

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No: 17240201900010, PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1
Dependencia jurisdiccional: TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN LA PARROQUIA QUITUMBE DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA

Quito, lunes 8 de abril del 2019, las 15h45

VISTOS: A fojas 83 a 88 de los autos comparece 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, proponiendo, a nombre del señor N. N., como persona afectada, acción de protección en contra de la persona jurídica privada ATTENZA DF ECUADOR S.A. (en adelante Attenza o compañía), representada por el señor José Leonardo Jardim Da Silva, bajo el argumento principal de que el señor N. N., en el mes de febrero del 2016, presentó sus documentos a Attenza con el fin de ocupar la plaza laboral de cajero; que luego de un proceso de selección y entrevista fue favorecido para trabajar en el indicado puesto, el cual lo iba a desempeñar en un local de la indicada empresa dentro del Aeropuerto Mariscal Sucre; que la decisión de contratarlo le fue comunicada al señor N. N. por parte del señor Carlos Vélez (quien estuvo a cargo de todo el proceso de selección); que el señor Vélez requirió del señor N. N. que se realice exámenes de sangre, orina y heces, en el laboratorio Prevemedic, contratado por Attenza; que antes de que el señor N. N. se entrevistara con el médico de la empresa, el señor Carlos Vélez recalcó que él debía ingresar a trabajar el viernes 11 de marzo; que en la entrevista con el médico, éste 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; que pese a que el señor Vélez le había indicado al señor N. N. que iniciaría su trabajo el 11 de marzo de 2016, luego de que finalizó la entrevista, el señor Vélez le indicó que le llamaría para ver si iniciaba o no el trabajo en la fecha acordada; que el 31 de marzo del 2016 la Dirección Nacional de Derechos del Buen Vivir, ante la petición del señor N. N., inició una gestión oficiosa con la finalidad de realizar las acciones directas e inmediatas orientadas a solucionar la presunta afectación del derecho, más no se obtuvo una respuesta favorable por parte de la empresa requerida; que el 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 Attenza, cierta documentación entre ésta, aviso de entrada y salida del personal contratado y desvinculado de la compañía; así como se solicitó al señor Mario Serrano, en calidad de Gerente de Seguridad de la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios, las solicitudes realizadas por Attenza 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, solicitando que se

especifique las solicitudes ingresadas para el nuevo personal; que el 23 de mayo del 2016 el Gerente General de Attenza presenta en la Defensoría del Pueblo un escrito en el que señala que la compañía no ha realizado contratación alguna desde el mes de febrero del 2016, sino que ha debido disminuir su personal durante todos estos meses; que el Gerente de Seguridad de la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales, presenta en la Defensoría del Pueblo un escrito con el que se adjuntan las solicitudes para la obtención de la tarjeta de circulación aeroportuaria realizadas por Attenza para su personal; que el 30 de mayo de 2016 la Defensoría del Pueblo solicitó a la Dirección Nacional de Afiliación y Cobertura del IESS, el registro de afiliación, esto es, fecha de aviso de entrada, realizado por Attenza, de las siguientes personas: Palma Palma Aida Cecilia, Cárdenas Mayorga Karla Esthela y Moreno Machuca Mabel Yajaira, y el 8 de junio de 2016 esta institución emite un oficio en el que consta que, en el mes de mayo de 2016, Attenza realizó tres registros de avisos de entrada, dos de los cuales corresponden a Aida Palma y Mabel Moreno, contratadas para ejercer el cargo de “cajeras”, lo que concuerda con las solicitudes de tarjetas de circulación aeroportuarias; que, por lo tanto, Attenza ha vulnerado los siguientes derechos:

(i) el derecho a la confidencialidad de la información de salud, con base a que por disposición del Art. 11 del Reglamento Interno de Attenza se procedió a la realización de exámenes de sangre del señor N. N.; que el médico de seguridad ocupacional debía obtener el consentimiento informado antes de administrar dichas pruebas al señor N. N., más éste no tenía conocimiento de los exámenes a los que se le iba a someter, considerando que tampoco se puede solicitar a los aspirantes a puestos de trabajo, pruebas o información sobre VIH e infecciones de transmisión sexual, ya que no es relevante para su contratación, ni siquiera por razones de seguridad y salud en el trabajo; que a pesar de que el señor N. N. no se encontraba obligado a revelar su estado de VIH, lo hizo e indicó que tomaba el correspondiente tratamiento antirretroviral, y una vez que finalizó la entrevista médica, el médico, Dr. Nicolás Olmedo, mantuvo una entrevista a puerta cerrada con uno de los funcionarios de Talento Humano de Attenza, el señor Carlos Vélez, quien con posterioridad manifestó al señor N. N. que espere la llamada, que ellos le confirmarían la contratación, pese a que anteriormente le había confirmado que ingresaría a trabajar; (ii) El derecho a la igualdad y no discriminación, con base a que desde el momento en que se sometió al señor N. N. a exámenes de sangre en el proceso de contratación; que en ningún momento los representantes de Attenza justificaron la necesidad de la realización de estos exámenes para el ejercicio de la profesión de cajero; que el médico realizó la pregunta relativa a si el peticionario tenía una enfermedad de transmisión sexual, lo que se presume tenía como fin diferenciar o separar a los candidatos que tengan estas enfermedades del proceso de contratación de personal, todo a pesar de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano prohíbe expresamente tratos diferenciados que tengan por objeto o resultado el limitar o anular el reconocimiento y goce de derechos humanos; que una vez que los directivos de la compañía conocieron el estado de VIH positivo del peticionario, procedieron a discriminarlo, en base a prejuicios o estereotipos; que la supuesta argumentación dada

por Attenza para la no contratación del señor N. N., esto es, que ha reducido personal como consecuencia de la compleja realidad económica, lo que les ha obligado a utilizar de la mejor manera los recursos disponibles, se contradice con la información proporcionada por la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios, en el sentido de que Attenza entregó solicitudes de tarjetas nuevas para que nuevos funcionarios puedan circular por el Aeropuerto de Quito, lo que evidenció la contratación de dos señoritas para ocupar el puesto al que el señor N. N. se encontraba aplicando, contratación que, además, se hizo en el período en el que los representantes de la compañía aseguraron que no se realizaron nuevas contrataciones; y, (iii) el derecho al trabajo, con base a que la obligación genérica del Estado, en lo que dice relación al derecho al trabajo, incluye su obligación de 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; que la discriminación de las personas portadoras de VIH en el ámbito laboral, es una de las discriminaciones más frecuentes que sufren estas personas, y que se manifiesta tanto en la exclusión del acceso a los puestos de trabajo, o en el acoso a quienes ya estén trabajando, con el fin de procurar su separación; que, en virtud de lo anterior, jurisprudencialmente se ha establecido el principio de estabilidad laboral reforzada, cuyo objetivo es asegurar que las personas que ostentan una condición de debilidad manifiesta como es portar VIH o encontrarse enfermo con SIDA, gocen del derecho constitucional a la igualdad real y efectiva; que al no haberse dado por parte de ATTENZA 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 señor N. N. Sobre la base de lo anterior, solicitaron que se acepte la acción de protección y que se adopten las medidas de reparación integral. Por el sorteo legal, conforme consta del acta respectiva, correspondió conocer dicha acción al Tribunal de Garantías Penales con Sede en la Parroquia Quitumbe, del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, integrado por los jueces: Fausto Lana Vélez (Ponente), Adrián Bonilla Morales y Juan Tenesaca Atupaña. Mediante auto dictado el 19 de marzo de 2019, a las 15h52, se avocó conocimiento de la causa, aceptando a trámite la acción constitucional planteada, disponiendo que la compañía accionada sea notificada con el libelo de demanda; señalándose para el día 25 de marzo de 2019, a las 14h00, a fin de que tenga lugar la respectiva audiencia pública. En el día y hora que se fijó para que se lleve a cabo la mencionada diligencia, integrando el Tribunal la Jueza Mirian Escobar Perez en reemplazo del Juez Juan Tenesaca Atupaña, por encontrarse con licencia comparecieron: el accionante Ab. César Pérez Chacón; la Ab. Mery Tadeo Gonzalón, ofreciendo poder o ratificación de los accionantes Harlod 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; el señor N. N., en calidad de persona afectada; y, el Ab. Leopoldo González Ruiz, en calidad de Procurador Judicial del señor José Leonardo Jardim Da Silva, Gerente General y representante legal de compañía Attenza (accionada). Además, de conformidad con el Art. 12 de la LOGJYCC, el Tribunal

admitió la intervención, en calidad de *amicus curiae*, del señor Fausto Vargas Sandoval, Secretario General de la Coalición Ecuatoriana de Personas que Viven con VIH/SIDA (CEPVVS), a través de su defensor, Ab. José Luis Nieto Espinoza.

