



Activismo **JUDICIAL**

Verónica Hernández Muñoz





**El activismo judicial de la Corte
Constitucional del Ecuador
Estudio de casos sobre derechos sociales a favor
de grupos de atención prioritaria
Jurisprudencia periodo 2008-2018**

Verónica L. Hernández Muñoz
2018

UNIVERSIDAD ESPÍRITU SANTO

Km. 2,5 Vía a Samborondón - Ecuador

Teléfono: (593-4) 2835630

ceninv@uees.edu.ec

www.uees.edu.ec

Autor:

Verónica L. Hernández Muñoz

Editores:

Fernando Espinoza Fuentes

Alexandra Portalanza Chavarría

Coordinadora editorial:

Natascha Ortiz Yánez

Cita:

(Hernández-Muñoz, 2019)

Referencia Bibliográfica:

Hernández-Muñoz, V. (2019) Activismo Judicial. Universidad Espíritu Santo - Ecuador.

Portada:

Universidad Espíritu Santo

Diseño e impresión:

TRIBU Soluciones Integrales

Urdesa Norte Av. 2da. #315

Teléfono: (593-4) 2383926

ventas1@impgraficorp.net

Edición:

Primera, agosto 2019

ISBN-E:

978-9978-25-213-0

Derechos reservados. Prohibida la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio, sin la autorización escrita de los editores.

*Para quienes luchan por
la justicia de los grupos
vulnerables*

Índice:

Introducción.....	1
1. Decisiones dinámicas, transformadoras y garantistas.....	3
1.1. Características del juez activista.....	6
1.2. Casos de activismo seleccionados.....	10
2. Los jueces de instancia no fueron los generadores de tales cambios pro mujer o minorías, sino la Corte Constitucional del Ecuador.....	19
3. Garantía de los derechos sociales a través del principio de interdependencia. Cumplimiento de las obligaciones estatales frente a los derechos económicos, sociales y culturales.....	29
4. Las decisiones constitucionales no hacen referencia a las políticas públicas que afectarán: ¿valoran los jueces el impacto presupuestario de sus sentencias?.....	41
5. En cuatro casos la Corte Constitucional reforma leyes en beneficio de los grupos de atención prioritaria y los derechos sociales. Identificación de las normas que se reformaron.....	47
6. ¿El activismo judicial constituye una afectación positiva o negativa a la sociedad?.....	68
7. Conclusión.....	70
Bibliografía.....	77

Introducción

Este libro es el resultado del estudio de acciones extraordinarias de protección dictadas por la Corte Constitucional en el periodo 2008-2018. A través del estudio de casos se buscó analizar la problemática en torno a si, en Ecuador, hay o no activismo judicial respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, (DESC), invocados por los grupos de atención prioritaria. Del universo de sentencias, se escogieron los casos que cumplieran con los criterios siguientes: 1) Que se trate de un caso resuelto a favor de los derechos sociales. 2) Que se pueda identificar una actuación judicial dinámica, esto es, haber provocado una reforma legal o modificación de política pública y, 3) Que se haya invocado el derecho social en concordancia con el principio de igualdad y no discriminación. Como resultado se seleccionaron once casos que cumplieron los criterios señalados. Para ello, se realizó microcomparación de criterios judiciales respecto al tratamiento que los jueces de instancia dieron a los derechos sociales versus el tratamiento dado por los jueces constitucionales del máximo tribunal.

Lo que llamó la atención de estos fallos y los puntos que se expondrán son los siguientes:

1) La situación *ex ante* del tratamiento del caso por parte de la Corte Constitucional y la situación *ex post* a la sentencia.

2) Se verá como los jueces de instancia no fueron los generadores de tales cambios sino la Corte Constitucional del Ecuador.

3) Son once casos donde la Corte Constitucional, por el principio de interdependencia, otorga derechos sociales en conexión con el principio de igualdad y no discriminación. Esto quiere decir que, en Ecuador, a diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹, aún no permite la judicialización directa de los derechos sociales.

4) Al momento de resolver sobre los derechos sociales que, por regla general, se desarrollan, normativamente y a través de políticas públicas, la Corte Constitucional, no hace referencia a estos planes de gobierno.

5) En cuatro casos la Corte Constitucional reforma leyes en beneficio de los grupos de atención prioritaria y los derechos sociales, siendo la

¹ Caso *Lagos del Campo vs Perú*.

reforma de ley un asunto que, por regla general, corresponde a la Función Legislativa.

6) Tomando en consideración el Art. 11.8 de la Constitución ecuatoriana², se podrá contestar si en Ecuador el derecho a la igualdad y no discriminación en favor de los grupos de atención prioritaria en conexidad con los derechos sociales, se ha desarrollado progresivamente.

7) El desarrollo del libro se dará conforme los puntos anteriores que, en todo momento, querrán demostrar: la existencia de activismo judicial de la Corte Constitucional del Ecuador en beneficio de los grupos de atención prioritaria y como garantes de los derechos sociales en conexión con el principio de igualdad y no discriminación.

² Art. 11.8.- “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

1. Decisiones dinámicas, transformadoras y garantistas

A la función legislativa, en Ecuador, le corresponde la fiscalización del poder público y la aprobación, cambio o derogatoria de leyes. Mientras que la función ejecutiva se encarga del manejo de la *res pública* a favor del pueblo por medio de políticas públicas dentro de las competencias exclusivas que ostenta. Finalmente, se deja para la Función Judicial la administración de justicia; y, otros órganos autónomos como, por ejemplo, el anterior Tribunal Constitucional, el ejercicio del control constitucional de las leyes y los actos del poder público.

Sin embargo, un cambio de tipo de Estado operó luego de la constituyente de Montecristi a raíz de las concepciones de la novel Corte Constitucional, que se expresó desde sus inicios bajo la idea siguiente: “... *la adopción de nuevas metodologías e instrumentos de interpretación y comprensión de la realidad jurídica, **que van más allá de la separación de poderes y la consagración formal de los derechos de las personas**. El Estado ecuatoriano actual es un estado jurídicamente comprometido con la **realización efectiva de los derechos**, que se han convertido en instrumento de materialización del buen vivir que propugna la Constitución”³. (El subrayado y negrillas es propio).*

Bajo el nuevo paradigma constitucional, de Estado de Derecho a Estado Constitucional, el rol de los tribunales constitucionales de ser el “legislador negativo” que limite las arbitrariedades en garantía de los derechos, ha sido acogido en su totalidad, en los diez años de vida del máximo tribunal. El auto reconocimiento de poseer competencia para ir “más allá” de la separación de poderes para la materialización de derechos constitucionales es la interpretación que constituyó el inicio del activismo judicial.

Cuando se piensa en activismo, viene a la mente la idea de acción, de actuación por y para algo o alguien. El término “judicial” hace referencia a que tal actuación viene dada por los jueces. En las ocasiones en que los operadores judiciales, al momento de actuar, intervienen en las facultades del legislativo o del ejecutivo, se dice que estamos frente a casos de activismo.

³ Corte Constitucional en transición. Sentencia N° 002-08-SI-CC dictada en los casos N° 005-08-IC y 009-08-IC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 487 del 12 de diciembre de 2008.

El activismo judicial, según algunos autores, ha ido en la búsqueda de la mayor protección de los derechos contenidos en la parte dogmática de la Constitución y más, específicamente, a la protección de los derechos humanos⁴.

El rol de activismo lo ha reconocido la misma Corte Constitucional cuando en la sentencia N° 020-10-SEP-CC, Caso N° 0583-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 228 del 5 de julio de 2010, declara que los jueces frente a vulneración de derechos fundamentales no son espectadores sino activistas judiciales⁵. Un pensamiento que, en la realidad, ha implicado sugerencias de modificación de políticas públicas y de leyes en el área de salud y en el ámbito laboral. Incluso, en caso de no acatarse las decisiones de la máxima Corte, pueden los usuarios, vía acción de incumplimiento, asegurar la ejecución de la sentencia⁶. El círculo está cerrado, y la omisión del poder público se haya constreñida a las decisiones judiciales constitucionales.

El activismo judicial se da cuando un juez, por encima del ejecutivo y del legislativo, materializa los derechos de los ciudadanos. En este libro, se expondrá la línea jurisprudencial que la Corte Constitucional ha dado con relación al derecho al trabajo y el derecho a la salud. Como definición de los derechos sociales, se cita el criterio dado por la Corte Constitucional de Colombia:

⁴ Opus Magna Constitucional Guatemalteco, 2011. Tomo II. Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad. ISBN: 978-9929-8089-1-1. Capítulo IV. Análisis de Jurisprudencia Constitucional. Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider. Medir con la misma vara: Parámetros Generales para la evaluación de limitaciones al Derecho Constitucional a la Igualdad.

⁵ “La nueva corriente del constitucionalismo cuestiona la posición del juez como un simple “director del proceso” o espectador; mira al juez imbuido en el activismo judicial, que hace suya la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva; cumple un papel mucho más proactivo e investigativo, más comprometido en lograr la verdad procesal, tomando como puntos referenciales y obligados el ordenamiento jurídico y la realidad social; es decir, siendo “el custodio responsable del derecho sustancial disputado por las partes, y perceptivo de las condiciones materiales o sociales que rodean al hecho; dando énfasis a la necesidad de la defensa en juicio o comparecencia de las partes en equidad, con poder suficiente para disponer medidas de tutela urgente o preventivas, también llamadas medidas de satisfacción inmediata o precautorias, y reafirmando su voluntad de dar a cada uno su derecho en el momento oportuno”.

⁶ ACLARAR DE QUÉ CUERPOR LEGAL Art. 86, N° 4.- “Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley”.

“los derechos sociales son entonces aquellos derechos subjetivos colectivos que se establecen en favor de grupos o sectores de la sociedad y que se caracterizan por la existencia de un interés común y solidario, destinado a asegurar un vivir libre y digno”⁷.

No obstante, la existencia de un reconocimiento normativo, los derechos sociales solían desconocerse por la supuesta falta de recursos económicos o bien por la no justiciabilidad de este tipo de prerrogativas. Normalmente, la aplicación de los derechos sociales quedaba supeditada al desarrollo que los programas de gobierno podrían darles. En ese marco, Ramírez (2008) menciona:

“Los derechos sociales son prerrogativas carentes de justiciabilidad y que dependen de las políticas públicas para su efectividad. Sin embargo, afirma que las garantías fundamentales para la protección de derechos civiles y libertades fundamentales se hacen extensivas, a fin de conseguir escenario de justicia material y de protección integral”⁸.

Contrario al pensamiento anterior, el profesor Rodrigo Uprimny afirma que es posible la justiciabilidad de los DESC:

“Los derechos económicos, sociales y culturales son derechos constitucionales exigibles judicialmente en nombre del valor normativo de la Constitución”⁹.

