuenta las reglas jurisprudenciales dictadas por la Corte Constitucional en el caso No. 080-13-SEP-CC, en virtud de las

-
- 4 Constitución de la República: Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, **mujeres embarazadas**, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado (...) El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.
 - 5 Constitución de la República: Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ... 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...)



El desafío de ser diferentes, es ser todos semejantes

cuales se debe presumir la discriminación laboral cuando un trato diferenciado se encuentra dentro de las categorías sospechosas, por ejemplo, el tratamiento diferente o exclusión a una persona que vive con VIH en perjuicio de sus derechos, como ha ocurrido en el presente caso.

En tal virtud, los jueces constitucionales, no podían sustentar su motivación en el hecho de que *"de las pruebas que se lograron recaudar durante la sustanciación de la presente acción de protección, no se encuentra acreditado que el señor [REDACTED] haya sido discriminado en razón de ser portador del virus VIH, de ahí que, aun cuando es cierto que éste pertenece a un grupo que históricamente ha sufrido discriminación, aquello no puede llevar a la premisa de que las decisiones que se adopten en el plano empresarial sobre la contratación de trabajadores resulte irremediabilmente segregativa o sospechosa per se"*. Por el contrario, se debía declarar que, como la parte accionada, ATENZA D.F., no demostró, con las pruebas aportadas al proceso judicial, que no excluyó al Sr. [REDACTED] para ejercer un puesto de trabajo en razón de su pertenencia a una categoría sospechosa, establecida en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, la presunción de discriminación no fue desvirtuada por la parte demandada y que efectivamente, se discriminó al Sr. [REDACTED] en razón de su condición de persona portadora de VIH.

B.- LA SENTENCIA IMPUGNADA VULNERA EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA CONSAGRADO EN EL ART. 75 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.

La Constitución de la República en el Art. 75 expresamente dispone: *"Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad: en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley."*

Humberto Nogueira Alcalá anota: *"El derecho a la tutela judicial efectiva constituye un instrumento de defensa que el Estado pone en manos de las personas, por lo que en un Estado Constitucional se configura de manera que se establezca en su favor el mayor grado de garantías posibles."*⁶

Víctor Roberto Obando Blanco, profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Callao, Perú, dice que la tutela judicial efectiva garantiza el acceso a los recursos ordinarios y extraordinarios: que la autoridad competente decida sobre los

⁶ La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo IV. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAN, México, 2008, Págs. 791 y 792.

derechos del recurrente, es decir que exista una resolución sobre el fondo.

A su vez, el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos:

a. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

b. Los Estados partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso: [...]

Respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado:

[...] el derecho a la tutela judicial efectiva se cumple en tres momentos: primero, a través del derecho de acción, que implica el acceso a los órganos jurisdiccionales, en armonía con el principio dispuesto en el artículo 168 de la Constitución; en segundo lugar, mediante el sometimiento de la actividad jurisdiccional a las disposiciones constitucionales y legales vigentes que permitan contar con resoluciones fundadas en derecho; y finalmente, a través del rol de la jueza o juez, una vez dictada la resolución, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos, es decir, la tutela judicial efectiva va más allá del simple acceso gratuito a la justicia: implica una serie de actuaciones por parte del Estado a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República.

En el presente caso, de conformidad al art. 88 de la Constitución, la acción de protección es la garantía jurisdiccional establecida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano orientada al "amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución". Con lo cual se cumple con el primer requisito de la tutela judicial efectiva, en los términos establecidos en el art. 25 de la Convención, es decir, la

7 Sentencia: N° 142-I4-SEP-CC, del 1 de Octubre de 2014, MP: DR. Principales FMJV Fabián Marcelo Jaramillo Villa.
Registro Oficial N° 374 Suplemento, 13 de Noviembre de 2014.



El desafío de ser diferentes, es ser muy semejantes

existencia del recurso. Adicionalmente, la acción de protección se presenta como idónea para tutelar los derechos, pues es ese precisamente el objetivo de la acción. Sin embargo, para cumplir con este derecho no basta que la acción idónea exista, sino que la misma debe ser efectiva para tutelar los derechos que se alegan como vulnerados.