En consecuencia, cumplido dicho acto procesal, para resolver se considera: I JURISDICCION Y COMPETENCIA El Tribunal es competente para conocer y resolver la presente acción de protección según el Art. 86 (numeral 2) de la Constitución de la República, y en razón del sorteo efectuado, tal como lo dispone el Art. 222 del Código Orgánico de la Función Judicial, sustituido en las disposiciones reformativas del Código Orgánico Integral Penal (publicadas en el Registro Oficial Suplemento No. 180, del lunes 10 de febrero del año 2014), que además tiene relación con lo que dispone el Art. 160 (numerales 2 y 3) del Código Orgánico de la Función Judicial, y los Arts. 7, 166 (numeral 1) y 167 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJYCC). De igual modo, de conformidad a la Resolución No. 051-2017, de fecha 17 de abril de 2017, dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 994, de fecha viernes 28 de los mismos mes y año, a través de la cual se creó el Tribunal de Garantías Penales con Sede en la Parroquia Quitumbe, del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha (Art. 38), y en su Art. 40, numeral 2, en el que se establece: “Los jueces que integran el Tribunal de Garantías Penales con Sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, serán competentes para conocer y resolver las siguientes materias: (...) 2. Constitucional, conforme las disposiciones comunes de garantías jurisdiccionales previstas en el Título III de la Constitución de la República del Ecuador y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control, Constitucional”. II VALIDEZ PROCESAL En la sustanciación del proceso se han observado las garantías básicas del debido proceso previstas en el Art. 76 de la Constitución de la República y a las que se refiere el Art. 4 (numeral 1) de la LOGJYCC; se ha cumplido con las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, en relación con el principio de formalidad condicionada previsto en el Art. 4 (numeral 7) de la misma Ley; y, se ha dado a la causa el trámite establecido en el Art. 86 (numeral 3) de la Constitución de la República y en el Art. 8 de la LOGJYCC, sin que se observe violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, por lo que el proceso es válido. III DESARROLLO DE LA AUDIENCIA FUNDAMENTACIÓN DE LA ACCIÓN Y CONTESTACIÓN El accionante Ab. César Pérez Chacón fundamentó la acción planteada, en los siguientes términos: Que la Defensoría del Pueblo, tras conocer los hechos narrados por el señor N. N. en su petición, ha considerado que podría existir una vulneración a sus derechos humanos, por lo que el 13 de mayo del 2016 se inició una investigación defensorial; que consideran que se vulneraron derechos porque en la exposición de los hechos el señor N. N. les comentó que en febrero del 2016 presentó documentos a Attenza para poder ocupar la plaza de cajero, que fue seleccionado para trabajar en este puesto en el aeropuerto de Quito, decisión que le fue comunicada por el señor Carlos Vélez, quien estuvo a cargo del proceso de selección, posteriormente éste solicitó al señor N. N. que se realice exámenes de sangre, orina y heces, en el

laboratorio Prevemedic que fue contratado por Attenza; que antes de que se entrevistara con el médico de seguridad ocupacional, Carlos Vélez le indicó al señor N. N. que debía entrar a trabajar el 11 de marzo del 2016, el médico de seguridad ocupacional le preguntó al señor N. N. si tenía alguna enfermedad de transmisión sexual y si tomaba alguna medicación, ante lo cual le indicó que tiene VIH y que toma un tratamiento antirretroviral, al conocerse la condición del señor N. N., Carlos Vélez le dijo que le llamaría para ver si iniciaba o no el trabajo en la fecha acordada, pero al final nunca se lo contrató; que por esta razón se inició el proceso de investigación defensorial, en el cual se recopiló la siguiente información: el escrito del Gerente General de Attenza, en el que indica que no se ha realizado ninguna contratación desde el mes de febrero del 2016, sin embargo esto se ha cotejado con la información proporcionada por el Gerente de Seguridad de la Empresa Metropolitana de Servicios Aeroportuarios, quien, con fecha 24 de mayo del 2016, les envió los formularios para la obtención de tarjetas de circulación aeroportuarias solicitadas por Attenza en los meses de febrero, marzo, abril y mayo, lo cual se ha adjuntado como prueba, entre los que consta el de la señorita Moreno Machuca Mabel Yahaira, para el cargo de cajera, el mismo cargo que iba a ocupar el señor N. N., también se adjunta como prueba el certificado de afiliación al IESS de esta misma persona, a partir del mes de mayo del 2016, lo que demuestra que sí se contrató a más personas en el período que Attenza indicó que no contrató a nadie y se reforzó el sustento de la discriminación por pertenecer a una categoría sospechosa establecida en el Art. 11, numeral 2, de la Constitución; que ante esto la Defensoría del Pueblo expidió una resolución en la que se exhortó a Attenza que se analice la posibilidad de contratar al señor N. N. en un cargo similar y que se tomen medidas para reparar las afectaciones a sus derechos, como las disculpas públicas, también se exhortó para que inicie procesos para determinar responsabilidades por la divulgación de la información confidencial del señor N. N., más estos exhortos no se cumplieron, lo que implicó la vulneración de los siguientes derechos constitucionales: derecho a la confidencialidad, pues no se identificó los exámenes que se le iba a realizar al señor N. N. con sus muestras, ni cómo se iban a manejar los resultados de estos exámenes, tampoco se sabía cómo se iba a proceder con la información recopilada con la entrevista del médico ocupacional Dr. Nicolás Olmedo, la información que el señor N. N. otorgó a éste no se guardó con la debida confidencialidad, lo que evidencia la vulneración al Art. 66, numerales 11, 19 y 20, y al Art. 92 de la Constitución, lo que generó una posterior discriminación del señor N. N. en el ingreso al empleo ofertado, contradiciendo lo establecido en el Art. 11, numeral 2, de la Constitución, y el artículo que establece la igualdad formal y material de las personas, también la información dada por la compañía se contradice con la información dada por las instituciones del Estado, lo cual comprueba que existe una situación de discriminación y exclusión de la persona por pertenecer a una categoría sospechosa, también se realizaron exámenes de sangre sin sustento de requisitos técnicos de seguridad y salud en el trabajo, lo que hace presumir que estos exámenes se realizaron con fines discriminatorios para excluir de los procesos de contratación a las personas que tengan enfermedades de transmisión sexual, también se tiene la resolución de sanción de fecha 17 de marzo del 2017, en la que el Ministerio del Trabajo sanciona a Attenza por no contratar el número de personas con discapacidad