El pensamiento de Uprimny está en permanente debate, pero no es la temática aquí a tratar. Para el presente análisis se toma punto de partida que

⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-226 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

⁸ Quinche Ramírez, M.F. (2008). Derecho Constitucional Colombiano, 2^a. Ed. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá. Quinche es enfático al afirmar que “ha sido señalado que el cumplimiento efectivo de los derechos de prestación, depende de la implementación de políticas públicas, pág. 235. Al respecto también ver: Arcidiácono, Pilar, Espejo Yaksic, Nicolás y Rodríguez Garavito, César (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2010. Los autores mencionados afirman que “a las posturas que sostienen que las normas que consagran derechos sociales son solo programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término y que no resultan justiciables, se les responde con sólidos argumentos que demuestran que lo que hay del otro lado son más bien perjuicios ideológicos, que las diferencias entre las dos categorías de derechos no son tales, y que no hay nada en la naturaleza de los derechos sociales que los haga menos posibles de protección judicial”, Pág. 27

⁹ Uprimny, R. (2006). ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia en ¿Justicia para todos? Sistema Judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Bogotá, Editorial Norma, Págs. 515 y 516.

los operadores jurídicos constitucionales, reconocen la justiciabilidad de los derechos sociales. El objetivo a alcanzar, es poder demostrar como los jueces constitucionales no han limitado su actuación al reconocimiento de tales derechos subjetivos, sino que, tratándose del derecho al trabajo y a la salud, específicamente; han procurado tender la balanza hacia la favorabilidad de los grupos de atención prioritaria siguientes: mujeres embarazadas, personas con enfermedades catastróficas y personas con discapacidad. Además, de un asunto de género, también relacionado al derecho al trabajo.

1.1. Características del juez activista

Para iniciar el tema aquí tratado, el ejemplo por excelencia y punto de partida del activismo judicial está contenido en la sentencia *Brown v Board of Education* (1954) de la Corte Suprema estadounidense¹⁰. Acogiéndose a la Decimocuarta Enmienda, esta célebre resolución combinó cinco casos de cuatro estados y por unanimidad, la Corte de Warren dictaminó que: “*las instalaciones educativas separadas son inherentemente desiguales*”.

Esta sentencia inició entonces una evolución y revolución social, pues marcaba el fin de una de las formas más visibles de discriminación en Estados Unidos sobre la que el Ejecutivo y el Congreso de ninguna fouado. La Corte Suprema de los EE.UU. había hablado, pero no fue sino hasta 10 años después de la sentencia en 1964 mediante la elaboración de la Ley de Derechos Civiles y Políticos, el momento en el que la Función Ejecutiva y el Parlamento tomaron su postura frente a la segregación racial, en general.

Otra enseñanza que del caso *Brown v Board of Education*, está relacionada con la independencia judicial y la demostración de que las sentencias judiciales por sí solas no son suficientes para producir los efectos en ella establecidos, sino que es necesaria la intervención de los demás poderes del Estado para dar paso a su cumplimiento. La Función Judicial debe ser independiente en cuanto al poder de decidir sin injerencia interna o externa alguna. No obstante, las decisiones judiciales requieren de la cooperación institucional para ser efectivas. Un ejemplo de la cooperación institucional es el dado por el autor Gerald Rosenberg (1991):

¹⁰ “En los años cincuenta regía en Estados Unidos la segregación racial en la educación, los niños de raza negra estudiaban en determinados centros educativos y los niños de raza blanca, en otros. Los padres de los niños afroamericanos trataban de inscribir a sus hijos en mejores y más cercanas escuelas, pero eran continuamente rechazados por su color.”

“La década 1954-1964 proporciona de cerca un entorno ideal para medir la contribución de los tribunales vis-à-vis con el Congreso y el Poder Ejecutivo en la desegregación de las escuelas públicas. Durante diez años, la Corte habló con fuerza, mientras que el Congreso y el Ejecutivo hicieron poco. Luego, en 1964, el Congreso y el Poder Ejecutivo entraron en la batalla con la pieza más importante de la legislación de derechos civiles en casi noventa años. [...] Esta historia le permite a uno aislar la contribución de los tribunales. Si los tribunales fueron efectivos en la desegregación de las escuelas públicas, los resultados debieron surgir antes de 1964. Sin embargo, fueron el Congreso y el Poder Ejecutivo a través de la Ley de 1964 de los Derechos Civiles y de 1965, el ESEA, que marcaron la diferencia real, entonces el cambio se produciría a partir de 1964 o 1965”¹¹.

Cabe aquí señalar que la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo también un “cambio de época”, de tratar asuntos de *judicial review*, pasó a la interpretación de las normas, haciendo el tema de los derechos civiles y políticos el más importante por ella resueltos, donde, según explica Martin Shapiro, se erige como “la campeona solitaria que pone un alto contra los excesos de los otros poderes o de los distintos estados”¹². Deja en claro que en otros asuntos referentes al derecho laboral y tributario existe una cooperación entre Funciones, pero cuando se trata de asuntos relacionados a los derechos civiles y políticos, no hay un real consenso. Desde la decisión de *Brown v BOE*, el partido conservador intentó refrenar el activismo judicial, pero si algo está claro es que el poder de la Corte Suprema se mantiene intocable.

En cuanto a Latinoamérica, los jueces han adoptado un nuevo papel. De la interpretación formal de los derechos, han pasado a la defensa e incluso ampliación de los derechos de los ciudadanos. La Corte Constitucional del Ecuador, en el CASO 0043-07-TC, mencionó que el ordenamiento constitucional ecuatoriano desde su origen, a comienzos del siglo XIX, fue influenciado, fundamentalmente, por el paradigma constitucional Europeo Continental y por ello, a pesar de la cantidad de cambios constitucionales producidos en su historia, el sistema de fuentes que ha regido en el Ecuador

¹¹ Gerald N. Rosenberg, “The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?” University of Chicago Press, 1991.

¹² Shapiro Martin, *Law and Politics in the Supreme Court. New Approaches to Political Jurisprudence*.

es sustancialmente el legicéntrico de inspiración francesa. Este modelo constitucional, está indisolublemente asociado y se remite a un concepto jurídico muy conocido en el derecho liberal: la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los propios ciudadanos¹³.

En los últimos años varios tribunales de última instancia han comenzado a presentarse como defensores de derechos e intervenir en controversias políticamente significativas. Al hablar de “políticamente significativas”, en lo que corresponde a este libro, nos referimos a socialmente importante para la política nacional, por cuanto los activistas de la región utilizan cada vez más los tribunales como escenario de su lucha y la vía a través de la cual hacer valer sus derechos¹⁴. Esto ha llevado a estudiosos a concluir que una judicialización de la política está en marcha en la región¹⁵.

Los tribunales, hoy en día, no solo ejercen la facultad del *judicial review*, sino que han asumido un papel más importante en los debates políticos y sociales, tareas tradicionalmente ejercidas por las otras ramas del Estado.

El texto *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*¹⁶, menciona tres diferencias significativas que distingue el derecho y la política actual en Latinoamérica y que demuestra la existencia de un proceso de judicialización de la misma:

1. Ampliación, por parte de las instituciones del lenguaje jurídico, en el ámbito de la vida social y política.
2. Ampliación de instrumentos jurídicos disponibles para el uso en las luchas políticas; y,
3. Recurrir, con frecuencia, al lenguaje jurídico y los instrumentos legales como una estrategia dentro de los tipos de lucha política.

Frente a esta situación, surge la duda si lo correcto es dejar en los Tribunales la toma de decisiones que generan cambios sociales, en un sistema no del todo fiable o confiar esta tarea al Parlamento o al Ejecutivo, cuyos representantes

¹³ Zagrebelsky G. El derecho dúctil, Editorial Trotta, Madrid 1995, P. 24

¹⁴ Couso, Javier, Huneus, Alexandra, Sieder, Rachel. *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*.

¹⁵ Domingo, 2004; Sieder, Schjolden and Angell 2005.

¹⁶ Javier Couso, *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, 2013.

han sido democráticamente elegidos, siendo sus decisiones de inmediato escrutinio.

En ocasiones, los sistemas judiciales varían de país a país; pues no es lo mismo el ejercicio del poder judicial dentro de un contexto científico legal desarrollado como lo es el americano que el poder de decidir cuestiones sociales en países que no cuentan con bases constitucionales y jurídicas del todo sólidas, en ocasiones, producto de la inestabilidad institucional de sus malos gobiernos, por falta de presupuesto, o por ejecución de deficientes políticas públicas.

Contrariamente al sistema anglosajón, donde resuelve la Corte Suprema, en Latinoamérica el encargado del cumplimiento y desarrollo de los derechos fundamentales es la Corte Constitucional. Una institución que, como se verá en este libro, ha tomado el rol de juez activista de los derechos sociales específicamente del derecho al trabajo y a la salud que han sido vulnerados a las personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria. En sus decisiones, los jueces constitucionales han ordenado reformas legislativas, cambios en las políticas públicas y han interpretado, como su deber llama, en un sentido evolutivo los derechos sociales al trabajo y a la salud.

Sin embargo, los jueces que son los encargados de trabajar por los derechos desde un ámbito garantista, para generar un real cambio social en las políticas de Estado, requieren que las otras funciones públicas apoyen y apliquen sus decisiones.

En Sentencia N° 146-14-SEP-CC, Caso N° 1773-11-EP, la Corte Constitucional señala que el juez es “*el director del proceso*” o *espectador*, pues mira al juzgador abocado al activismo judicial en miras a precautelar los derechos constitucionales, cumpliendo un rol proactivo durante la sustanciación de las garantías jurisdiccionales de los derechos, comprometido en alcanzar una verdadera justicia, tomando el ordenamiento jurídico y la realidad social como su fundamento; y precisamente esta Corte ha definido el papel del juzgador de garantías jurisdiccionales como: “(...) el custodio responsable del derecho sustancial disputado por las partes, y perceptivo de las condiciones materiales o sociales que rodean al hecho; dando énfasis a la necesidad de la defensa en juicio o comparecencia de las partes en equidad, con poder suficiente para disponer medidas de tutela urgente, o preventivas,

*también llamadas de satisfacción inmediata o precautorias, y reafirmando su voluntad de dar a cada uno su derecho en el momento oportuno*¹⁷.

Como características del juez activista, se considera que pueden resumirse en las siguientes:

- a. Juez Dinámico.- deriva del actuar. No se está frente a un juez pasivo ni espectador sino sujeto activo de la norma jurídica.
- b. Juez Transformador.- porque sus decisiones producen cambios sociales, incluso modificaciones en determinadas políticas públicas y/o leyes.
- c. Juez Garantista.- porque mediante la transformación social no solamente que materializa el derecho sino también tiene la posibilidad de conocer la garantía jurisdiccional que podría interponerse de no acatarse se primera resolución. Esto es la acción de incumplimiento. El juzgador sigue transformando hasta conseguir ejecutar lo juzgado.

1.2. Casos de activismo seleccionados

Los criterios de selección de la sentencia fueron los siguientes: 1) Que se trate de un caso resuelto a favor de los derechos sociales; 2) Que se pueda identificar una actuación judicial dinámica, esto es, haber provocado una reforma legal o modificación de política pública; y, 3) Que se haya invocado el derecho social en concordancia con el principio de igualdad y no discriminación.

A continuación, se realizó un cuadro ejemplificativo de cada una de las sentencias estudiadas, donde se expone la situación conocida por la Corte Constitucional, que contesta a la pregunta: ¿qué transformó la CC? Luego, se detallan los derechos sociales garantizados por los jueces constitucionales, identificados con la pregunta: ¿Qué garantizó? Y, por último, el señalamiento de la decisión final de la Corte.

¹⁷ Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sentencia No. 020-10-SEP-CC, caso No. 583-09-EP, 11 de mayo del 2010.