Sin embargo, en el caso en cuestión, la sentencia impugnada, omite analizar la cuestión de fondo, es decir, la alegada vulneración de derechos. Ello, en base al criterio de que *"no se advierte en el expediente prueba alguna que permita establecer, tal como lo afirman los accionantes, que la no contratación del señor [REDACTED] por parte de la empresa Attenza, haya estado ligada a su condición de salud"*. En tal virtud, la argumentación del juzgador se circunscribe a revisar las normas legales que, a su criterio, se aplican al caso, sin estudiar el contenido y aplicación de las normas constitucionales que consagran los derechos alegados como violados a través de la acción de protección.

Respecto a la obligación de los jueces de analizar las cuestiones de fondo planteadas en una acción de protección, la Corte Constitucional de Ecuador ha señalado:

[...] en amplia jurisprudencia de esta Corte se ha dejado sentado que la finalidad de las garantías jurisdiccionales, dado el carácter protector y tutelar, obligan a los juzgadores que conocen dichas garantías, a efectuar una verdadera tutela judicial efectiva ante una presunta vulneración de derechos constitucionales, para que únicamente, luego de la sustanciación respectiva, se establezca si existió o no vulneración de derechos.⁸

En este caso, pese a que se dio trámite a la acción de protección, este trámite se torna meramente formal, pues el análisis del juzgador se limita a las cuestiones de legalidad y con fundamento en la existencia de otras vías, se omite realizar un estudio de derechos. No obstante las varias referencias hechas en la resolución respecto a la naturaleza tutelar de la acción de protección y a sus características, los jueces constitucionales no analizaron las posibles vulneraciones de derechos planteadas. En otras palabras, los jueces constitucionales no han estudiado si la exclusión del Sr. [REDACTED] del puesto de trabajo al que este aplicó vulnera los derechos constitucionales del mismo.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

[...] En este sentido, no se efectúa una verificación de la vulneración o no de derechos constitucionales en el presente caso, simplemente la judicatura deslinda su responsabilidad calificando el asunto sometido a su conocimiento como un tema de legalidad, cuyo pronunciamiento corresponde a la justicia ordinaria.

Esta actitud de la judicatura en mención vulnera el derecho constitucional a la seguridad

8 Ecuador Corte Constitucional. Caso No. 1180-10-EP. Sentencia No. 344-16-SEP-CC 15

jurídica, en tanto se desnaturaliza el objeto de la acción de protección y se impide que la garantía jurisdiccional cumpla su finalidad de tutelar derechos constitucionales.

Por lo tanto, en el presente caso, al evitar analizar las violaciones de derechos el Juez constitucional desnaturaliza la acción de protección.

En consecuencia, se debía analizar si en el caso concreto se cumplieron con las obligaciones de respeto, garantía y protección de los derechos objeto de la demanda. No obstante, no se analizó los derechos de los cuáles es titular el Sr. [REDACTED] los cuales se encuentran establecidos tanto en la Constitución del Ecuador como en los instrumentos internacionales pertinentes. En virtud de lo expuesto, se evidencia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación a los derechos que tienen las personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria.

C.- LA SENTENCIA IMPUGNADA VULNERA EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD, CONFORME LO DISPONEN LOS ARTÍCULO 11 NÚMERO 2 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

En el presente caso no debe olvidar, que el numeral I del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra a la imparcialidad como un derecho humano.

No obstante, la garantía de un juez imparcial está directamente vinculada con el derecho al debido proceso, por lo que el juez amparado en este principio no puede invadir la esfera que le corresponde a cada una de las partes y, por tanto, no puede alegar sobre los hechos de la demanda y la contestación, negar la existencia de hechos o probar los hechos negados; pero sí puede encausar su actuación en la búsqueda de la verdad material y de su convencimiento que lo guíe a dictar una sentencia que tutele los derechos de ambas partes litigantes.

