

891-2018
FUNCION JUDICIAL



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

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

Juez(a): LANA VELEZ FAUSTO

No. Proceso: 17240-2019-00010

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

PROVEER ESCRITO,

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

1) Escrito (ORIGINAL)


FREDI JAVIER GALEAS PINTO



El desafío de ser diferentes, es sentirnos semejantes

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

Causa: 17240201900010

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

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

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

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

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

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

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



El desafío de ser diferentes, ex sentímonos semejantes

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

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



El desafío de ser diferentes, es sentirnos semejantes

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

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

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

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

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

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

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

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

ARGUMENTACIÓN CLARA SOBRE LOS DERECHOS

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



El desafío de ser diferentes, es sentirnos semejantes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 Constitución de la República: Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, **mujeres embarazadas**,

personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado (...) El

Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

5 Constitución de la República: Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ... 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales

de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...)



El desafío de ser diferentes, es ser todos semejantes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b. Los Estados partes se comprometen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



El desafío de ser diferentes, es vencerlos siendo iguales

por la Corte Constitucional como el test de motivación.

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

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

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

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

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

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

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

Sírvase proveer conforme lo solicitado.

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

22/04/2013



El Defensor del Pueblo y sus señorías comparecen

Firmamos en la calidad que comparecemos.

Maria Alexandra Almeida Unda
Maria Alexandra Almeida Unda

Directora Nacional de Derechos del Buen Vivir

Mery Tadeo Gonzalón
Mery Tadeo Gonzalón

Especialista Tutelar 3

Dirección Nacional de Derechos del Buen Vivir

César Pérez
César Pérez

César Andrés Pérez Chacón

Especialista Tutelar 1

Dirección Nacional de Derechos del Buen Vivir