Caso 1: Despido de persona con VIH (Sentencia N° 016-16-SEP-CC. Caso N° 2014-12-EP)

¿Qué situación conoció y transformó?	El despido de un policía con VIH, alcoholismo y depresión.
¿Qué garantizó el juez a través de su decisión?	El derecho al trabajo y a la salud, en conexidad con el principio a la igualdad y no discriminación.
¿Cómo lo garantizó? ¿Qué decidió?	<p>Reconocimiento de la estabilidad laboral de las personas con VIH.</p> <p>Empleador no podrá justificar la terminación de relaciones laborales fundado en argumentos que se agoten en el rendimiento de las actividades laborales del empleado portador de VIH.</p> <p>Despedir a una persona con VIH es discriminatorio.</p> <p>Las personas con VIH deben contar con sueldo porque de ella saldrán los recursos disponibles para atender sus necesidades de portador de VIH.</p>

Caso 2: Despido de bombera por su condición de mujer (Sentencia N° 292-16-SEP-CC. Caso N° 0734-13-EP)

¿Qué situación conoció y transformó?	Despido de bombera por su condición de mujer.
¿Qué garantizó el juez a través de su decisión?	El derecho al trabajo en conexidad con el principio a la igualdad y no discriminación.
¿Cómo lo garantizó? ¿Qué decidió?	<p>Restitución del trabajo para revertir la medida discriminatoria.</p> <p>Dispuso que funcionarios judiciales generen confianza a la víctima en asuntos de violencia de género.</p> <p>Dispuso creación de Protocolo de Trabajo con visión de género para el Municipio de Archidona y que se lleve a cabo la campaña de rechazo social a las agresiones de género.</p>

Caso 3: Despido de mujer con licencia de maternidad (Sentencia N° 309-16-SEP-CC. Caso N° 1927-11-EP)

<p>¿Qué situación conoció y transformó?</p>	<p>El despido de mujer en periodo de lactancia</p>
<p>¿Qué garantizó el juez a través de su decisión?</p>	<p>El derecho al trabajo en conexidad con el principio a la igualdad y no discriminación.</p>
<p>¿Cómo lo garantizó? ¿Qué decidió?</p>	<p>Reintegro de la trabajadora a su puesto de trabajo Pago de las remuneraciones dejadas de percibir hasta el momento Reforma al Art. 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público y Carrera Administrativa. La Corte Constitucional estimó que el caso de las personas con discapacidad es análogo al de las mujeres embarazadas. Son consideradas, durante el periodo de embarazo y lactancia, como parte de los grupos de atención prioritaria y tienen garantías específicas que prohíben la discriminación en el trabajo.</p>

Caso 4: Despido de oficial de tránsito por tener hepatitis B (Sentencia N° 362-16-SEP-CC. Caso N° 0813-13-EP)

<p>¿Qué situación conoció y transformó?</p>	<p>Despido de agente de tránsito por tener hepatitis B</p>
<p>¿Qué garantizó el juez a través de su decisión?</p>	<p>El derecho al trabajo y a la salud, en conexidad con el principio a la igualdad y no discriminación.</p>
<p>¿Cómo lo garantizó? ¿Qué decidió?</p>	<p>Restitución a su puesto de trabajo. Pago de las remuneraciones atrasadas. Prohibición al empleador de dar por terminada una relación laboral con un empleado que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta en razón de sus padecimientos.</p>

	<p>Corte Constitucional derogó literal F) del Art. 66 de la Ley de personal de la Comisión de Tránsito del Guayas. Por el que los miembros del Cuerpo de Vigilancia entrarían en situación transitoria: “por enfermedad crónica comprobada”. A criterio de los jueces constitucionales, tal disposición jurídica es inconstitucional porque no guarda armonía con el principio de igualdad y no discriminación.</p>
--	---

Caso 5: Portador de VIH al que el IESS no entregó medicamentos por escasez de antirretrovirales (Sentencia N° 364-16-SEP-CC. Caso N° 1470-14-EP)

¿Qué situación conoció y transformó?	No entrega de medicamentos a persona con VIH
¿Qué garantizó el juez a través de su decisión?	El derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida.
	<p>Derecho a la salud tiene contenido complejo y diverso, no puede ser considerado únicamente como la ausencia de enfermedad en un momento determinado; sino que, implica también la obligación del Estado de actuar de forma preventiva por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos, así como brindar atención médica, tratamiento de enfermedades y suministro de medicamentos.</p> <p>El Estado tiene el deber de fortalecer los servicios de salud pública y de asegurar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder de manera permanente a servicios de salud de calidad y calidez sin ningún tipo de exclusión.</p> <p>Estado debe trabajar en el diseño y construcción de políticas públicas que garanticen la promoción y atención integral de los servicios de salud.</p>

<p>¿Cómo lo garantizó? ¿Qué decidió?</p>	<p>Sobre las políticas públicas de salud, el Estado es responsable de formular la política pública necesaria a fin de universalizar la atención de salud y mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura; fortalecer los servicios estatales de salud; incorporar el talento humano y proporcionar la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud; brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria; garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces; promover el desarrollo integral del personal de salud; así como garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos.</p> <p>Corte Constitucional ordenó que las personas con VIH y que son atendidas por el IESS no sean privadas de la prescripción y entrega de los medicamentos que forman parte de su tratamiento integral, por cuestiones ajenas a las estrictamente médicas y ordenó que el Ministerio de Salud oficie a los hospitales públicos con la información de que no podrán, por cuestiones meramente administrativas, abstenerse de prescribir y suministrar a las personas con VIH la medicación que forma parte de su tratamiento.</p>
---	--

Caso 6: Despido de mujer embarazada

<p>¿Qué situación conoció y transformó?</p>	<p>El despido de mujer embarazada.</p>
<p>¿Qué garantizó el juez a través de su decisión?</p>	<p>El derecho al trabajo en conexidad con el principio a la igualdad y no discriminación.</p>
	<p>Reintegro de la señora a su puesto de trabajo</p>

¿Cómo lo garantizó? ¿Qué decidió?	<p>Pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde el momento del despido</p> <p>Reforma al Art. 60 de la Ley Orgánica de Servicio Público y Carrera Administrativa. En el sentido de que: "... para la supresión de puestos no se considerarán los puestos que ocupen las personas con discapacidad severa o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, o conviviente en unión de hecho o progenitor con un grado severo de discapacidad, debidamente certificado por el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS); tampoco serán considerados los puestos que ocupen las mujeres embarazadas, aquellas que se encuentren gozando de su licencia de maternidad o del permiso para cuidados del recién nacido previsto por el Art. 33 de la LOSEP".</p>
--	--

Caso 7: Despido de mujer con discapacidad y con licencia de maternidad

¿Qué situación conoció y transformó?	El despido de mujer con discapacidad y con licencia de maternidad.
¿Qué garantizó el juez a través de su decisión?	El derecho al trabajo en conexidad con el principio a la igualdad y no discriminación.
¿Cómo lo garantizó? ¿Qué decidió?	<p>Restitución al puesto de trabajo</p> <p>Pago de las remuneraciones atrasadas dejadas de percibir desde el momento del despido</p> <p>Reforma al Art. 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público y Carrera Administrativa. Existe necesidad de extender contrato de servicios ocasionales a las personas con discapacidad y también a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, por ser parte de los grupos de atención prioritaria.</p> <p>Reforma al Art. 143 del Reglamento LOSEP en el mismo sentido.</p>

Caso 8: Profesora de escuela pública con enfermedad catastrófica, cáncer, a la que le negaron modificación de jornada laboral

<p>¿Qué situación conoció y transformó?</p>	<p>Negativa de cambio en jornada laboral a profesora con enfermedad catastrófica</p>
<p>¿Qué garantizó el juez a través de su decisión?</p>	<p>El derecho al trabajo y a la salud en conexidad con el principio a la igualdad y no discriminación.</p>
<p>¿Cómo lo garantizó? ¿Qué decidió?</p>	<p>La accionante, en razón de su cuadro clínico, debía recibir un trato prioritario en su esfera laboral. Solo así se entiende protegido su derecho a la salud.</p> <p>Más allá del tratamiento que reciba en los hospitales es necesaria la actuación complementaria de otras instituciones cuyas actuaciones tienen incidencia sobre la salud de la accionante.</p> <p>La institución debió haber mantenido un horario de clases que posibilite un tratamiento médico en condiciones efectivas a favor de la accionante, para así garantizar las recomendaciones de sus médicos.</p> <p>Si se cumplen las prescripciones médicas, se garantiza el derecho a la salud de la ciudadana Elsie Bacusoy, en lo contrario, desatender tales prescripciones resulta, a juicio de la autoridad, fuente de trasgresión del derecho a la salud.</p> <p>El complejo estado de salud de la señora Elsi Bacusoy, demandaba que la escuela empleadora, a través de su rectora y Consejo Directivo, mantenga la carga horaria inicial fijada para la docente y no establece una carga horaria mayor, menos aún cargarle tutorías; porque esto implicaba un mayor esfuerzo físico e intelectual y no correspondía con las sugerencias médicas. Por lo tanto, no garantizaba la salud.</p>

Caso 9: Despido de trabajador con enfermedad catastrófica/

¿Qué situación conoció y transformó?	Despido de trabajador con enfermedad catastrófica/profesional
¿Qué garantizó el juez a través de su decisión?	El derecho al trabajo en conexidad con el principio a la igualdad y no discriminación.
¿Cómo lo garantizó? ¿Qué decidió?	La Corte Constitucional ordenó la inmediata restitución del trabajo y la implementación de la regla jurisprudencial para casos análogos, esto es, la aplicación de la estabilidad reforzada y con ello la Corte ha evitado que personas con enfermedades catastróficas sean, a primera mano, despedidas intempestivamente. El mandato judicial dado es la estabilidad laboral reforzada, la obligatoriedad de reubicar al trabajador con enfermedad catastrófica, mas no el despido intempestivo, que no es más que una valoración económica del ser humano.

Caso 10: Niño con discapacidad, diagnosticado con retardo mental, trastorno por déficit de atención, trastorno de conductas sociales y epilepsia, cuya tutela estaba a cargo del abuelo, no fue atendido por el IESS

¿Qué situación conoció y transformó?	No atención de niño con discapacidad, diagnosticado con retardo mental, trastorno por déficit de atención, trastorno de conductas sociales y epilepsia, cuya tutela estaba a cargo del abuelo
¿Qué garantizó el juez a través de su decisión?	El derecho a la salud en conexidad con el principio pro homine
	La Corte Constitucional ordenó que el IESS brinde el tratamiento y atención medica que requiera (...) mientras este se encuentre en custodia familiar del afiliado NN.