La imparcialidad no se opone al descubrimiento de la verdad y nadie tiene derecho a ocultarla para que el juez declare cierto el hecho que no lo es y viceversa.

El principio de imparcialidad del juzgador según Andrés de la Oliva Santos significa que: el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo: debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)⁹

⁹ Andrés de la Oliva Santos, y Diego Palomo Vélez, Proceso Civil. Chile. Editorial Jurídica Chile, 2007. Pág. 287

La sentencia de fecha 12 de abril de 2019 viola en todos sus aspectos el principio de imparcialidad, esto se debe a que no pusieron atención a los elementos probatorios procurados por la parte accionante para que se tome en cuenta la procedencia de la acción de protección, con lo cual no existió imparcialidad en el proceso.

D.- LA SENTENCIA IMPUGNADA VULNERA EL DERECHO A LA MOTIVACIÓN NUMERAL 7, LETRA L DEL ARTÍCULO 76 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.

La letra l) del número 7 del artículo 76 de la Constitución, dispone lo siguiente: "*Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados*".

Al respecto debe hacerse presente el hecho de que la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones judiciales inmotivadas están condenadas a la nulidad: "*Es concluyente que la falta de motivación trae como consecuencia la nulidad de la sentencia, conforme a los mandatos constitucionales y legales de nuestro ordenamiento jurídico. Consecuencia de aquello, trae como efecto que las decisiones en las que haya ausencia de motivación -como ha ocurrido en la sentencia impugnada- deba necesariamente ser declarada su nulidad absoluta para garantizar el debido proceso constitucional, en particular de los derechos a la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. En el caso sub iudice, no se encuentran identificados los hechos sobre los cuales se resolvió, tampoco se encuentran debidamente motivadas las normas aplicables a los hechos planteados y mucho menos que exista la explicación correcta de la pertinencia del porqué las normas o principios aplicados en la sentencia impugnada, corresponden a aquellos hechos.*"¹⁰

La motivación no se cumple de un modo meramente formal o con la simple cita de preceptos jurídicos o de tratadistas, ni con la reproducción total o parcial de los argumentos esgrimidos por las partes dentro de un recurso de acción de protección. Todo lo contrario, la motivación constituye un juicio lógico que enlaza los hechos y el derecho para obtener como conclusión una consecuencia jurídica.

Por ello, la norma constitucional transcrita exige claramente que las autoridades expliquen la pertinencia de la aplicación de normas y principios jurídicos a los antecedentes de hecho, o lo que es lo mismo, que se fundamente de modo suficiente y

¹⁰ Sentencia No. 244-12-SEP-CC, dictada en el caso No. 0047-12-EP, publicada en el suplemento Registro Oficial No. 877 de 23 de enero de 2013

ALCANTARA



La Justicia Social comienza en nuestros sentimientos

razonable, en los hechos y en el derecho, la resolución o sentencia que emite un órgano público o juez.

Lo dicho lo ha señalado la Corte Constitucional en su jurisprudencia. A efecto, entre otras sentencias¹¹, se determinó lo siguiente:

"En la evolución del respeto de los derechos fundamentales, la resolución que sustenten los órganos jurisdiccionales debe mantener una respuesta razonada, motivada y congruente. Ante ello, los conceptos recogidos pertenecen a una misma esfera institucional, es así que Guillermo Cabanellas expone que la motivación es el fundamento o explicación de lo hecho o resuelto. Con mayor precisión, Ignacio Colomer señala que es sinónimo de justificación y por ello la decisión es conforme a Derecho y ha sido adoptada con sujeción a Ley. Prieto Sanchis extiende su aplicación, y considera que la obligación de "Motivación" también corresponde al ámbito de la jurisdicción constitucional, no solo porque aquí pueda resultar más dramática la justificación de cada premisa, ya que corresponde a un escenario que tiene que ver más con principios que con reglas, sino porque en la jurisdicción constitucional "la ratio decidendi" no es una operación que realice a partir de derecho, sino que es derecho.