que establece el Art. 42, numeral 33, del Código del Trabajo, con esto se verifica que existen situaciones de discriminación y exclusión a diferentes personas de categorías sospechosas; que en el informe realizado por el médico de seguridad ocupacional del Ministerio del Trabajo sobre a Attenza se establece que la aptitud del postulante para ocupar un cargo se comunica por parte del médico ocupacional al departamento de Recursos Humanos, vía telefónica, lo cual no es válido en términos de cumplimiento de gestión de salud ocupacional, y éste fue el mecanismo que se utilizó para comunicar esta información, por parte del médico ocupacional, al señor Carlos Vélez e impedir la contratación del señor N. N.; que por ello solicitan como medidas de reparación: la declaración de la vulneración de derechos a la privacidad, confidencialidad, igualdad y a la no discriminación; la realización de disculpas públicas, guardando la debida privacidad y confidencialidad del señor N. N.; la realización de talleres y capacitaciones a trabajadores y al personal de Attenza, en derechos de las personas que viven con VIH; la reforma del Reglamento Interno de Attenza para que no se exija información o pruebas de enfermedades de transmisión sexual a los aspirantes de puestos de trabajo; la elaboración y aplicación de protocolos de medicina y salud ocupacional que establezcan que no se podrá solicitar información relacionada con las enfermedades de transmisión sexual y que se resguarde los mecanismos de comunicación de la información confidencial por parte del médico ocupacional a la dirección de Recursos Humanos de la compañía; reformar el Reglamento Interno de la compañía, estableciendo como falta grave la divulgación de información confidencial y personal de los trabajadores; y, el inicio de procesos internos y externos para sancionar a los responsables de la divulgación de la información confidencial del señor N. N. Como tercero interesado intervino el señor Fausto Vargas Sandoval, Secretario General del CEPVVS, a través del Ab. José Luis Nieto Espinoza, quien señaló: Que la compañía Attenza ha vulnerado el derecho de igualdad y no discriminación reconocido en el Art. 11, numeral 2, de la Constitución, en concordancia con el Art. 329 de la misma Constitución, que garantiza la igualdad de selección y capacitación de personal; que resulta pertinente la aplicación del principio de presunción de discriminación laboral, según lo establecido en las reglas jurisprudenciales dictadas por la Corte Constitucional en el caso No. 080-13-SEP-CC, en virtud de las 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; además ha establecido la protección laboral reforzada de las personas que viven con VIH; que también es aplicable el Art. 16 de la LOGJYCC, que establece que en los casos en que la persona accionada sea un particular se debe presumir cierto los hechos cuando se trate de discriminación, que es lo que ha ocurrido en este caso; que sin perjuicio de la aplicación del principio de presunción de discriminación, existen evidencias de que el señor N. N. no fue contratado por su condición de salud, de acuerdo con la documentación que fue aportada por la Defensoría del Pueblo, luego de que el señor N. N. fue excluido del puesto de cajero se contrató a tres personas, dos de ellas para ocupar el puesto de cajero; que se ha demostrado que la empresa no ha respetado el derecho a la confidencialidad, del informe del Ministerio del Trabajo queda claro que no se garantizó este derecho

cuando la aptitud del trabajador se la incluye como parte final de la historia clínica del postulante a trabajador, cuando dicho certificado de aptitud laboral debería estar en documento aparte, omitiendo los diagnósticos o condiciones médicas, además esto es comunicado vía telefónica, que no es una forma adecuada de garantizar la confidencialidad; que en cuanto a la vulneración del derecho al trabajo se debe tomar en cuenta el principio de indivisibilidad e interdependencia consagrado en el Art. 11, numeral 6, de la Constitución, en función del cual se debe concluir que la vulneración del derecho a la no discriminación e igualdad, y la vulneración a la confidencialidad, conllevó a la exclusión del puesto del trabajo del señor N. N. y, por tanto, ha existido una vulneración del derecho al trabajo reconocido en el Art. 33 de la Constitución; que en este caso es aplicable el Convenio 111 de la OIT que establece el deber del Estado de proteger a toda persona de la discriminación en el ámbito laboral; que la sentencia No. 001-16-PJO-CC establece que la acción de protección es procedente cuando existe una vulneración de las dimensiones constitucionales de los derechos de las personas, como ocurre en este caso, sin fijarse en el tiempo transcurrido, lo que importa es la protección eficaz e inmediata que se puede dar en este caso; que no existe un mecanismo judicial, adecuado y efectivo, que permita a una persona que se ha postulado a un puesto de trabajo reclamar ante la vulneración de sus derechos en la fase pre-contractual, esto no existe en la justicia laboral, por lo tanto, mal podía haber acudido la persona a la justicia ordinaria; que si la Comisaría de la Salud no sancionó al señor Olmedo significa que no hubo eficacia en la protección de los derechos constitucionales del señor N. N. en la vía administrativa, más bien esta negativa de justicia en sede administrativa abrió el camino procesal para que se presente esta acción de protección; que el informe de la Inspección del Trabajo determinó que existen fallas graves en perjuicio del derecho a la confidencialidad, tanto de postulantes como de trabajadores de Attenza, por lo que es procedente la acción de protección planteada; que respecto de la prueba hay que referirse al repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT, en materia de VIH/SIDA y el mundo del trabajo, las cuales, de acuerdo con el Art 10 y 424 de la Constitución, son parte del ordenamiento jurídico, por ser un instrumento internacional; que en dicho repertorio, dentro del glosario de términos, 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; que también se solicita que se tome en cuenta el repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre protección de datos personales, que establece que los empleadores no debería recabar datos personales que se refieran a la vida sexual del trabajador, lo que ha ocurrido en este caso; que sorprende que si el señor N. N. fue declarado apto para trabajar, por qué entonces no se lo contrató, y por qué entonces se contrató a otras personas en su lugar, claramente no se lo contrató debido a su condición de salud, lo cual supone un acto de discriminación, por lo que solicita que se acepte la acción de protección y se adopten las medidas de satisfacción solicitadas por la Defensoría del Pueblo. Por su parte, el Ab. Leopoldo González Ruiz, en calidad de Procurador Judicial del accionado José Leonardo Jardim Da Silva, Gerente General y representante legal de compañía Attenza (accionada), dio contestación a los

fundamentos de la acción, en los siguientes términos: Que la Defensoría del Pueblo ha referido que recibió una denuncia en marzo del 2016, sobre unos hechos supuestamente sucedidos en febrero del 2016, y el 19 de mayo del 2016 inició su procedimiento de investigación, emitiendo una resolución el 24 de noviembre del mismo año; que el Art. 40 de la LOGJYCC dice que la acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: violación de un derecho constitucional, acción u omisión de autoridad o un particular e inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, más si hubiera la necesidad de reparar un daño de forma inminente la Defensoría del Pueblo no hubiese interpuesto la presente acción después de tres años, ni la Constitución ni la ley prevén un plazo de prescripción o caducidad de las acciones, pero la Constitución señala que la finalidad de las garantías jurisdiccionales es la protección eficaz e inmediata de los derechos, no se puede decir que tres años más tarde ese carácter se mantenga, por eso en el derecho comparado algunas jurisdicciones han optado por establecer términos para la proposición de las acciones constitucionales, también de acuerdo al Art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hay seis meses para acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que la determinación razonable de ese marco temporal en que se debe ejercer una acción para protección de derechos humanos y constitucionales es plenamente compatible con las garantías jurisdiccionales, no puede pensarse que tres años más tarde se plantee esta acción de protección, por el contrario, ese marco de temporalidad fortalece las garantías de la acción de protección, caso contrario perdería el carácter de inmediatez que debería tener, por lo tanto, la presente acción es improcedente; que la Defensoría del Pueblo no ha contado toda la verdad, respecto de la violación de confidencialidad se argumenta que un médico externo fue el que le dijo a la compañía de la situación de salud del señor N. N., con base en lo cual ésta adoptó un accionar sospechoso; más, lo que la Defensoría olvida es que en su propio expediente consta el contrato de prestación de servicios técnicos especializados de asesoría, por el cual Attenza le contrató al Ing. Carlos Andrés Velasteguí Jaramillo para realizar las actividades de servicios técnicos especializados de salud y seguridad; que se ha dicho que un Dr. Olmedo habría cometido la violación de la confidencialidad, el cual debió haber sido convocado a esta audiencia para poder defenderse; que cuando la Defensoría sacó su resolución del 24 de noviembre del 2016 exhortó al Ministerio del Trabajo y al Ministerio de Salud para que sancione a Attenza, y a la Comisaría Provincial de Salud de Pichincha para que le sancione al Dr. Olmedo, pero el 4 de mayo del 2018 la Comisaría dictó la Resolución No. 200, dentro del proceso No. 605-2017, que da cuenta que ya le juzgaron al Dr. Olmedo, causa en la cual compareció el señor N. N. con el Ab. José Nieto, esto es, el abogado que presenta el *amicus curiae* en esta acción de protección, y pudo ejercer sus derechos ante la autoridad pública competente, resolución en la cual se señaló que el Dr. Olmedo no era parte de Attenza, sino que era parte del proveedor externo de servicios técnicos especializados que hacía chequeos pre-ocupacionales, por lo que al no haber sido convocado a esta audiencia el Dr. Olmedo se están violando sus derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva; que la resolución de la Comisaría Provincial de Salud señaló que no consta documentación que justifique y establezca reunión entre el Dr. Nicolás Olmedo con uno de los funcionarios