<p>¿Cómo lo garantizó? ¿Qué decidió?</p>	<p>Declaratoria de inconstitucionalidad del Art. 102 de la Ley de Seguridad Social.</p> <p>En el sentido de que el Seguro General de Salud Individual y Familiar protegerá al asegurado (...) a su cónyuge o conviviente con derecho, sus hijos mejores hasta los 18 años de edad, los dependientes menores hasta los dieciocho (18) años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor. (Las negrillas hacen referencia a lo agregado por la CC).</p>
---	--

Caso 11: Despido de persona con discapacidad

<p>¿Qué situación conoció y transformó?</p>	<p>Despido de persona con discapacidad</p>
<p>¿Qué garantizó el juez a través de su decisión?</p>	<p>El derecho al trabajo en conexidad con el principio a la igualdad y no discriminación.</p>
<p>¿Cómo lo garantizó? ¿Qué decidió?</p>	<p>La Corte Constitucional, para hacer cumplir el derecho al trabajo, estimó que la accionante sea restituida a su puesto, bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales. Y, para hacer cumplir los requisitos de estabilidad y condición continuada, dispuso que la accionante tenga el contrato de servicios ocasionales hasta que la institución pública realice, en el menor tiempo posible, el respectivo concurso de méritos y oposición que permita a la legitimada activa participar en este y tener la oportunidad de ingresar al servicio público.</p> <p>Por último, se dispuso realizar en la Agencia de Tránsito del Ecuador una capacitación en materia de los derechos de las personas con discapacidad.</p>

2. Los jueces de instancia no fueron los generadores de tales cambios pro mujer o minorías sino la Corte Constitucional del Ecuador

La acción de protección y medidas cautelares constitucionales fueron las garantías jurisdiccionales seleccionadas dentro de los once casos de estudio. Diez casos, exceptuando el de VIH-SIDA solicitando la entrega de medicamentos, iniciaron vía acción de protección y fueron rechazadas por alguno de los jueces de instancia por ser asuntos de mera legalidad. Lo primero que se quisiera anotar es la definición que de la acción de protección ha hecho la Corte Constitucional en sentencia N° 0016-13-SEP-CC. La Corte ha determinado que la acción de protección es la garantía idónea y eficaz cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales.

A continuación, se verá cómo los jueces de primera y segunda instancia resolvieron cada uno de los diez litigios:

Primero, el Caso No. 2014-12-EP, Sentencia N° 016-16-SEP-CC publicada en el Registro Oficial Suplemento 712 del 15 de marzo de 2016, el agente policial NN fue separado de la institución por ser portador de VIH y padecer de alcoholismo. El ciudadano NN presentó una acción de protección¹⁸ en contra de la Policía Nacional solicitando que dicha institución garantice su tratamiento integral de salud al ser portador de VIH y alcohólico¹⁹. También pidió que la institución pague sus remuneraciones retenidas por 5 meses²⁰ y que se suspenda el tribunal de disciplina que, por las recurrentes faltas al trabajo, se había instaurado en su contra.

Segundo, Yesenia Izza presentó acción de protección²¹ No. 09-2010-L en contra del memorándum No. 001-CAD-CBA. Alegó como derechos vulnerados: la tutela judicial efectiva y el derecho a la igualdad y no discriminación.

¹⁸ La acción de protección es una garantía jurisdiccional que puede presentarse frente a actos no judiciales que vulneren derechos constitucionales. Consta reconocida en el Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹⁹ Pág. 25 Sentencia Corte Constitucional N° 016-16-SEP-CC: *“la institución policial no presenta ningún documento que demuestre la atención médica brindada al accionante, ya que como se señaló con anterioridad, únicamente existen constancias de la atención psicológica brindada por la dependencia alcohólica y depresión que posee NN, más no por su condición de seropositivo para VIH”*.

²⁰ Pág. 34 Sentencia Corte Constitucional N° 016-16-SEP-CC: *“disponer que la institución policial devuelva el dinero retenido al accionante, correspondiente a la remuneración de marzo, abril, mayo, junio y julio del año 2012 o cualquier otra retención de la remuneración hasta la presente fecha, siempre y cuando estas no hayan sido devueltas al accionante”*.

²¹ Garantía jurisdiccional que procede frente a un acto no judicial que vulnera derechos constitucionales. Reconocida en el Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador.

Los jueces que conocieron la acción de protección no le dieron la razón ni declararon la vulneración de derecho alguno. En primera y segunda instancia sus peticiones fueron desconocidas y sus derechos no se vieron protegidos.

Tercero, la señora Evelyn Tamara Naranjo Tacuri, quien se encontraba con licencia por maternidad, fue despedida por el Banco del Estado, hoy Banco de Desarrollo del Ecuador B.P. por cuanto se encontraba bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales y éste tipo de contratos según la Ley Orgánica de Servicio Público y Carrera Administrativa, LOSEP, no genera estabilidad laboral.

Frente a esta situación, la señora Naranjo Tacuri presentó acción de protección por vulneración del derecho al trabajo. Como argumento principal señaló que su trabajo era el único sustento y el de su familia, que no recibió indemnización ni cancelación de aportes para recibir prestaciones en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Los jueces tanto de primera como de segunda instancia rechazaron la acción de protección por considerarlo un asunto de mera legalidad regido por la LOSEP sin entrar a valorar la vulneración o no del derecho al trabajo.

Cuarto, el accionante manifestó que era vigilante de la entonces Comisión de Tránsito del Guayas, pero que se le dio a conocer la resolución adoptada por el Directorio de la Institución, donde se lo consideró “no apto” para el ascenso por padecer hepatitis B, a criterio de la Institución se trataba de una enfermedad crónica comprobada. Además indicó que según el memorando N° 363-DEJ-CTG de 26 de noviembre de 2008 se dispuso su baja de las filas del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas.

El accionante señaló que la hepatitis B no era crónica ni letal para sus compañeros de trabajo. Asimismo, expresó en el informe N° 003-2007 que la institución no especificó qué clase de hepatitis B tenía, si era aguda o crónica, que simplemente detallaron “enfermedad crónica comprobada” y que no se le permitió acceder al informe del director médico de la institución.

Frente a esta situación el 15 de junio de 2010, el señor NN, presentó acción de protección en contra del ingeniero Jaime Velásquez Eguez, en calidad de representante legal y director ejecutivo de la Comisión de Tránsito del Guayas, solicitando que se garantice su derecho al trabajo. La acción de protección

fue conocida por el Juzgado Décimo Segundo de lo Civil del Guayas, que mediante sentencia determinó que no se ha vulnerado derecho alguno del accionante, por tanto, declaró sin lugar garantía jurisdiccional de acción de protección. De la sentencia ejecutoriada de primera instancia, el accionante interpuso recurso de apelación que fue conocido por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas quienes confirmaron en todas sus partes la sentencia del juez de instancia.

Quinto, una mujer embarazada que fue despedida de su puesto de trabajo, presentó una acción de protección. Ella fue notificada de la supresión de su partida y cesada en el cargo al tener 33 semanas de embarazo. La señora consideró que su derecho a la estabilidad laboral había sido vulnerado. En primera instancia, los jueces negaron la acción de protección y quienes resolvieron el recurso de apelación, sin fundamentar la vulneración o no del derecho constitucional, negaron en segunda instancia el recurso. El fundamento que dieron fue que su estado de gestación se había dado con posterioridad a la fecha en la que se dictó la resolución que dispuso la supresión de partidas. Lo anterior sin considerar, en palabras de la accionante, que la resolución en la cual se dispuso la supresión de su partida, si bien fue dictada el 14 de febrero de 2014, surtió efecto más de un año después de dicha fecha, a raíz de su notificación el día 25 de febrero de 2015 cuando la accionante contaba con 33 meses de embarazo.

Sexto, el 8 de junio de 2012 mediante oficio N° 00420, el ingeniero Tito Quiruba Torres notificó con la terminación de la relación laboral que mantenía con la Corporación Nacional de Electricidad, regional Manabí, a la señora Ximena del Carmen Gilces Cedeño. Sin considerar que es una persona con discapacidad y que entonces se encontraba en el sexto mes de su permiso para el cuidado del recién nacido, previsto en el Art. 33 de la Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP. Por tales razones, la legitimada activa consideró que el acto administrativo vulneró su derecho constitucional al trabajo²².

²² La Corte Constitucional ha señalado en la Sentencia N° 093-14-SEP-CC emitida en el caso N° 1752-11-EP que: "... el derecho al trabajo se constituye en una necesidad humana, que obligatoriamente debe ser tutelada por el Estado, a través del incentivo de políticas públicas que estimulen al trabajo a través de todas sus modalidades, así como también, a través de la protección de los derechos laborales de todas las trabajadoras y trabajadores. Este derecho, es un derecho universal por cuanto es reconocido a "todas" las personas, así como también abarca "todas" las modalidades de trabajo".

En el presente caso se dio la terminación unilateral del contrato laboral entre la Corporación Nacional de Electricidad de Manabí (CNEL) y la señora Gilces Cedeño. El mismo que se efectuó en el marco de lo dispuesto por la Ley Orgánica de Servicio Público. Los jueces de segunda instancia, de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, consideraron que se trataba de un asunto de mera legalidad, por lo que negaron la acción de protección planteada.

Séptimo, la señora Elsie Bacusoy era docente en la Unidad Educativa “Pedro Balda Cucalón” de la ciudad de Manta. La profesora padecía cáncer. La institución para la que ella trabajaba, no cambió ni redujo su horario de trabajo a pesar de las múltiples solicitudes por ella realizadas. Por lo que tal decisión, la de trabajar en la misma jornada igual que el resto del personal, en palabras de Elsie Bacusoy “terminaría por afectar sus derechos a la salud y a la vida, debido a “...el exceso de trabajo y el ambiente de stress...” al que estaría expuesta, limitando su capacidad de reaccionar al control de su enfermedad. Además, alegó la accionante que durante su jornada laboral estaba expuesta al sol y la alta temperatura de la Costa, al polvo y la exigencia de trabajos adicionales con estudiantes y padres de familia, lo que complicó su salud, lo que afectó su derecho a la salud, la vida y la libertad de trabajo.

Octavo, el 22 de octubre de 2012, el señor César Nogales presentó acción de protección en contra de PETROECUADOR por despido intempestivo, mediante Memorandum N. ° 296-REE-UGI-SO-2009 del 28 de septiembre de 2009. César Nogales era trabajador de PETROINDUSTRIAL, actual PETROECUADOR, desde el 1 de junio de 1988 y debido a la contaminación que se produce en dicho complejo industrial por la presencia de gases tóxicos, le detectaron dos enfermedades catastróficas graves²³. Dichas enfermedades las padece desde el año 2004 y tanto el juez de primera como de segunda instancia, negaron la acción de protección por considerarla un asunto de legalidad.

Noveno, un niño con discapacidad, diagnosticado con retardo mental, trastorno por déficit de atención, trastorno de conductas sociales y epilepsia.

En varias ocasiones el abuelo del menor, a cuyo cargo se encontraba por cuanto la madre del menor padecía de drogadicción, lo llevó al IESS para

²³ Enfermedad profesional. Art. 349 Código del Trabajo.- Enfermedades profesionales son las afecciones agudas o crónicas causadas de una manera directa por el ejercicio de la profesión o labor que realiza el trabajador y que produce incapacidad.

tratarlo por sus afecciones, pero cuando se derivó al especialista, el IESS se negó a prestar el servicio de salud al niño-nieto. La negativa del IESS se debió a que el niño-nieto no se encontraba considerado, según las disposiciones legales, dentro de los sujetos de protección del IESS. La ley no era extensiva a los nietos bajo custodia legal de los abuelos. Sobre estos hechos el abuelo presentó acción de protección, la que fue aceptada en primera instancia, pero revocada ante el juez de alzada.