La motivación equivale a fundamentación y comprende dos campos específicos: a) La explicación, consistente en la descripción de las causas que determinan la decisión que se adopta; y, b) La justificación, referida a las bases jurídicas en que se apoya la decisión. Así se entiende el segundo inciso del literal 1 del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, que dispone: *"No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de la aplicación a los antecedentes de hecho.*

La razón por la que la Constitución impone a las autoridades el deber de motivar sus resoluciones, concretamente a los jueces la motivación de sus sentencias, radica en "el propósito del juez de evitar la arbitrariedad, armonizar el ordenamiento jurídico y facilitar el control social.", pues, si la sentencia contiene las razones por las que adopta determinada decisión, con base en los antecedente de hecho y explicando las normas jurídicas que se aplican al caso para resolver, las partes tienen la seguridad de que no se actuó de manera arbitraria".

El Pleno de la Corte Constitucional señaló en la sentencia No. 017-14-SEP-CC, entre otras, que la garantía de motivación tiene condiciones mínimas que deben ser observadas por las autoridades, específicamente que la motivación debe ser razonable, lógica y comprensible. El análisis de estas condiciones mínimas ha sido denominado

¹¹ Sentencia No. 009-10-SEP-CC, dictada en el caso No. 0595-09-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial de 30 de abril de 2011



El desafío de ser diferentes, es sentirnos semejantes

por la Corte Constitucional como el test de motivación.

Al respecto, la Corte Constitucional determinó que el parámetro de razonabilidad *"implica la fundamentación de la decisión del juez y la construcción de su criterio debe realizarse sobre la base de las fuentes del derecho que en el caso concreto, resultan aplicables y pertinentes"*; el requisito de lógica se refiere a que la resolución debe ser construida *"sobre la base de premisas debidamente coherentes y concatenadas entre sí, pero principalmente con la conclusión que de aquellas se obtiene"*; y finalmente la comprensibilidad se vincula con la *"claridad del lenguaje utilizado por el juzgador para exponer su argumento y garantizar que el fallo sea adecuadamente entendido, tanto por las partes procesales como por el gran auditorio social"*¹².

En la especie, en ningún momento la Judicatura realiza aquel juicio lógico en qué consiste la motivación, en cuanto a que se explique la pertinencia de la vulneración de los derechos constitucionales en la acción de apelación de la acción de protección.

Debo agregar que el requisito de lógica, del cual carecen las decisiones impugnadas, exige que las decisiones judiciales se encuentren estructuradas en un orden lógico, es decir, que exista una debida coherencia entre las premisas que conforman una decisión, las cuales deberán guardar relación con la decisión final del caso. En otras palabras, la observancia a los parámetros de coherencia en la argumentación del fallo, constituye un requisito indispensable para que se encuentre debidamente motivado el fallo.

De lo expuesto en el párrafo anterior, se puede deducir que la finalidad del principio de legalidad es que se respete la Ley.

PEDIDO: EN LO PRINCIPAL.- Por lo expuesto señores Jueces, al amparo de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicitamos a su autoridad, que acepten la apelación planteada, consecuentemente revoquen la sentencia venida en grado, y dispongan las reparaciones materiales e inmateriales que sean pertinentes, en favor del afectado. Sr. [REDACTED]

En unidad de acto, y para un mejor desarrollo de la argumentación planteada, al amparo del art. 66 numeral 23 de la Constitución de la República, se servirán señalar día y hora en los que se lleve a efecto la audiencia pública en el presente caso.

NOTIFICACIONES: Notificaciones que nos correspondan en la presente acción, las seguiremos receptando en el casillero judicial y correos electrónicos establecidos para el efecto.

Sírvase proveer conforme lo solicitado.

¹² Sentencia No. 225-14-SEP-CC, dictada en el caso No. 0289-09-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 504 de 20 de mayo de 2015

22/11/2023



El Defensor del Pueblo es un organismo constitucional

Firmamos en la calidad que comparecemos.