de Talento Humano de la empresa Attenza, mediante el cual se difundió el estado de salud del señor N. N., ni que hubo divulgación por parte del médico ocupacional del estado de salud del señor N. N. a los funcionarios de Attenza; además, la resolución dice que de los autos no consta prueba que determine la vulneración del principio de confidencialidad del paciente N. N. por parte del Dr. Saúl Nicolás Olmedo Palacios, por lo que la autoridad se abstuvo de sancionarlo, por no haber infringido el Art. 202, literal a), de la Ley Orgánica de Salud, y dispuso el archivo del proceso, por lo tanto, ya se juzgó sobre si hubo o no violación de confidencialidad; que con la prueba que ha presentado la Defensoría se ha tratado de sostener que Attenza conoció sobre el estado de salud del señor N. N. y que por eso no le contrató, que eso lo conoció por la violación del principio de confidencialidad por parte del Dr. Saúl Olmedo, pero ya quedó claro que no hubo tal violación de confidencialidad, pues así fue resuelto por la autoridad pública; que la única investigación que hizo la Defensoría para determinar si Attenza exigía pruebas de VIH para dar empleo es haber recibido la denuncia del señor N. N., ni siquiera le convocaron al señor José Jarrín para escucharle, pero cuando la Defensoría sacó su resolución le ordenó al Ministerio de Trabajo que investigue; que se dice que la compañía fue sancionada por una categoría discriminatoria por el tema de discapacidad, lo cual es falso, pues fue sancionada por no haber tenido el número suficiente de personas con discapacidad, según la Resolución No. MDT-DRTSP2-2017-1080-R4-I-FS, del 17 de marzo del 2017, dictada por la Dirección Regional del Trabajo de Quito; que en la misma resolución se señala que la Defensoría, mediante resolución de fecha 24 de noviembre del 2016, exhorta a que se sancione a Attenza de conformidad con el Art. 5 del Acuerdo Ministerial 398, publicado en el R.O. 322 del 27 de julio del 2006, por solicitar la obtención de la prueba de VIH sida como requisito para obtener un empleo, esto es, que la acción de protección no es el único mecanismo para sancionar, pues hay un acuerdo ministerial; que en la misma resolución se dice que de la inspección realizada por el Inspector del Trabajo y del médico ocupacional de la Dirección de Seguridad y Salud del Ministerio de Trabajo, se desprende que de la revisión de la historia clínica ocupacional pre-empleo del señor N. N. no existe dentro de los exámenes de laboratorio y de gabinete, exámenes de HIV como requisito para su contratación, y que el Dr. Saúl Olmedo Palacios certifica que el señor N. N. es apto sin restricciones para ocupar el cargo al que postula; también se señala que en las entrevistas realizadas a trabajadores ninguno manifiesta que se les ha solicitado prueba de HIV como requisito de contratación; que éste informe trató de ocultar la Defensoría; que en febrero y en marzo la compañía tuvo que disminuir su número de trabajadores, no solo que el puesto para el que postulaba el señor N. N. no se ocupó, sino que se disminuyó el puesto de trabajadores, para lo cual presenta las copias certificadas, tomadas del expediente de la Defensoría del Pueblo, que contienen los avisos de salida, así como presenta la resolución de la Dirección Regional del Trabajo antes mencionada y presenta la providencia de seguimiento a la Resolución No. 008-2017-DPE-DNDBV-CPCP, en la que el Ministerio del Trabajo concluye que se realizó un taller de capacitación y sensibilización con trabajadores y personal directivo y que mediante resolución se resolvió reformar de oficio el Reglamento Interno de la empresa Attenza, así como se dice que se verificó el cumplimiento de obligaciones laborales de la

empresa mediante entrevistas realizadas a sus trabajadores y por documentación que presentó la empresa; que solicita que se deseche la acción de protección propuesta porque no reúne los requisitos de la LOGJYCC, porque no solo que no hubo violación de confidencialidad, sino que la misma ya fue juzgada por la Comisaría de Salud, desanchoando que haya existido, porque hay evidencia que la compañía jamás ha pedido exámenes de VIH como medio para pedir o conservar el empleo, y porque no hubo nada ilegítimo por parte de la compañía, estaba en un proceso de pre-contratación y no contrató a nadie, de hecho la siguiente contratación que hizo fue en el mes de mayo del 2016. Haciendo uso de la réplica, la Ab. Mery Tadeo Gonzalón, en representación de los accionantes, señaló, en lo principal, que el rol de la Defensoría del Pueblo es garantizar el cumplimiento de derechos fundamentales, para lo cual tiene la facultad de emitir resoluciones, que son de carácter ético y en función de las cuales se considera que las instituciones y las personas las cumplirán, pero en este caso eso no se ha cumplido, por ello no se ha presentado de forma inmediata la presente acción, porque se esperaba que tras recibir la resolución de la Defensoría del Pueblo se tomen correctivos y haya una reparación el señor N. N., como mínimo se aspiraba una disculpa pública, hecho que no ha ocurrido durante tres años; que la Constitución establece que se presentarán acciones de protección contra de particulares cuando el daño ha sido grave, cuando subsista en el tiempo, en este caso han transcurrido tres años y el daño sigue perenne en el señor N. N.; que se habla que han habido otras personas demandadas, pero el Art. 76 de la Constitución dice que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa, el abogado de la parte accionada ha señalado las acciones administrativas que se han seguido en contra del médico que, según el informe de la Inspección del Trabajo, comunicó vía telefónica la aptitud del trabajador, con lo que se demuestra que hubo la comunicación de parte del profesional médico hacia la Attenza; en tal virtud, se ha demandado a la persona jurídica que cometió la vulneración de derechos, que de acuerdo a la información recibida decidió no contratar al señor N. N.; que se ha pretendido justificar que durante los meses de febrero, marzo y abril no se contrató, pero la misma parte accionada ha señalado que había un informe sobre la capacidad e idoneidad del señor N. N. para ser contratado, si no existiera una categoría sospechosa no se explica cómo en mayo se contrató a una tercera persona; que de acuerdo al Art. 16 de la LOGJYCC, cuando existe una acción de protección por discriminación la parte accionada debe justificar que no se dio la categoría sospechosa; que el Art. 42, numeral 2, de la LOGJYCC señala que la acción de protección no será aceptada cuando se hayan revocado o extinto los motivos por los que se presentó la acción, salvo que de estos actos se deriven daños susceptibles de reparación; que se ha aducido que no se ha producido daño, pero no se ha justificado que éste se haya revocado o extinto; que se hubiese justificado que no hubo categoría sospechosa si en el mes de mayo Attenza hubiera contratado al señor N. N.; que la vía presentada es idónea pues el mismo Ministerio del Trabajo informó, en las visitas que hizo, que no es competente para conocer y resolver sobre acciones pre-contractuales; que de acuerdo a los Art. 3, 4, 5, 417 y 424 de la Constitución lo procedente es que se analice si existió o no la vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación. Haciendo uso de la réplica, el Ab. Leopoldo González Ruiz señaló, en lo principal, que no se justifica por qué se