Décimo, La señora Zurkaya Robalino Flores trabajaba dentro de la Agencia de Tránsito del Ecuador y fue despedida intempestivamente. Ella tenía un grado de discapacidad del 50% y, a pesar de ello, según relató en su demanda de acción de protección, había sido discriminada en su trabajo por medio de tratos descorteses, altaneros y abusivos por parte de sus superiores. Su jefa le dispuso desarrollar sus actividades laborales en el archivo de la institución y, además, trabajar en la ventanilla de atención al público, todo lo anterior sin considerar su discapacidad física. Al no poder realizar correctamente ambas tareas, no le renovaron el contrato y fue despedida. Frente a esto, Zurkaya presentó acción de protección, la misma que fue negada tanto en primera instancia como en segunda instancia. Luego de lo cual, Zurkaya interpuso acción extraordinaria de protección.

Con los casos expuesto, se podría concluir que los jueces de instancia rechazan acciones de protección por considerarlos asuntos de mera legalidad, sin entrar a valorar la vulneración o no de los derechos constitucionales. La Corte Constitucional, advirtiendo este tipo de conducta judicial mediante sentencia N° 102-13-EP-CC manifestó que: "... si una decisión judicial rechaza una acción de protección con fundamento en que es cuestión de legalidad, dicha decisión debe sostenerse en una argumentación racional y jurídicamente fundamentada, en base a criterios que el operador de justicia se haya formado solo luego de un procedimiento que precautele los derechos constitucionales de las partes, para poder llegar así a conclusiones y establecer que la acción, efectivamente, pretendía someter a debate constitucional cuestiones de legalidad".

Entonces, no solamente el perjudicado, considerando que es una persona perteneciente a los grupos de atención prioritaria, no consigue se haga justicia en las instancias pertinentes, sino que debe esperar a interponer la acción extraordinaria de protección y que pase a conocimiento de la Corte

Constitucional, para que sus derechos sean protegidos y se le otorgue la reparación pertinente. Al ser la declaratoria de mera legalidad una práctica común en la conducta judicial, y solo tomando como referencia los diez casos planteados, se debe valorar el tiempo transcurrido entre la petición de acción de protección hasta la decisión de la Corte Constitucional, vía acción extraordinaria de protección. Un proceso constitucional de esta naturaleza puede llevar hasta cuatro años en decidirse. Retardo más que injustificado tratándose de asuntos prioritarios y urgentes.

Los jueces de instancia deben aplicar los criterios judiciales que da la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional con relación a la acción de protección, de forma que les permita con seguridad fallar en los asuntos relacionados a la violación de derechos constitucionales de los grupos de atención prioritaria.

La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia N° 0016-13-SEP-CC ha determinado que la acción de protección es la garantía idónea y eficaz 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. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria.

El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías.

Del mismo modo, mediante la sentencia N° 102-13-SEP-CC, manifestó: ... “si una decisión judicial rechaza una acción de protección con fundamento en que es cuestión de legalidad, dicha decisión debe sostenerse en una argumentación racional y jurídicamente fundamentada, en base a criterios que el operador de justicia se haya formado solo luego de un procedimiento que precautele los derechos constitucionales de las partes, para poder llegar así a conclusiones y establecer que la acción, efectivamente, pretendía someter a debate constitucional cuestiones de legalidad; pero esta Corte Constitucional, insiste, únicamente luego de un procedimiento, y al menos rápido, en el que la parte actora pueda demostrar sus aseveraciones y la entidad accionada pueda controvertirlas, más no en un primer auto...”.

De la misma manera, en la Resolución N° 046, publicada en el Registro Oficial Suplemento 504 del 20 de mayo de 2015, la Corte Constitucional manifestó que la acción de protección “tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de todos 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. Es así que esta garantía fundamental representa el objeto natural y propio de protección a toda persona, cumpliendo, por ende, dos objetivos fundamentales: la tutela de los derechos constitucionales de las personas, así como la declaración y la consiguiente reparación integral de los daños causados por su violación. Pues de esta manera se reitera la eficacia y supremacía de los derechos constitucionales”.

Teniendo en consideración los criterios anteriores, en los casos estudiados en este libro, la Corte Constitucional dictó nuevos criterios que los jueces de instancia, al conocer acciones de protección, deben tener en consideración, y que se resumen en los siguientes:

1. La acción de protección es un mecanismo ágil, sumario y preferente de tutela de los derechos constitucionales.
2. La acción de protección ha sido instaurada dentro del ordenamiento jurídico nacional para impugnar actos u omisiones provenientes de las autoridades públicas no judiciales o de particulares, siempre que los mismos vulneren derechos constitucionales.
3. La acción de protección tiene dos objetivos fundamentales: la tutela de los derechos constitucionales de las personas, así como la declaración y consiguiente reparación integral de los daños causados por su violación.
4. La acción de protección no procede para ejecutar normas del sistema jurídico, solo vulneración de derechos constitucionales.
5. Para la procedencia de la acción de protección, esencialmente debe

verificarse que los aspectos materia de dicha acción sobrepasen las características típicas del nivel de legalidad y por consiguiente necesitan ser tutelados en la esfera constitucional.

6. El juez debe verificar la vulneración de derechos constitucionales luego de un profundo estudio de razonabilidad de la causa concreta.

7. Los jueces que conocen las acciones de protección, les corresponde analizar argumentadamente si el caso no está amparado por otro tipo de acción o mecanismos de defensa judicial (...), deben reflexionar y discernir sobre dos niveles, en los asuntos que conocen: el de legalidad y el de constitucionalidad.

8. Ante la difícil tarea de establecer un límite exacto entre el nivel de reflexión constitucional y el nivel de reflexión legal de un derecho, quizá una herramienta a que podría dar relativa certeza es distinguir las diferentes facetas que puede tener un derecho como tal.

Con relación al caso de medidas cautelares constitucionales planteadas en el caso VIH-SIDA por la solicitud de medicamentos al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y que fueron negadas por el juez de segunda instancia que conoció tales medidas. Los criterios que los jueces pueden aplicar, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, son los siguientes:

1. Las medidas cautelares constitucionales proceden cuando el juez tiene conocimiento de un hecho que amenaza de modo inminente y grave con violar un derecho o viola un derecho.

2. En caso de amenazas, el objeto de las medidas será prevenir la ocurrencia de hechos que se consideren atentatorios a derechos reconocidos en la Constitución. La amenaza se da cuando un bien jurídico no se encuentra afectado o lesionado, sino, en camino de sufrir un daño grave y la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de que la vulneración se verifique. En este caso, por no verificarse todavía una vulneración del derecho constitucional, procederá la presentación de las medidas cautelares como garantías jurisdiccionales de manera autónoma.

3. En caso de violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, el objeto será cesar dicha situación. Se consideran como tales, aquellas situaciones en las que el ejercicio pleno de un derecho reconocido en

la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos es impracticable, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir, cuando la persona ya ha sido víctima de una intervención ilícita. En dicho caos, las medidas cautelares deberán ser necesariamente solicitadas en conjunto con una garantía jurisdiccional de conocimiento, se deberá condicionar la concesión de la medida cautelar a la constatación de un daño grave que pueda provocar efectos irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación²⁴.

4. En relación con el presupuesto del peligro en la demora, no basta o no es suficiente un simple temor, sino la inminencia de que el daño se producirá conculcando los derechos, de ahí que el juez deberá ordenar las medidas que considere necesarias en el tiempo más breve posible, de forma inmediata y urgente desde que se recibió la petición de medida cautelar.

5. Dentro de este tipo de medidas debe estar presente el hecho cierto e irrevocable de que la decisión que adopte un juez constitucional al conceder una medida cautelar no implica la declaratoria de violación sobre derechos constitucionales.

6. El pronunciamiento del juez al conocer y resolver una medida cautelar tiene carácter provisional y no de cosa juzgada, pues no realiza un análisis con el fin de determinar la vulneración de un derecho constitucional. Si bien las medidas cautelares tienen por objeto evitar o hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos constitucionales, el juez, al sustanciar dicha garantía, no puede declarar o asumir que se ha vulnerado un derecho constitucional, no implica decidir sobre el fondo del asunto ni prejuzga la responsabilidad de reparar un posible daño causado.

7. El juez que conoce la apelación de una medida cautelar, debe analizar la necesidad de mantener o no activa dicha garantía y evitando un pronunciamiento del fondo de la causa.

Con la exposición de los criterios señalados tanto para la acción de protección como para las medidas cautelares constitucionales, las decisiones transformadoras surgieron de la Corte Constitucional y

²⁴ Regla Jurisprudencial Vinculante en referencia la concesión de medidas cautelares constitucionales. R.O.S. 485 de 22 de abril de 2015, sentencia N° 058-15-SEP-CC, Caso N° 614-11-EP.

no así de los jueces de instancia. Se las califica de “transformadoras” porque constituyen una guía nueva, distinta, diferente que tendrá que ser aplicada a futuro frente al planteamiento de casos similares y porque, necesariamente, afectará las decisiones judiciales que conozcan y resuelvan hechos similares.

3. Garantía de los derechos sociales a través del principio de interdependencia. Cumplimiento de las obligaciones estatales frente a los derechos económicos, sociales y culturales

A la luz del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los profesores Curtis y Abramovich han expuesto las tres obligaciones que tienen los Estados frente a los Derechos Sociales:

1. Obligación de tomar medidas inmediatas.- la primera obligación a cargo del Estado para la efectividad de los derechos sociales debe ser el deber de tomar medidas inmediatas, las cuales consisten en implementar en un plazo razonablemente breve actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de las obligaciones adquiridas por la administración para el cumplimiento de los derechos sociales. En todo caso le corresponderá a este justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido²⁵.

2. Obligación de garantizar los niveles esenciales de los derechos.- Existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Se trata de un punto de partida en relación a los pasos que deben darse hacia su plena efectividad. El autor cita un ejemplo referente a la salud, por la cual, los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el pacto, incluida la atención primaria de la salud.

3. Obligaciones de progresividad y prohibición de regresividad.- la tercera y última obligación a cargo del Estado se refiere al principio de progresividad por oposición a la regresividad, el cual abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y por el otro, la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos prestacionales.

²⁵ Abramovich, V. & Curtis Ch. (2002). *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, 2ª Ed., Bogotá: Editorial Trotta, pág. 79

Tomando lo anterior en consideración, se valorará qué tipo de obligaciones pudo cumplir el Estado con las decisiones expuestas en el punto 2 de este libro; y, cómo las cumplió.

1.- Caso No. 2014-12-EP, Sentencia N° 016-16-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento del 15 de marzo de 2016

Persona con VIH que la despidieron del trabajo por tal condición, más drogadicción y alcoholismo. No reforma de ley. Provino de una acción de protección

Obligación 1. Tiempo de decisión de la CC.- presentada la AEP el 8 de noviembre de 2012 y resuelta el 13 de enero de 2016. Demoró cuatro años en resolver.

Obligación 2. Mínimos esenciales.- Las personas portadoras con VIH gozan de estabilidad laboral reforzada, por la cual se determina que son merecedoras de una protección especial debido a la carga discriminatoria que se dan en las relaciones de trabajo. Esta estabilidad laboral reforzada tiende a asegurar que las personas que sufren una condición de debilidad como portar VIH o estar enfermos de SIDA tienen la garantía de permanencia en un empleo como medida de protección frente a actos de la administración. De este modo se busca que estas personas gocen del derecho a la igualdad efectiva.