María Alexandra Almeida Unda

Directora Nacional de Derechos del Buen Vivir

Mery Tadeo Gonzalón

Especialista Tutelar 3

Dirección Nacional de Derechos del Buen Vivir

César Andrés Pérez Chacón

Especialista Tutelar 1

Dirección Nacional de Derechos del Buen Vivir



**Defensoría
del Pueblo**

El Desafío de ser diferentes es sentirnos semejantes

-33-
frente
y tres
TU

RAZÓN DE ARCHIVO

TRÁMITE No. CASO-DPE-1701-170104-19-2018-000891

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DEL BUEN VIVIR.- Quito. 15 de julio de 2019, las 15H15.-

RAZON DE ARCHIVO.- El jueves 23 de mayo del 2019, a las 15h22 el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha expidió sentencia en la que declaró: "1) Aceptar el recurso de apelación interpuesto por el legitimado activo; 2) Revocar la sentencia veridada en grado, dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, de fecha lunes 8 de abril de 2019, a las 15h45; 3) Aceptar la acción de protección deducida por los señores Harold Burbano, Director General Tutelar de la Defensoría del Pueblo; María Alexandra Almeida Unda, Directora Nacional de Derechos del Buen Vivir de la Defensoría del Pueblo; y César Andrés Pérez Chacón Especialista Tutelar de la misma Dirección, en contra del señor José Leonardo Jardim Da Silva, representante legal de ATENZA DF ECUADOR S. A.; 4) Declarar la vulneración al derecho al trabajo de una persona portadora del VIH, como parte de un grupo de atención prioritaria, previsto en los artículos 33 y 35 de la Constitución de la República, así como el derecho a la igualdad y no discriminación en el contexto laboral, consagrado en los artículos 66 numeral 4 y 82 ibidem; 5) Como medidas de reparación integral, se ordena: 5.1. La medida de satisfacción peticionada por el legitimado activo, esto es que la empresa ATENZA DF DE ECUADOR S.A., por intermedio de su representante legal, ofrezca disculpas públicas a la víctima, en un diario de circulación nacional, por una sola ocasión, guardando siempre la debida confidencialidad y privacidad de sus datos personales de la víctima que en lo principal debe contener: "La empresa ATENZA DF ECUADOR S.A., por intermedio de su representante legal, en cumplimiento de lo dispuesto por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de protección No. 17240-2019-00010, reconoce la vulneración de los derechos constitucionales de un ciudadano que postuló a una plaza de trabajo en la Empresa, en especial, su derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en razón de su condición de portador de VIH. Por lo tanto, al tiempo de pedirle disculpas por el daño causado, la Institución reconoce su deber de respetar y proteger los derechos constitucionales de las personas pertenecientes a grupos vulnerables, en los procesos de selección de personal y actividades que desarrollan en cumplimiento de la relación laboral"; 5.2. Que se realice un taller de capacitación al personal directivo, en especial a los servidores encargados de la contratación de personal de la empresa ATENZA DF ECUADOR S. A., así como a su personal de trabajadores, en materia de derechos humanos, específicamente en temas relacionados con la igualdad y no discriminación de las personas pertenecientes a grupos vulnerables, el cual se realizará sin perjuicio de los que ya se hubiesen dictado como consecuencia de resoluciones de otros organismos. El evento deberá realizarse en un plazo no mayor a sesenta días, de lo cual se emite el respectivo informe; y, 5.3. Que se elaboren protocolos tendientes a la obligatoriedad de remitir a Recursos Humanos de la Empresa el certificado de Aptitud Médica, ya que de lo que obra del expediente, se conoce que se lo haría de manera informal, vía telefónica. En todo caso, se deberá omitir temas de salud como diagnósticos o condiciones médicas de los postulantes o trabajadores, por respeto de su derecho a la confidencialidad. El plazo para realizarlo será de sesenta días, más, si en virtud de la intervención anterior del Ministerio del Trabajo ya se ha corregido esta temática, se informará del particular. De conformidad con lo previsto en los artículos 86 numeral 5 de la CRE y 25 de la LOGJCC, una vez ejecutoriada esta sentencia remítase copia de la misma a la Corte Constitucional para los fines de ley. Respecto al petitivo de reforma del Reglamento Interno, éste se encuentra aprobado por el Ministerio del Trabajo y como tal cumple los requisitos legales exigibles en la materia. En estricta observancia de los principios de celeridad y debida diligencia en los procesos de administración de justicia consagrados en los artículos 169 y 172 numeral 2 de la CRE, una vez ejecutoriada esta sentencia devuélvase inmediatamente el proceso al Tribunal de origen, para su cumplimiento".