demoraron tres años para presentar esta acción; que no se ha dicho por qué la resolución de la Comisaría de Salud no vale, que señaló que no hubo violación de la confidencialidad, por el contrario, con ello se ha demostrado que el Dr. Olmedo no hizo nada malo y, por ende, tampoco lo hizo Attenza; que de acuerdo al informe del Ministerio del Trabajo, dos técnicos se salud verifican que en la compañía no se realizan exámenes de VIH en los trabajadores; que en los meses de febrero, marzo y abril del 2016 Attenza no realizó ninguna contratación, por el contrario existieron dos avisos de salida, las contrataciones siguientes son del mes de mayo del 2016, para cuando no se conocía la investigación de la Defensoría del Pueblo por este caso, hubiera sido sospechosa que conociendo de tal investigación se hubieran hecho tales contrataciones, pero es evidente que el señor N. N. postuló a un cargo, que hubo un proceso de pre-contratación previsto en el Reglamento de la compañía y que no fue elegido finalmente, y por ello no fue contratado; que sobre la confidencialidad y privacidad ya fue resuelto tanto por el Ministerio de Salud, como por el Ministerio del Trabajo, los accionantes piden que se haga caso omiso a estas resoluciones; que se pretende que se impongan más talleres de capacitación, pero aun cuando no se compartía con la resolución de la autoridad, la compañía pidió al Ministerio del Trabajo que proporcione talleres de sensibilización; que se pretende que se reforme el Reglamento Interno de Attenza, pero esto ya fue objeto de la resolución del Ministerio, a petición de la Defensoría, por lo que no existe razón jurídica ni fáctica que justifique la acción de protección planteada, por lo que insiste en que se deseche la misma. En la contra réplica y última palabra, la Ab. Mery Tadeo Gonzalón señaló, en lo principal, que la parte accionada tenía la obligación no de desvirtuar las acciones que se han hecho en contra del Dr. Olmedo, sino de desvirtuar que ha incurrido en una categoría sospechosa; que consta de las pruebas presentadas que existe un informe del Ministerio del Trabajo en el que se ratifica que la información dada por el Dr. Olmedo se la hizo vía telefónica, no son simples elucubraciones; que si bien la Defensoría no inició el proceso defensorial cuando hubo la contratación, pero fue en ese lapso donde incurrieron en la categoría sospechosa; que por cuanto la parte accionada no ha justificado que no incurrió en categoría sospechosa solicita que se acepte la acción de protección y se declare la vulneración de los derechos citados, y se determine las medidas de reparación que la ley establece.

IV CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL Según el Art. 88 de la Constitución de la República: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”. Por su parte, el Art. 6 de la LOGJYCC señala que: “Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su

violación (...); y el Art. 39 de la misma ley dice que: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”. Sobre la naturaleza, esencia y objeto de la acción de protección, la Corte Constitucional ha dicho que: “(...) la esencia de la acción de protección junto a las demás garantías jurisdiccionales es la de constituirse en el procedimiento adecuado para conocer y verificar la vulneración de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Al respecto, la Corte Constitucional manifestó: '(...) En efecto, la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales'. Dicho de este modo, esta garantía evidencia la irradiación constitucional que a partir del año 2008 en el Ecuador se ha venido forjando, por cuanto la misma, además de tener una amplia activación en el sentido de que cualquier persona la puede presentar cuando considere que sus derechos han sido vulnerados, tiene como objeto el amparo directo y eficaz de los 'derechos reconocidos en la Constitución'. Los derechos constitucionales que la acción de protección tutela son 'todos' los derechos determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que no se encuentran protegidos por otra garantía jurisdiccional, sin dejar de lado los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento, conforme lo determinado en el artículo 11 numeral 7 de la Constitución”. También cabe destacar la jurisprudencia vinculante dictada por la Corte Constitucional, respecto de la naturaleza y alcance de la acción de protección y del rol de los jueces que conocen esta garantía. Así, dicho organismo constitucional, en la sentencia No. 001-16-PJO-CC, emitió la siguiente regla con el carácter erga omnes: “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”. En suma, la Corte Constitucional determinó que es obligación ineludible del juez de garantías jurisdiccionales, al momento de resolver una demanda de acción de protección, realizar un análisis fáctico jurídico de manera razonada y argumentada de la existencia o no de la vulneración de los derechos constitucionales que el legitimado activo esgrime como vulnerados. En tal virtud, corresponde verificar y argumentar si ha existido o no vulneración de los derechos constitucionales alegados por los accionantes, que ameriten ser protegidos. En el presente caso, los accionantes sostienen, en términos generales, que dentro del proceso de selección de personal llevado a cabo por la empresa Attenza, en el cual participó el señor N. N. para acceder a

una plaza de trabajo, en concreto, en el puesto de cajero del local de la empresa ubicado en el Aeropuerto Mariscal Sucre, se vulneraron, en su perjuicio, los derechos constitucionales a la confidencialidad de la información de salud, a la igualdad y no discriminación, y al trabajo, en tanto, a pesar de haber sido seleccionado para ocupar dicha plaza e incluso habiendo sido comunicado que en determinada fecha empezaría a laborar, previamente un funcionario de la empresa que se encontraba a cargo del proceso de selección, el señor Carlos Vélez, le había requerido la realización de exámenes de sangre, orina y heces, conforme así también se encuentra estipulado en el Reglamento Interno de la compañía; que el señor N. N. acudió donde el médico ocupacional indicado por la compañía, el Dr. Nicolás Olmedo, quien, sin obtener su consentimiento informado, le practicó dichas pruebas, desconociendo a ciencia cierta qué tipo de exámenes se iban a practicar con sus muestras, así como le solicitó información sobre si era portador de VIH o si padecía de alguna infección de transmisión sexual, sobre lo cual no estaba obligado a informar, sin embargo de lo cual le refirió que es una persona con VIH y tomaba el correspondiente tratamiento antirretroviral; que posteriormente el Dr. Olmedo tuvo una entrevista privada con el señor Carlos Vélez, y luego éste le comunicó al señor N. N. que le confirmarían su contratación, que espere su llamada, lo cual nunca se dio, pese a que antes ya le había confirmado que ingresaría a trabajar, deduciendo entonces que el Dr. Olmedo divulgó la información del estado de salud del señor N. N. a los directivos de Attenza, en concreto, que era VIH positivo, cuando esta información se encuentra constitucional y legalmente protegida, sobre cuya base éstos procedieron a discriminarlo, con base a prejuicios o estereotipos, pues consideran que fue ésta la razón por la cual no le llamaron a ocupar la plaza de trabajo; que esto se confirma por el hecho de que, cuando la Defensoría del Pueblo, atendiendo una petición del señor N. N., dio inicio a un proceso investigativo para determinar si pudo existir vulneración de derechos, llegó a determinar que, pese a que Attenza había informado que la no contratación del señor N. N. obedeció a un proceso de reducción de personal como consecuencia de la compleja realidad económica, lo que les ha obligado a utilizar de mejor manera los recursos disponibles, contradictoriamente, dicha compañía contrató a dos personas para ocupar el puesto para el que el señor N. N. estaba aplicando, contrataciones que, además, se hicieron en el período de tiempo que la compañía había señalado que no contrató a ninguna persona, por tanto, consideran que el señor N. N. fue excluido de acceder a un puesto de trabajo con base en criterios discriminatorios. El Art. 11.2 de la Constitución de la República, establece que: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de

derechos que se encuentren en situación de desigualdad”. Distintos instrumentos y organismos internacionales también protegen el derecho a la igualdad, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo y Art. 1; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 2 y 26; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Arts. 1 y 24; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 2; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, Art. 3, entre otros. En relación al acto discriminatorio, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia T-098 de 1994, señaló que éste constituye: “el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona. La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable”. En relación a esta temática, en la sentencia C-371/00, la referida Magistratura señaló: “El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros. Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que '(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales'. El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad”. Sobre el uso de criterios o categorías sospechosas, nuestra Corte Constitucional ha manifestado: “Nuestra norma constitucional al parecer es específica y taxativa al establecer criterios por los cuales nadie podrá ser discriminado; la misma disposición constitucional (artículo 11 numeral 2 CR), es amplia al determinar que nadie podrá ser discriminado 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 inclusión de estos criterios o categorías contenidos en el artículo referido es lo que en doctrina se han denominado las categorías o criterios sospechosos (...) Así, las categorías sospechosas para esta Corte Constitucional son aquellas categorías utilizadas para