Obligación 3. Obligación de progresividad

* **Satisfacción plena de los derechos.-** Despedir a persona con VIH es discriminatorio

* **Mejorar las condiciones del goce y ejercicio de estos derechos.-** prohibir el despido de personas con VIH satisface sus derechos pero no necesariamente mejora el goce del derecho al trabajo.

2.- Caso N. ° 0734-13-EP, Sentencia N. ° 292-16-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento del 7 de septiembre de 2016

Caso de Género. Bombera cantón ARCHIDONA

No reforma de ley

Provino de una acción de protección

Progresivo por la reparación correctiva

Obligación 1. Tiempo de decisión de la CC: presentó la AEP el 19 de febrero de 2013 y CC resolvió el 7 de septiembre de 2016

Obligación 2. Mínimos esenciales.- que los funcionarios judiciales deben generar confianza a la víctima sobre la respuesta estatal ante la violencia de género.

Obligación 3. Obligación de progresividad.

* **Satisfacción plena de los derechos.-** solicitud de cambio de patrones culturales. Cambio de actitud por parte de la autoridad.

* **Mejorar las condiciones del goce y ejercicio de estos derechos.-** cree el Protocolo de Trabajo con visión de género para el Municipio de Archidona y se lleve a cabo la campaña de rechazo social de las agresiones de género que prevean medidas de protección a las víctimas.

3.- Caso N° 1927-11-EP, Sentencia N° 309-16-SEP-CC del 21 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial del 20 de octubre de 2016

Despedida del Banco del Estado a pesar de tener Licencia por maternidad. Reforma Art. 58 LOSEP. Provino de una acción de protección.

Obligación 1. Tiempo de decisión de la CC: presentó AEP el 7 de octubre de 2011 y resolvió la CC el 21 de septiembre de 2016.

Obligación 2. Mínimos esenciales.- reconocimiento de necesidad de protección a la mujer embarazada o en etapa de maternidad. La protección incluye la prohibición de despido de mujeres embarazadas y en etapa de maternidad, así como la prohibición de discriminación relacionada con sus roles reproductivos. Las mujeres embarazadas no pueden ser discriminadas.

Obligación 3. Obligación de progresividad

* **Satisfacción plena de los derechos.-** En tratándose del despido a una mujer embarazada, ésta no puede ser interpretada por los jueces desde un punto de vista restringido. Despido además de lo establecido en el Código de Trabajo, es toda forma de terminación anticipada de la relación laboral ordenada unilateralmente por el empleador.

* **Mejorar las condiciones del goce y ejercicio de estos derechos.-** reforma al Art. 58 LOSEP. Agregó lo siguiente: “La Corte Constitucional estimó que el caso de las personas con discapacidad es análogo al de las mujeres embarazada, en tanto el tratamiento que reciben en la Constitución”.

4.- Caso N° 0813-13-EP, Sentencia N° 362-16-SEP-CC, del 15 de noviembre de 2016, publicada en el Registro Oficial del 15 de diciembre de 2016.

Vigilante no apto para el ascenso por tener hepatitis B

Reforma Art. 66, F) Ley del Personal de la Comisión de Tránsito del Guayas

Provino de una acción de protección

Obligación 1. Tiempo de decisión de la CC: presentó AEP el 10 de septiembre de 2012 y la CC resolvió el 15 de noviembre de 2016

Obligación 2. Mínimos esenciales

Sobre las obligaciones mínimas del Estado frente a los derechos, la Corte Constitucional en sentencia N° 016-16-SEP-CC, dictada dentro del caso N° 2014-12-EP-CC, señaló que: "... existen obligaciones mínimas que no pueden ser trastocadas por los Estados como es la de evitar toda medida que genere el aumento de discriminación y el trato desigual en los sectores públicos y privados de las personas y grupos desfavorecidos y marginados o que debiliten los mecanismos de protección de dichas personas y grupos. Sobre este escenario, la protección del derecho al trabajo, se evidencia a su vez la necesidad de tutela del derecho a la igualdad dentro de la esfera laboral, observando que las personas no sean discriminadas por las categorías previstas en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República..."

Obligación 3. Obligación de progresividad

* **Satisfacción plena de los derechos.-** Para la Corte Constitucional un empleador no puede dar por terminada una relación laboral con un empleado que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta en razón de sus padecimientos, pues ello sería un acto abiertamente discriminatorio prohibido por la Constitución, y colocaría a estas personas en una situación de extremo riesgo en cuanto a su vida, al no contar con los medios suficientes que les permitan procurarse unos ingresos dignos que aseguren su tratamiento y una vida digna más allá de la obligación ineludible del Estado frente a este tipo de enfermedades.

* **Mejorar las condiciones del goce y ejercicio de estos derechos.** - La CC declaró la inconstitucionalidad del Art. 6, literal F) de la Ley del Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas²⁶.

²⁶ Art. 66, letras f) de la Ley del Personal del Cuerpo de Vigilancia de la CTG, que dice: "que

5.- Caso N° 1470-14-EP, Sentencia N° 364-16-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial Edición Especial del 24 de enero de 2017

El IESS, por falta de recursos, no entregó medicamentos a personas con VIH. Dictó regla jurisprudencial. Afectación de política pública de salud para personas con VIH. Provino de una medida cautelar constitucional. Da criterios sobre la formación de políticas públicas en materia de salud.

Obligación 1. Tiempo de decisión de la CC: presentó AEP el 10 de septiembre de 2014 y la CC resolvió el 15 de noviembre de 2016

Obligación 2. Mínimos esenciales.- El derecho a la salud tiene un contenido complejo o diverso. El mismo no puede ser considerado únicamente como la ausencia de enfermedad en un momento determinado; sino que, implica también la obligación del Estado de actuar de forma preventiva por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos, así como brindar atención médica, tratamiento de enfermedades y suministro de medicamentos a las personas que se ven afectadas en su condición de salud. El Estado tiene el deber de fortalecer los servicios de salud pública y de asegurar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder de manera permanente a servicios de salud de calidad y calidez sin ningún tipo de exclusión. El Estado debe trabajar en el diseño y construcción de políticas públicas que garanticen la promoción y atención integral de los servicios de salud²⁷.

Sobre las políticas públicas de salud. El Estado es responsable de formular la política pública necesaria a fin de universalizar la atención en salud y mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura; fortalecer los servicios estatales de salud; incorporar el talento humano y proporcionar la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud; brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria; garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces; promover el desarrollo integral del personal de salud; así como garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos²⁸.

los miembros del Cuerpo de Vigilancia entrarán en situación transitoria por enfermedad crónica comprobada”.

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, dictamen N° 006-15-DT1-CC, caso N° 0011-14-TL

²⁸ Constitución de la República del Ecuador. Art. 363

Obligación 3. Obligación de progresividad

* **Satisfacción plena de los derechos.-** la Corte Constitucional, ordenó que las personas con VIH y que son atendidas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) no sean privadas de la prescripción y entrega de los medicamentos que forman parte de su tratamiento integral, por cuestiones ajenas a las estrictamente médicas y ordenó que el Ministerio de Salud oficie a los hospitales públicos con la información de que no podrán, por cuestiones meramente administrativas, abstenerse de prescribir y suministrar a las personas portadoras de VIH la medicación que forma parte de su tratamiento médico.

* **Mejorar las condiciones del goce y ejercicio de estos derechos.-** Dispuso que en casos análogos no se repitan actuaciones judiciales restrictivas²⁹ y formalistas. La Corte estableció que los razonamientos expuestos en la sentencia constituyen precedentes jurisprudenciales vinculantes para casos posteriores³⁰. La regla jurisprudencial dictada fue la siguiente: i) “cuando la jueza o juez, al conocer la petición de una medida cautelar solicitada de manera autónoma, advierta, de la lectura integral de la demanda y hechos relatados en ella, que los mismos no se encasillan dentro de la amenaza de un derecho, sino que guarda relación con un hecho en el que se alegue una presunta vulneración de un derecho, deberá enmendar el error de derecho en que incurrió el solicitante y tramitar la medida cautelar solicitada en conjunto con la garantía jurisdiccional de conocimiento que corresponda. Para tal efecto, deberá observar las reglas jurisprudenciales dictadas en la sentencia N° 034-13-SCN-CC dentro del caso N° 0561-12-CN; ii) Cuando la jueza o juez conozca una garantía jurisdiccional constitucional con fundamento en un patrón fáctico similar al presente caso; esto es, en el que se haya demostrado la falta de prescripción o suministración de un medicamento antirretroviral a una persona portadora de VIH, que forma parte

²⁹ La jueza que conoció y resolvió la medida cautelar constitucional no convocó a audiencia ni emitió providencia alguna que así lo solicite.

³⁰ Precedente constitucional obligatorio o precedente constitucional es la parte de una sentencia constitucional (*ratio* construida a partir del pensamiento jurídico anterior de la Corte) que contiene el conjunto de parámetros de interpretación de la Constitución fijados por el Pleno de la Corte Constitucional, y que tiene efectos obligatorios o vinculantes respecto de las garantías jurisdiccionales y demás competencias de la Corte cuando se refiera a la protección o desarrollo de derechos específicos de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, con presidencia del caso concreto de violación de derechos, pero sin perjuicio de fallar respecto de aquel.

de su tratamiento médico integral por parte de un centro de la red pública de salud, debido a causas ajenas a las estrictamente médicas, deberá declarar la vulneración del derecho constitucional a la salud.

6.- Caso Nº 1587-15-EP, Sentencia Nº 072-17-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial miércoles 19 de abril de 2017

Mujer embarazada de 33 semanas fue despedida. Reforma al art. 60 de la LOSEP. Provino de una acción de protección.

Obligación 1. Tiempo de decisión de la CC: presentada AEP el 23 de septiembre de 2015 y CC resolvió el 15 de marzo de 2017

Obligación 2. Mínimos esenciales.- El Estado tiene la obligación de asegurar la atención prioritaria y especializada de la mujer embarazada tanto en el ámbito público como en el sector privado. Los derechos con los que específicamente cuenta la mujer embarazada y que el Estado debe garantizar, son los siguientes:

4. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral
5. La gratuidad de los servicios de salud materna
6. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto

Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia³¹. La mujer embarazada cuenta con protección reforzada en el ámbito laboral.

Obligación 3. Obligación de progresividad

* **Satisfacción plena de los derechos.-** La protección reforzada de la mujer embarazada implica que los Estado deben adoptar medidas de asistencia especial para asegurar su igualdad y no discriminación, salud, acceso y estabilidad laboral, bienestar económico, entre otras, que de no ser adoptadas generan situaciones contrarias a los derechos de las mujeres embarazadas, que merecen una debida reparación.

La mujer embarazada dentro del ámbito laboral está en condición de vulnerabilidad.

³¹ Arts 35 y 43 de la Constitución de la República del Ecuador.

El Estado debe instaurar medidas que neutralicen cualquier efecto negativo que el embarazo pueda ocasionar en los derechos de la mujer, siendo la más importante carga a ser neutralizada, el reafirmar la posición de desigualdad en la que las mujeres han sido colocadas en la sociedad.

La mujer en estado de embarazo dentro del ámbito laboral se encuentra en una posición de parte similar y en parte diversa en relación con el resto de sus compañeros de trabajo, pero el embarazo constituye una diferencia más relevante que las similitudes que comparte con ellos, lo cual exige un trato prioritario y especializado en el ámbito público y privado³².