El día martes 4 de junio del 2019, Daysi Gabriela Proaño Espín, Secretaria de la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha notificó que se NIEGA la petición de aclaración de la sentencia formulada por el legitimado pasivo

33-10
veta

compañía ATENZA DF ECUADOR S.A por impropcedente.

El día 9 de Julio de 2019, Martinez Barreno Carla del Pilar, Secretaria del TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN LA PARROQUIA QUITUMBE DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA notificó la recepción del proceso y ejecutoria del Superior.

Por lo tanto, al haberse ejecutoriado esta sentencia, se **DISPONE** el archivo del trámite No. **CASO-DPE-1701-170104-19-2018-000891**.

Atentamente,



Maria Alexandra Almeida Unda

**DIRECTORA NACIONAL DE DERECHOS DEL BUEN VIVIR
DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO.**

Notificaciones:

Señor

José Leonardo Jardim Da Silva

GERENTE GENERAL

ATENZA DUTY FREE ECUADOR S.A

Dirección: Nuevo Aeropuerto Internacional de Quito,

Tababela S/N,

Edificio 2,

Cuarto piso,

oficina 416

Teléfono: 23946690, 23946699

PN701044700EC

19 JUL. 2019

Señores

Leopoldo González Ruiz

Ana Arguello Jácome

José Miguel Velástegui

-34
from
you
IC

Pazhorowitz

Dirección: Site Center, Torre I, Ofic. 301,

Calle del Estado y Calle E

Teléfono: 3982900

Cumbaya (Quito) -- Ecuador

Correos Electrónicos: aarguello@pazhorowitz.com, lgonzalez@pazhorowitz.com

Señor

[Redacted]

Correo Electrónico: [Redacted]

Señor

José Luis Nieto Espinosa

Secretario Técnico

Red de Defensores de Derechos

Correo Electrónico: j.nieto@coalicionecuadoriana.org

Zimbra:

IV-35
Heintayee
caperez@dpe.gob.ec

Razón de Archivo del Trámite No. CASO-DPE-1701-170104-19-2018-891

De : Cesar Andrés Pérez Chacón <caperez@dpe.gob.ec>

vie., 19 de jul. de 2019 10:31

Asunto : Razón de Archivo del Trámite No. CASO-DPE-1701-170104-19-2018-891

📎 1 ficheros adjuntos

Para : aarguello <aarguello@pazhorowitz.com>, lgonzalez <lgonzalez@pazhorowitz.com>, [REDACTED] j nieto <j.nieto@coalicionecuadoriana.org>, jlnietoespinoza <jlnietoespinoza@gmail.com>, María Alexandra Almeida Unda <malmeida@dpe.gob.ec>

Estimadas y Estimados,

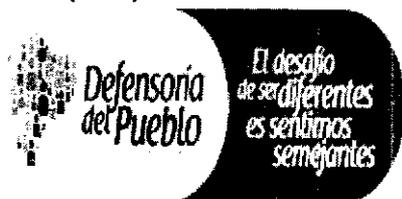
Adjunto al presente correo electrónico, se envía la Razón de Archivo del Trámite No. CASO-DPE-1701-170104-19-2018-891 para su revisión y conocimiento pertinente.

Por favor, confirmen la recepción del presente correo electrónico.

Atentamente,

Saludos Cordiales,

Cesar Andrés Pérez Chacón
Especialista Tutelar 1
Dirección Nacional de Derechos del Buen Vivir
DEFENSORIA DEL PUEBLO ECUADOR
www.dpe.gob.ec
PBX: (593) 02 382 9670 Ext: 2564



— image2019-07-19-091126.pdf
597 KB