realizar tratos 'diferentes' respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República. Los tratos 'diferenciados' cuando están de por medio categorías sospechosas que contribuyen a perpetuar la inferioridad y la exclusión de determinados grupos (mujeres embarazadas, niños, adolescentes, personas portadoras de VIH, personas enfermas de SIDA u otra enfermedad catastrófica, personas con discapacidad, indígenas, afro ecuatorianos, etc.) se presume su inconstitucionalidad a menos que se demuestre lo contrario mediante razones válidas y suficientes. Para identificarlos de alguna manera, es necesario tener presente que i) aparecen incluidos como categorías prohibidas en el texto constitucional (artículo 11 numeral 2 CR); ii) restringen derechos constitucionales; y que, iii) generalmente afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y que requieren especial protección por parte del Estado. En tal virtud, quien acude a estas categorías o factores sospechosos para establecer diferencias en el trato, se presume que ha incurrido en una conducta arbitraria. Si la Constitución ha previsto el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación (artículo 66 numeral 4 de la CR), resulta difícil pensar que una actividad, sea laboral, política, académica o de otro tipo, pueda estar condicionada por el sexo, la edad, la nacionalidad, mucho menos por una enfermedad, dada la condición y las consecuencias propias que ello implica. Resulta claro para esta Corte, en primer lugar, que todas aquellas 'distinciones' que se fundan en los criterios expuestos en la norma constitucional del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, prima facie son inconstitucionales a menos que se demuestre lo contrario, dada la carga argumentativa y probatoria que implica justificar para quienes establecen un trato diferente que el mismo es razonable y proporcional; y en segundo lugar, solo una justificación razonable exime a quienes hayan establecido distinciones, de la responsabilidad de que pueda imputárseles un tratamiento discriminatorio". De igual modo, en cuanto a las formas de discriminación, en esta misma sentencia a continuación se señala: "(...) la norma constitucional del artículo 11 numeral 2 prohíbe tanto una discriminación directa, que tiene por objeto, y una discriminación indirecta, que tiene por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La discriminación directa que tiene por objeto es una discriminación expresa, directa, valga la redundancia, y explícita; en tanto que la discriminación indirecta que tiene por resultado es una discriminación que a primera vista aparece como neutral o invisible, pero que es irrazonable, injusta y desproporcional. A pesar de que no son pocos los casos en que no se hace una alusión directa o uso directo de estas categorías sospechosas para realizar tratos diferentes irrazonables, lo cual implicaría una actitud abiertamente inconstitucional, la discriminación indirecta que tiene por resultado es cada vez más frecuente, dado el ropaje o apariencia de buen derecho que comporta recurrir a criterios o categorías aparentemente justificables por parte del Estado o de los particulares, que en el fondo implican un trato discriminatorio". La ausencia de igualdad en caso de personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados conlleva a la

anulación permanente de otros derechos en distintos rangos, que van desde la seguridad social integral, pasando a situaciones básicas como el acceso y la permanencia en el trabajo, la educación o en el aspecto recreativo el ingreso a eventos o establecimientos abiertos al público como discotecas, bares, restaurantes, centros comerciales, ferias y similares. Sobre materia de empleo y ocupación, la Organización Internacional del Trabajo ha establecido que: “La discriminación en el empleo puede observarse en contextos diferentes desde los altos edificios de oficinas hasta las aldeas rurales y revestir formas muy variadas. Puede afectar a hombres o mujeres por motivo de sexo, o porque su raza o color de piel, extracción nacional u origen social, religión, u opiniones políticas difieren de las de los demás. Con frecuencia, los países deciden prohibir las distinciones o exclusiones e impedir la discriminación por otros motivos como la discapacidad, VIH/SIDA o la edad. La discriminación en el empleo resta oportunidades a las personas y priva a la sociedad de lo que esas personas pueden y deberán aportar”. Sobre esta base, se ha de concluir que la violación de derechos basada en criterios sospechosos es contrario a la Constitución y a las obligaciones internacionales adquiridas por el Ecuador, por lo que resulta inadmisibles que alguna autoridad pública o los particulares acudan a prácticas o normas basadas en ellos. Específicamente sobre las personas que padecen del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), la jurisprudencia ha reconocido la necesidad de una especial protección y su titularidad de derechos proclamados en textos constitucionales e internacionalmente, por cuanto su enfermedad los hace altamente vulnerables a la segregación social, sexual, económica y laboral. En este sentido, la Corte Constitucional ha dicho: “A nivel mundial los diferentes países han venido luchando por superar la segregación y el dolor que representa tener una sociedad afectada por la enfermedad del SIDA. Ubicar el problema de las personas portadoras de VIH y personas enfermas de SIDA dentro de un contexto de los derechos, permite entender el problema desde sus fundamentos: de la dignidad de las personas portadoras de VIH y personas enfermas de SIDA y su condición de sujetos de desarrollo dentro de un goce igualitario y no discriminatorio de sus derechos. Paradójicamente, a pesar de que las personas requieren una atención preferente por parte del Estado y de los particulares, los derechos de este grupo social han sido sistemáticamente desatendidos. La serie de problemas asociados con las personas portadoras de VIH y personas enfermas de SIDA no se agotan en los impactos de la producción y del desarrollo económico; ellos alcanzan principalmente a aspectos de su calidad de vida, vinculados con la discriminación y el estigma de la que son víctimas, por ello es que el tema del VIH y SIDA es tema fundamentalmente de derechos humanos. El derecho a no ser discriminado es uno de los derechos generalmente vulnerados tratándose de personas portadoras de VIH y personas enfermas de SIDA, dada la existencia de una percepción social negativa que se caracteriza por el desprestigio considerable que representa vivir con el virus o la enfermedad. Además las violaciones a los derechos humanos de las cuales son víctimas las personas portadoras de VIH y las enfermas de SIDA son múltiples, más si recalamos en el hecho de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos”. Uno de los ámbitos en los que se manifiesta la discriminación de este grupo de personas, es el laboral, tal como lo señala la Magistratura en la misma sentencia: “(...) Una de las discriminaciones más frecuentes se presenta en el ámbito

laboral por cuanto la noticia de que una persona es portadora de VIH o enferma de SIDA en un medio de trabajo, implica en la mayoría de los casos, que esa persona sea despedida o se vea acosada, de suerte que la persona afectada se halla en el desamparo y vulnerable frente a este tipo de actitudes. No todas las legislaciones en los diferentes países contienen disposiciones específicas sobre discriminación laboral en temas de VIH/SIDA justificando un trato diferente -preferencial- frente a circunstancias distintas. Algunas en las que de manera general se prohíbe toda discriminación laboral contra cualquier trabajador portador de VIH, o con enfermedad de SIDA; otras en donde existe una prohibición expresa que impide el despido o desmejora de las condiciones de trabajo; y otras en las que se prevé que ningún empleador está autorizado a solicitar certificaciones médicas a los empleados a efectos de conservar o acceder a un puesto de trabajo; empero, los despidos o separaciones motivadas por la sospecha o certeza de que una persona portadora de VIH o enfermedad de SIDA son una realidad”. Es por ello que el Estado ha generado una serie de herramientas dirigidas a establecer un trato diferencial positivo para las personas portadoras de VIH/SIDA, para evitar su discriminación en todos los ámbitos de su vida, incluyendo el laboral. Así, la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH-SIDA, en su Art. 1, señala: “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)”. Por su parte, el Art. 7, señala: “Ninguna persona será discriminada a causa de estar afectada por el VIH/SIDA o fallecer por esta causa”. Adicionalmente, el Ecuador es suscriptor de varios compromisos internacionales respecto de las personas portadoras de VIH, como la Declaración S-26/2 de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA del 27 de junio de 2001 y las Directrices Mixtas OIT/OMS sobre servicios de salud y el VIH/SIDA. En lo que dice relación al ámbito laboral, la Organización de las Naciones Unidas, profirió las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA, con el fin de establecer algunas líneas para guiar y adecuar el comportamiento de los Estados en orden a respetar y proteger los derechos humanos. Respecto al asunto de la protección en el trabajo la QUINTA DIRECTRIZ establece: “Los Estados deberían promulgar o fortalecer las leyes que combaten la discriminación u otras leyes que protegen contra la discriminación en los sectores tanto público como privado a las poblaciones clave de mayor riesgo, las personas que viven con el VIH y las discapacitadas, velar por el respeto de la vida privada, la confidencialidad y la ética en la investigación sobre seres humanos, insistir en la formación y conciliación, y aportar medios administrativos y civiles prontos y eficaces”. En la interpretación que el mismo documento hace sobre la quinta directriz, señala: “d) Deberían aprobarse leyes, reglamentos y convenios colectivos para garantizar los siguientes derechos en el lugar de trabajo: (...) iv) la seguridad laboral de los trabajadores que viven con el VIH mientras puedan seguir trabajando, con la posibilidad de acuerdos laborales alternativos y razonables; (...) xi) la protección contra la estigmatización o la discriminación por parte de colegas, sindicatos,