*** Mejorar las condiciones del goce y ejercicio de estos derechos.-** Reforma del Art. 60 de la LOSEP. La reforma planteada se realizó con el objetivo de evitar que las mujeres embarazadas o que se encuentran gozando de su licencia de maternidad o permiso de lactancia, sean colocadas en situaciones de desventaja durante dichos periodos, de antemano la Corte aclara que su protección rige no solo durante el momento en el que se adopta la decisión de supresión de sus partidas presupuestarias, sino también cuando dicha supresión se hace efectiva.

7.- Caso Nº 0238-13-EP, Sentencia Nº 048-17-SEP-CC del 22 de febrero de 2017, publicada en el Registro Oficial del 6 de abril de 2017

Persona con discapacidad y se encontraba en el sexto mes de permiso por maternidad fue despedida de CNEL- Manabí. Reforma Art. 58 LOSEP. Reforma al Art. 143 del Reglamento a la LOSEP. Provino de una acción de protección.

Obligación 1. Tiempo de decisión de la CC: presentó AEP el 22 de enero de 2013 y la CC resolvió el 22 de febrero de 2017.

Obligación 2. Mínimos esenciales.- Las personas con discapacidad gozan de estabilidad laboral reforzada. Incluso en el marco de la celebración de contratos ocasionales.

Obligación 3. Obligación de progresividad

*** Satisfacción plena de los derechos.-**El periodo máximo establecido en el Art. 58 de la LOSEP, no aplica para las personas con discapacidad, puesto que requieren de una protección reforzada en las relaciones laborales.

³² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia Nº 309-16-SEP-CC, causa Nº 1927-11-EP.

Está prohibida la terminación anticipada de la relación laboral de las mujeres que se encuentran en condición de maternidad

*** Mejorar las condiciones del goce y ejercicio de estos derechos.-** Modificación del Art. 58 LOSEP. Del análisis efectuado por la Corte Constitucional se deriva que las diferenciaciones referentes a la temporalidad contenidas en el artículo 58 de la LOSEP y artículo 143 de su reglamento, vulneran el derecho a la igualdad en tanto las diferenciaciones referentes a la temporalidad máxima que se puede convenir en los contratos ocasionales en el sector público, no son razonables a la luz del derecho a la igualdad. Razón por la cual, es necesario adecuar la constitucionalidad de los artículos señalados, eliminando la parte referente a la temporalidad de los contratos ocasionales y su posibilidad de única renovación, así como sus salvedades, en virtud de que no existe justificación constitucional válida y suficiente para establecer un trato diferenciado a la posibilidad de mantener un cargo hasta que se convoque a un concurso de méritos y oposición, el cual es de entera responsabilidad de la administración pública, traduciéndose en un trato discriminatorio a las personas contratadas bajo esta modalidad.

8.- Caso Enfermedad Catastrófica. Profesora en escuela pública con enfermedad catastrófica. Sentencia N. ° 324-17-SEP-CC, Caso N. ° 2649-16-EP, del 27 de septiembre de 2017

Docente con cáncer. Da interpretación extensiva del derecho a la salud. Provino de una acción de protección.

Obligación 1. Tiempo de decisión de la CC: presentó AEP el 7 de diciembre de 2016 y CC resolvió el 27 de septiembre de 2017

Obligación 2. Mínimos esenciales.- La institución debió haber mantenido un horario de clases que posibilite un tratamiento médico en condiciones efectivas a favor de la accionante, para así garantizar las recomendaciones de sus médicos. Si se cumplen las prescripciones médicas se garantiza el derecho a la salud de la ciudadana Elsi Margarita Bacusoy Mantuano; y, en contrario, desatender tales prescripciones, resulta, a juicio de la autoridad, fuente de transgresión del derecho a la salud.

Obligación 3. Obligación de progresividad.-

*** Satisfacción plena de los derechos.-**Más allá del tratamiento que

reciba en los hospitales es necesaria la actuación complementaria de otras instituciones cuyas actuaciones tienen incidencia sobre la salud de la accionante.

*** Mejorar las condiciones del goce y ejercicio de estos derechos.**

N/A

9.- Caso Enfermedad Catastrófica. Trabajador con enfermedad profesional despedido de la institución. Sentencia N. ° 375-17-SEP-CC, Caso N. ° 0526-13-EP, del 22 de noviembre de 2017

Trabajador con enfermedad profesional. Da criterio de estabilidad reforzada. Provino de una acción de protección

Obligación 1. Tiempo de decisión de la CC: presentó AEP el 26 de febrero de 2013 y CC resolvió el 22 de noviembre de 2017

Obligación 2. Mínimos esenciales.- Las personas con enfermedades profesionales tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada

Obligación 3. Obligación de progresividad.

*** Satisfacción plena de los derechos**

N/A

*** Mejorar las condiciones del goce y ejercicio de estos derechos**

La Corte Constitucional del Ecuador reconoció la regla inter pares e inter communis siguiente: “Las personas portadoras de enfermedades catastróficas/profesionales gozan de un principio de estabilidad laboral reforzada merecedores de una especial protección; en tal virtud, no podrán ser separados de sus labores en razón de su condición de salud... los trabajadores que padecen enfermedades profesionales deberán tener acceso a la reubicación laboral en su medio de trabajo cuando el desempeño de sus actividades se vea mermado por su condición de salud”.

10.- Caso N° 2334-16-EP, Sentencia N° 380-17-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial martes 12 de diciembre de 2017

Niño con discapacidad, con retardo mental, trastorno por déficit de atención, trastorno de conductas sociales y epilepsia, no fue atendido por el IESS. Su mamá era adicta a las drogas por lo que su abuelo tenía a cargo el cuidado

del menor, pero el IESS no le reconoció que el abuelo tenía la patria potestad y por ende no aplicaba el Art. 102 de la Ley de Seguridad Social. Hubo reforma del Art. 102 a la Ley de Seguridad Social. Provino de una acción de protección.

Obligación 1. Tiempo de decisión de la CC: presentó AEP el 25 de octubre de 2016 y resuelta por la CC el 22 de noviembre de 2017.

Obligación 2. Mínimos esenciales.-

El servicio público de salud es la estrategia institucional para realizar el mencionado derecho. El derecho a la salud como servicio público implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. Para los jueces constitucionales el derecho a la salud consagra tres obligaciones para el Estado: la obligación de respetar, la obligación de proteger y la obligación de cumplir. Esta última consagra la obligación de facilitar, proporcionar y promover el acceso al derecho, así como la adopción de medidas legislativas.

Obligación 3. Obligación de progresividad

* **Satisfacción plena de los derechos.-** La Corte advierte como los jueces de la Corte Provincial del Azuay determinan que la atención de salud debe ser proporcionada no por el IESS sino por el Ministerio de Salud.

* **Mejorar las condiciones del goce y ejercicio de estos derechos.-** Con base al principio pro ser humano, en caso que existan dudas en torno a si el servicio se halla excluido o incluido dentro de aquellos previstos en el régimen de coberturas, ha de prevalecer una hermenéutica que favorezca la prestación efectiva del mismo, y más aún si el servicio tiene que ser prestado a una persona en doble situación de vulnerabilidad, niño-persona con discapacidad.

La Corte nuevamente cita el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cuscul Piraval y otros, señalando la imposibilidad de efectuar un análisis global sobre la regresividad a partir de un grupo reducido de personas. Sin embargo, se indicó que: "... cuando se trata del derecho a la salud hay una obligación de cumplimiento progresivo, y esto se refiere al derecho a la salud en general, tanto curativa como preventiva y cuya atención es debida a toda la población", es decir existe una situación de exigibilidad inmediata de este derecho en relación con el principio de no-discriminación, en el sentido que el Estado no puede garantizar el derecho a la salud de manera discriminatoria.

El caso en mención derivó, por otro lado, en la declaratoria de inconstitucionalidad del Art. 102 de la Ley de Seguridad Social. Agregó lo siguiente: (...) *los dependientes menores hasta los dieciocho (18) años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor (...)*

11.- Caso Persona con Discapacidad. Sentencia N. ° 004-18-SEP-CC, Caso N. ° 0664-14-EP, del 3 de enero de 2018

Persona con discapacidad trabajaba en la agencia de tránsito municipal y fue despedida. Señala estándar mínimo de protección contra terminaciones de relación laboral. Provino de una acción de protección.

Obligación 1. Tiempo de decisión de la CC: presentó AEP el 9 de abril de 2014 y resuelta por la CC el 3 de enero de 2018.

Obligación 2. Mínimos esenciales.- Las personas con discapacidad tienen, entre otros derechos, el de trabajar en condiciones de igualdad de oportunidades, en un marco de estabilidad laboral, que permita alcanzar la realización económica y personal de este grupo de personas con derecho a recibir atención prioritaria.

Obligación 3. Obligación de progresividad

* **Satisfacción plena de los derechos.-** Las personas con discapacidad cuentan con una protección especial al derecho al trabajo. Conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Estado ecuatoriano, además de tener la obligación de garantizar el derecho al trabajo a las personas con discapacidad, deberá velar, entre otras consideraciones, por su estabilidad laboral o condición de continuidad.

* **Mejorar las condiciones del goce y ejercicio de estos derechos.-** Dispuso realizar en la Agencia de Tránsito del Ecuador una capacitación en materia de los derechos de las personas con discapacidad.

4. Las decisiones constitucionales no hacen referencia a las políticas públicas que afectarán: ¿valoran los jueces el impacto presupuestario de sus sentencias?

¿Está llamada la Corte Constitucional a generar cambios sociales? ¿Deben los jueces constitucionales transformar a la sociedad a través de sus decisiones? ¿Quién es la autoridad competente para responder frente a las carencias de salud? ¿Pueden nueve jueces reformar leyes orgánicas sin que, necesariamente, o debería exhortar a la Asamblea Nacional a realizar los cambios?

Son muchas preguntas que surgen luego del estudio de sentencias de la máxima Corte. Para poder contestar las interrogantes planteadas, nos debemos referir al Art. 11 de la Constitución, el que prácticamente, “delimita la cancha” de la aplicación, desarrollo y materialización de los derechos constitucionales. Primero, el Art. 11, numeral 3, reconoce la aplicación directa e inmediata de los derechos. Segundo, el numeral 5, que obliga a los servidores públicos a acatar las disposiciones constitucionales en el sentido más favorable para quien lo solicita; y, luego, el numeral 8, que refiere las vías a través de las cuales esos derechos se van a aplicar directamente. A través de las normas, las políticas públicas y la jurisprudencia que son, en resumen, las garantías constitucionales, a saber: garantías normativas contenidas en el Art. 84, *ibidem*. Las garantías de políticas públicas, reconocidas en el Art. 85 *ibidem*; y, las garantías jurisdiccionales contenidas en el Art. 86 en adelante.

La existencia de garantías normativas implica la seguridad que tiene el ciudadano de contar con normas que, en la forma y en el fondo, por parte de la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, respeten la dignidad, los derechos constitucionales y los derechos humanos. Luego, de tener políticas públicas que desarrollen progresivamente los derechos y puedan ser revisadas y reformadas cuando no cumplan tal misión. La misma norma fundamental establece que el interés general que intenta proteger una política pública no podrá, en ninguna ocasión, vulnerar derechos constitucionales y no puede prevalecer sobre el interés individual.