empleadores o clientes.” Finalmente, en cuanto a la Organización Internacional del Trabajo, la Recomendación 200 sobre el Trabajo y el VIH, establece y fortalece una serie de lineamientos para llevar a cabo la protección de los derechos consagrados en los distintos Acuerdos de esa organización. El párrafo 10 de la Recomendación citada estipula que el “estado serológico, real o supuesto, no debería ser un motivo de discriminación que impida la contratación, la permanencia en el empleo o el logro de la igualdad de oportunidades”, de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Invita a los Estados a que consideren ofrecer una protección igual a la disponible en virtud del Convenio (núm. 111). El párrafo 12 insta a los Estados a “proveer una protección eficaz contra la discriminación relacionada con el VIH en el lugar de trabajo y a velar por su aplicación efectiva y transparente”. La Recomendación dispone explícitamente que el estado serológico respecto del VIH, real o supuesto, no debería ser un motivo para terminar una relación laboral (párrafo 11). Además, estipula que “no debe existir discriminación en relación con los términos y las condiciones de empleo, incluidas las prestaciones relacionadas con el empleo”. De otro lado, la Corte Constitucional ha incorporado el concepto de la “estabilidad laboral reforzada” con relación a las personas y grupos de atención prioritaria. Respecto de las personas portadoras de VIH y las personas enfermas de SIDA, en concreto, dijo: “La Corte señala como un avance en materia de derechos laborales respecto de los derechos de personas portadoras de VIH y las personas enfermas de SIDA, estas no gozan de un simple estatus de estabilidad laboral aplicable a todas las relaciones laborales, sino que gozan de un principio de estabilidad laboral reforzada, merecedoras de una especial protección dada la fuerte carga discriminatoria que socialmente han tenido que soportar en sus relaciones de trabajo. Esta estabilidad laboral reforzada, tal como lo ha entendido la Corte Constitucional colombiana y lo incorpora esta Corte Constitucional en esta sentencia, tiene como objetivo 'asegurar que las personas que ostentan una condición de debilidad, gocen del derecho a la igualdad real y efectiva, que se traduce en materia laboral, en la garantía de permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación cuando ello sea del caso, y conforme con la capacidad laboral del trabajador', de suerte que, a menos de que exista una razón objetiva que tiene como finalidad desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad a la que se encuentra sometida una decisión de terminación de la relación laboral cuando una trabajadora o trabajador sea portador de VIH o enfermo de SIDA, el despido intempestivo practicado bajo esta circunstancia deviene en inconstitucional por la fuerte carga que pesa el justificar que el término de la relación laboral no obedecía al estado de salud del trabajador. 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”. Al amparo de esta doctrina jurisprudencial, la decisión del empleador de dar por terminada la relación laboral con el trabajador, motivada en la consideración de ser éste portador del virus VIH o encontrarse enfermo de SIDA, atenta contra los

derechos a la igualdad y no discriminación, al trabajo, y a otros derechos conexos como a la salud y a la seguridad social. Si bien estos criterios son aplicables a aquellos casos en que la relación laboral se encuentre ya consolidada, en orden a preservar la permanencia laboral, son predicables también respecto de la posibilidad de acceder al empleo, pues en fase pre-laboral, ciertamente, también pueden producirse situaciones de discriminación que afecten derechos fundamentales. En todo caso, estos criterios no se aplican automáticamente sólo por el hecho de ser la persona portadora del virus, sino que es necesario probar, para este caso en específico, la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y el impedimento a acceder a un puesto de trabajo (no contratación), de lo contrario, si esto no es verificable, es decir, si no se evidencia dicho nexo de causalidad, no hay acto discriminatorio, lo cual hace improcedente la acción de protección. Ahora bien, conforme el Art. 86 de la Constitución, la acción de protección procede para el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública no judicial, o cuando la violación provenga de una persona particular. En este último caso, la acción de protección procede: (i) si la violación del derecho provoca un daño grave; (ii) si presta servicios públicos impropios; (iii) si actúa por delegación o concesión; o, (iv) si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. En la especie, eventualmente nos encontraríamos frente a un caso de vulneración de derechos constitucionales fundamentales cometido por una persona particular (persona jurídica privada), en contra de quien se encontraba en estado de indefensión, pues, en efecto, por la forma en que éste señaló se produjo la violación de sus derechos fundamentales, esto es, al obligársele a practicar exámenes de laboratorio y revelar su condición de salud, en el marco de un proceso de pre-selección para acceder a un puesto de trabajo, sitúa la problemática en dicho estado. Por tanto, es natural que una persona que se encuentra en tal situación no cuente con las mismas posibilidades de defensa en la relación desequilibrada que tiene respecto del particular que ejecuta el acto violatorio del derecho fundamental, en este caso, especialmente, del derecho a la igualdad y no discriminación, de ahí que surge la necesidad de protección de este derecho a través de la presente acción. Por lo tanto, desde este punto de vista, al no vislumbrarse mecanismos de defensa alternativos y eficaces, es procedente la acción de protección para analizar la posible vulneración de derechos fundamentales. Por otra parte, es importante indicar que la violación del derecho constitucional a la igualdad y no discriminación, cometido en perjuicio del señor N. N. por parte de los representantes de la empresa Attenza, presuntamente se habría producido en el mes de febrero del año 2016, es decir, se trataría de un hecho consumado. No obstante, el hecho de que la violación se haya producido en el pasado no es óbice para que se pueda interponer esta acción constitucional, en la medida que sea posible restablecer la efectiva vigencia de los derechos fundamentales violados. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia T-131/06, señaló que: “Hay que tener en cuenta que si del estudio de los hechos se deriva una conducta que puede ser anulada, evitada o mitigada a través de éste mecanismo, ya sea de manera directa o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, será obligatorio para el juez constitucional pronunciarse sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales. Conforme a lo

anterior debe quedar claro que el concepto de hecho consumado no se agota en la definición o identificación de un hecho ocurrido en el pasado”. En la especie, se solicita a favor de una persona portadora del virus VIH el amparo de su derecho a la igualdad y no discriminación, al afirmar que sufrió discriminación, con motivo de tal condición, al momento de acceder a una plaza de trabajo en una empresa privada, por parte de uno de sus representantes. Por consiguiente, independientemente de que fuere o no cierto lo denunciado por los accionantes, es menester que se investigue las posibles conductas discriminatorias relacionadas con personas o colectividades históricamente segregadas o en asuntos en que se reprochan el uso de criterios sospechosos, como el que es motivo de la presente acción, dada la condición de salud del señor N. N. Además, el asunto es de relevancia constitucional por las posibles repercusiones que podría tener en el entorno en donde supuestamente se desarrollaron los actos discriminatorios, esto es, dentro de una organización empresarial que abarca una gran cantidad de trabajadores dependientes, puesto que existe la posibilidad, de ser cierto lo alegado, que los actos discriminatorios persistan o, aún más, se acrecienten en perjuicio de otras personas, por manera que podríamos estar frente a la vulneración de un derecho fundamental que permanece en el tiempo, por el no desaparecimiento de su contenido esencial, de ahí que es necesario contextualizar tal situación con el fin de hacer frente a la posible conducta o acto irregular mediante la adopción de medidas que anulen, eviten o mitiguen el daño causado por los actos discriminatorios y poder reestablecer la vigencia de los derechos fundamentales violados. Previo a analizar si en el presente caso existió o no los actos discriminatorios alegados por los accionantes, se debe dejar constancia que, dada la naturaleza del acto discriminatorio, muchas veces su prueba es de difícil obtención, de ahí que el Art. 16 de la LOGJYCC, si bien establece una regla general en el sentido de que la persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, seguidamente establece una excepción relativa a la inversión de la carga de la prueba, la cual se da en los casos señalados en la misma ley, siendo uno de ellos precisamente cuando se trate de actos de discriminación cometidos por un particular, los que se presumirán ciertos salvo que exista prueba en contrario, al tenor de lo señalado en el último inciso de la misma norma. Ello se encuentra en armonía con la amplia jurisprudencia existente al respecto. Así, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia T-741/04, indicó: “La regla general en materia de pruebas en los procesos de tutela consiste en que quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental debe probar los hechos que sustentan su acusación en la medida en que ello le sea posible; por tal razón, en cierto tipo de casos, en los cuales quien alega la violación de su derecho se encuentra en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, se ha dado un alcance distinto a dicho deber probatorio, distribuyendo la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada a demostrar con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para desvirtuar lo alegado en su contra. Así ha sucedido, por ejemplo, en múltiples casos relacionados con discriminación en el ámbito laboral. La justificación de esta distribución de la carga de la prueba radica en la

dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos; es de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal. Por eso, en materia de tutela, la regla no es 'el que alega prueba', sino 'el que puede probar debe probar', lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos” (lo subrayado es fuera del texto). Este criterio es clarificador en cuanto al traslado de la carga de la prueba en este tipo de casos, esto es, que le corresponde a la persona de quien se alega la ejecución del acto discriminatorio el desvirtuar la presunción de discriminación; no obstante, también señala que debe tenerse en cuenta que la persona afectada debe aportar las pruebas sobre los hechos que alega, siempre que materialmente le sea posible. En el presente caso, la prueba que se practicó en la audiencia pública fue la presentada por ambas partes, accionante y accionada, a la que se sumó la ordenada por el Tribunal, atenta la facultad concedida en el inciso segundo del Art. 16 de la LOGJYCC, por considerarlo pertinente para mejor resolver y entendiendo la responsabilidad que tiene de dilucidar la existencia o no de la discriminación alegada por los accionantes. Como se señaló en líneas anteriores, a decir de los accionantes, la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, en perjuicio del señor N. N., se produjo vulnerando previamente el derecho a la confidencialidad de la información, primero porque el funcionario de la empresa Attenza que se encontraba a cargo del proceso de selección de personal le habría solicitado que se realice exámenes de sangre, heces y orina en un laboratorio médico, sin justificación alguna, y desconociendo a ciencia cierta qué tipo de exámenes se iban a practicar, lo cual incluso se encuentra normado en el Art. 11 del Reglamento Interno de la compañía, vigente para ese momento; luego, porque el médico de salud ocupacional designado por la compañía para que realice al señor N. N. la valoración médica, le había efectuado preguntas relativas a si tenía algún tipo de infección por transmisión sexual y si tomaba algún tipo de medicación continua, aun cuando no se encontraba obligado a contestar, sin embargo éste le había dicho que era portador del virus VIH y que tomaba el correspondiente tratamiento antirretroviral; preguntas que los accionantes presumen tuvieron por fin diferenciar o separar del proceso de contratación de personal, a los candidatos que tengan estas enfermedades, esto porque posteriormente el médico ocupacional había mantenido una entrevista a puerta cerrada con uno de los funcionarios de Talento Humano de Attenza, y lo que sucedió en adelante es que el señor N. N. no fue llamado por la compañía para ocupar la plaza de trabajo, lo que les lleva a concluir que los directivos de la compañía no lo contrataron porque conocieron su estado de VIH positivo, esto es, procedieron a discriminarlo, en base a prejuicios o estereotipos. La intimidad ha sido reconocida por la Constitución como un derecho de carácter fundamental en el Art. 66, numeral 20. En esa disposición, el constituyente dispuso que: “Se reconoce y garantiza a las personas: (...) 20. El derecho a la intimidad personal y familiar”. El derecho a la intimidad supone la facultad de mantener una vida privada sin intervenciones, puesto que implica la existencia de un espacio propio, interno y personal del individuo. Por tanto, este derecho importa, en principio, el respeto

de su vida íntima frente a la interferencia de terceros en su esfera privada. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-768-08, con cita en su propia jurisprudencia, expuso lo siguiente: “(...) el derecho a la intimidad se refiere 'al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños'. De igual manera, en sentencia T-552 de 1997, la Corte manifestó: 'El derecho a la intimidad implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas. Algunos tratadistas han definido este derecho como el 'control sobre la información que nos concierne'; otros, como el 'control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona'. La Corte Constitucional, por su parte, (...) como 'el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto'. En este contexto, el derecho fundamental a la intimidad ha sido concebido como la posibilidad de rechazar cualquier intromisión arbitraria sobre el ámbito protegido que su titular ejerce. Por tanto, la intromisión en la intimidad de la persona sucede con el simple hecho de ingresar en el campo que ella se ha reservado, como un aspecto puramente material, físico, objetivo, independientemente de que lo encontrado en dicho interior sea dado a conocer o de los efectos que tal intrusión conlleve. Así pues, el individuo no puede estar sujeto de manera permanente a la observación o a la intromisión de sus semejantes, y en principio, tiene el derecho a reclamar el respeto de espacios excluidos del escrutinio público en donde pueda desarrollarse en plena libertad” (lo subrayado es fuera del texto). Como se señaló anteriormente, la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH-SIDA reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), disponiendo, en su Art. 1, que el Estado debe precautelar, entre otros intereses, la confidencialidad de los datos de las personas afectadas con el virus del VIH. En el Art. 6 de esta misma ley, expresamente se señala que: “Los casos diagnosticados de VIH/SIDA deberán ser obligatoriamente notificados al Ministerio de Salud Pública y los casos de fallecimiento por esta causa serán notificados en un plazo no mayor de quince días desde que fue conocido el hecho. Los médicos e instituciones de salud encargados de notificar guardarán con estricto cuidado la confidencialidad prevista en el artículo 1 de esta ley”, lo cual guarda correspondencia con el Art. 362 de la Constitución, en cuanto establece que los servicios de salud garantizarán la confidencialidad de la información de los pacientes. La protección del derecho a la intimidad de las personas que padecen VIH/SIDA está dada también en la medida de que se prohíbe solicitar la prueba de detección de VIH/SIDA como requisito para “obtener” o conservar un empleo en las empresas e instituciones privadas, mixtas o públicas, nacionales o extranjeras, según lo dispone el Art. 3 del Acuerdo Ministerial No. 00398, publicado en el Registro Oficial 322, de fecha 27 de julio de 2006. Ello en armonía con el mandato constitucional del Art. 66, numeral 11, que establece que en

ningún caso se podrá “exigir” o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal ni datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica, lo cual resulta razonable por cuanto, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia: “(...) la condición de portador del VIH o de enfermo de SIDA pertenece a la esfera íntima o privada pues, al menos en principio, a la sociedad no le asiste ningún interés legítimo para conocer esta información y su divulgación podría, además, activar las conductas discriminatorias que usualmente sufren estas personas”. Dicho lo anterior, el Tribunal advierte con claridad los siguientes elementos determinantes para la solución del caso concreto: En primer lugar, la acción de protección es presentada a favor de un sujeto de especial protección constitucional, como consecuencia de ser portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), situación que no ha sido materia de discusión, aun cuando no existe documento alguno que acredite tal diagnóstico. 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 N. N. 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 N. N., 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 N. N. 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 N. N., 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 N. N. 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 antirretroviral. 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 N. N. 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 N. N., en concreto, sobre su condición de ser portador de VIH. Esto lo pone en evidencia la documentación que presentaron los mismos accionantes, así como la documentación que presentara la parte accionada, precisamente para desvirtuar que la no contratación del señor N. N. 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 N. N., 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 N. N., por lo que, mediante Resolución Defensorial No. 008-CP, emitida el 24 de 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 N. N.; (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 N. N. 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 N. N. 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 N. N., 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 N. N., 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 N. N., 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 N. N. a los funcionarios de dicha empresa, por lo tanto, que no consta prueba que determine la vulneración del principio de confidencialidad del paciente N. N., en razón de lo cual se abstiene de sancionarlo. Por lo tanto, no existe certeza para este Tribunal lo sostenido por el señor N. N., 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 N. N., 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 N. N. 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, 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 N. N.. 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 N. N., 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 N. N. 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 irremediamente segregativa o sospechosa per se. V

RESOLUCIÓN Por lo expuesto, por cuanto de los hechos no se desprende que existe violación de derechos constitucionales, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 42 (numeral 1) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Tribunal de Garantías Penales con Sede en la Parroquia Quitumbe, del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, ADMINISTRANDO JUSTICIA CONSTITUCIONAL, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve: Negar la acción de protección propuesta por 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, a nombre del señor N. N., por improcedente. Disponer que dentro de tres días luego de ejecutoriada esta sentencia, la señora Secretaria envíe copia a la Corte Constitucional, en cumplimiento del Art. 86, numeral 5, de la Constitución de la República, y del Art. 25, numeral 1, de la LOGJYCC. NOTIFÍQUESE.-