Por último, las garantías jurisdiccionales, que son herramientas ciudadanas que buscan activar el aparato jurisdiccional para la protección de sus derechos y real materialización de los mismos. Estas últimas, desde el punto de vista de

la autora, las más poderosas y transformadoras. Puesto que, en el evento de contar con normas contrarias a la Constitución, se puede plantear la garantía jurisdiccional de la acción de inconstitucionalidad. Así como, la acción de protección respecto de políticas públicas lesivas a derechos. Esto deja un claro escenario de que son los jueces quienes cuentan con el poder suficiente para, al final, lograr la materialización de derechos que las leyes y las políticas públicas no puedan cumplir.

En este sentido, si los jueces son quienes, hoy por hoy, tienen el mayor poder efectivo para la materialización de los derechos, significa, a su vez, que el ciudadano tiene herramientas directas para obligar al poder político a limitar sus actuaciones. Entonces, si el operador jurídico a pedido del ciudadano puede reformar o derogar normas y, a su vez, alterar políticas públicas, todo porque la Constitución los faculta para ello, se entiende que los jueces en los once casos planteados en este libro, han actuado dentro de los márgenes que la misma Constitución les ha señalado. Sin embargo, el hecho que los jueces *puedan* actuar por encima de normas jurídicas y políticas públicas, la pregunta es si en todos y cada uno de los casos que conocen *deben* hacerlo. O si, determinados cambios sociales, necesariamente, deberían de provenir exclusivamente a través de una política pública o norma jurídica. Para contestar esta interrogante, se citarán algunos de los casos expuestos en el punto anterior de este libro.

- Enfermos con VIH-SIDA

Tomando en consideración el tipo de casos sobre VIH-SIDA judicializados en Ecuador, las decisiones judiciales han ordenado:

1) La prohibición de despido de las personas con VIH más estabilidad laboral; y, 2) Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social tiene, por un lado, obligación de proveer medicamentos y, por otro, la imposibilidad de negar la entrega de medicamentos por asuntos administrativos sino únicamente de salud.

Con relación al primer punto, la prohibición de despido de las personas con VIH-SIDA más estabilidad laboral, las dos sentencias expuestas en este libro, ordenan la prohibición de despedir a personas con VIH-SIDA. Pero sucede que esta prohibición ya existía en el Acuerdo Ministerial 0398 del 13 de julio de 2006 del Ministerio de Trabajo. Las sentencias que trataron el asunto

del despido del policía con VIH, debieron hacer referencia o bien solicitar una reforma al Acuerdo N° 0398 dictado por el Ministerio de Trabajo en el año 2006. Si la sentencia pretendía generar un efecto transformador, debió conminar, específicamente, al Ministerio de Trabajo a una reforma de sus políticas públicas con relación al trato laboral que se merecen las personas con VIH-SIDA. Puesto que, el Acuerdo Ministerial 0398 del 13 de julio de 2006 carecía de efectividad.

Una sentencia hace la diferencia en la vida de quien solicita justicia, pero hace falta que los poderes públicos, en este caso el Ministerio de Trabajo, trabaje en reformar sus políticas públicas o adecuarlas a los estándares jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin un debido “diálogo” entre funciones, autoridades y servidores públicos, no podemos afirmar que existirá cambio social. Con la omisión del Ministro de Trabajo en tratar los problemas que enfrentan las personas con VIH-SIDA en la fuerza laboral, mal puede considerarse que el tipo de despido que se dio en la Policía Nacional, no ocurra nuevamente. Por ello, se requiere que exista un efecto de irradiación horizontal entre las instituciones del Estado y los servidores públicos.

Un ejemplo de lo mencionado es el Acuerdo Ministerial N° 2017-0082 publicado en el Registro Oficial 16, del 16 de mayo de 2017, que expidió la Normativa para la Erradicación de la Discriminación en el Ámbito Laboral. Esta norma ordena que se permita, en igualdad de condiciones, el acceso a los procesos de selección de personal, garantiza un ambiente psicosocial idóneo, regula el proceso de participación de las personas en condiciones de vulnerabilidad y grupos de atención prioritaria y además, prohíbe que para el acceso al trabajo se solicite al postulante, por ejemplo, como lo dispone el Art. 5, D) pruebas y/o resultados de exámenes de VIH/SIDA. Sin embargo, esta normativa regula el proceso *ex ante* y *ex post* únicamente en lo relacionado al ambiente psicosocial pero no la relación empleador-trabajador con VIH, la necesidad de adaptabilidad laboral e imposibilidad de despido por contar con estabilidad reforzada. Por ello la afirmación de que, para un efectivo cambio social, se requiere el diálogo horizontal entre las más altas autoridades de las instituciones a quienes sirven.

Con relación al punto dos: obligatoriedad al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de proveer medicamentos e imposibilidad de negárselos por asuntos administrativos.

El primer caso que personas con VIH-SIDA judicializaron en Ecuador para conminar al Estado a la entrega de medicamentos se dio en el año 2004. En este proceso hicieron alusión a la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que solicitó la ayuda estatal específicamente para 153 pacientes. En aquella ocasión, los jueces del Tribunal Constitucional, ordenaron la entrega de medicamentos. De esta primera sentencia a la actualidad han transcurrido más de diez años y el planteamiento de la falta de medicamentos se repite. No obstante la vigencia del Acuerdo N° 0170-2017, dictado por el Ministerio de Salud Pública, publicado en el Registro Oficial 163, 18-I-2018, en el que se declara como prioridad para el Sistema Nacional de Salud, la disponibilidad de morfina y antirretrovirales. Sigue habiendo desabastecimiento en los hospitales públicos.

Una de las principales razones por las que este tipo de asuntos se siguen dando dentro del sistema público de salud, podría ser la inexistencia de cifras reales de personas con VIH-SIDA. Actualmente las cifras dadas por el Ministerio de Salud Pública no coinciden con las estadísticas de ONU-SIDA. Por ejemplo, en el año 2015, el Ministerio de Salud Pública del Ecuador, publicó que 15.042 personas viven con el virus de VIH en el país. Mientras que por otro lado, el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONU-SIDA), estimó que, entre niños y adultos, al 2016 son 33.000 los infectados en Ecuador³³. Si se considera que las estadísticas constituyen un reflejo numérico de la realidad, sin cifras claras, mal pueden elaborarse óptimas políticas públicas de salud dirigidas a las personas con VIH.

La Corte Constitucional del Ecuador debió ordenar, a través de sus decisiones, que el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos, levante nuevas estadísticas de los ecuatorianos con VIH-SIDA. Actualmente las cifras dadas por el Ministerio de Salud Pública no coinciden con las estadísticas de ONU-SIDA. Por ejemplo, en el año 2015, el Ministerio de Salud Pública del Ecuador, publicó que 15.042 personas viven con el virus de VIH en el país. Mientras que, por otro lado, el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONU-SIDA), estimó que, entre niños y adultos, al 2016 son 33.000 los infectados en Ecuador³⁴. Si se considera que las estadísticas

³³ (2016) Country fact sheets Ecuador 2016. *ONUSIDA*. Recuperado de: <http://www.unaids.org/es/regionscountries/countries/ecuador>

³⁴ (2016) Country fact sheets Ecuador 2016. *ONUSIDA*. Recuperado de: <http://www.unaids.org/es/regionscountries/countries/ecuador>

constituyen un reflejo numérico de la realidad, sin cifras claras, mal pueden elaborarse políticas públicas laborales, de salud o educación dirigidas a las personas con VIH.

Asimismo, las estadísticas son primordiales cuando se intenta realizar un programa de expendio de medicamentos. Sin números exactos, podrán existir acuerdos, reglamentos y normas, pero no serán suficientes para garantizar el derecho a la salud de las personas con VIH.

La decisión judicial, por sí misma, no va a generar el cambio social deseado sin una adecuada aproximación a la realidad. De la misma manera como se mencionó en el punto anterior, es necesario un diálogo entre servidores públicos de instituciones a las que sirven. En este caso, Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

- Persona con enfermedades catastróficas

Otro de los casos cuya reforma vía judicial llama la atención es la derogatoria del literal F) del Art. 66 de la Ley del Personal de la Comisión de Tránsito del Guayas. Esto es, que los miembros del Cuerpo de Vigilancia ya no entrarán en situación transitoria por padecer de enfermedad crónica comprobada. Se considera que los jueces constitucionales debieron tomar en cuenta en su decisión el Art. 20 del Reglamento para la Escuela de Formación Oficiales de Policía, en el que se excluye de la fuerza policial a quienes padezcan de las condiciones en ese artículo detalladas. Bajo la consideración de los jueces constitucionales, en la Agencia de Tránsito cualquier persona padeciendo de una enfermedad o no, puede ser agente de tránsito. Sin embargo, y aunque las instituciones de la Policía Nacional y la Agencia de Tránsito cumplen con deberes distintos, ambos ofrecen un servicio a la colectividad, ambos buscan procurar el orden social y el bienestar de la ciudadanía. Uno mediante la seguridad interna del Estado y, el otro, respecto a la seguridad vial.

El artículo 20 del Reglamento para la Escuela de Formación de Oficiales de Policía sí excluye a las personas con determinadas condiciones de salud, ¿a la luz del caso N° 0813-13-EP debería el Art. 20, *ibidem*, derogarse? Si el criterio que sigue la Corte Constitucional es el respeto a la dignidad del ser humano, ninguna persona debería ser excluida. Sin embargo, el rol que la Institución presta a la sociedad tiene un peso para que tal normativa exista. Otra consideración que debió tomar como referencia la Corte Constitucional,

es la valoración y estudio de la condición de salud que las instituciones de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional hacen de sus agentes y que esta no sea discriminatoria bajo las categorías sospechosas del Art. 11. 2 de la Constitución.

5. En cuatro casos la Corte Constitucional reforma leyes en beneficio de los grupos de atención prioritaria y los derechos sociales.

Identificación de las normas que se reformaron.

a. *Caso del niño-nieto vs Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social N° 2334-16-EP, Sentencia N° 380-17-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial del 12 de diciembre de 2017*

El anterior Art. 102 de la Ley de Seguridad Social disponía lo siguiente:

“El Seguro General de Salud Individual y Familiar protegerá al asegurado contra las contingencias de enfermedad y maternidad, dentro de los requisitos y condiciones señalados en este Título. La prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales estará a cargo del Seguro General de Riesgos del Trabajo.

El afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho y sus hijos menores hasta los dieciocho años de edad, así como el jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual. Las beneficiarias del seguro de maternidad recibirán atención de embarazo, parto y puerperio.

Se accederá a las prestaciones de salud de este Seguro en condiciones de libre elección del prestador del servicio de salud, público o privado, dentro de las limitaciones señaladas en este Título”.

Luego de la sentencia N° 380-17-SEP-CC, se reformó el artículo de la siguiente manera:

“El Seguro General de Salud Individual y Familiar protegerá al asegurado contra las contingencias de enfermedad y maternidad, dentro de los requisitos y condiciones señalados en este Título. La prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales estará a cargo del Seguro General de Riesgos del Trabajo.

*El afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad, **los dependientes menores hasta los dieciocho (18) años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor**, así como el jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de*

fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual.

Las beneficiarias del seguro de maternidad recibirán atención de embarazo, parto y puerperio.

Se accederá a las prestaciones de salud de este Seguro en condiciones de libre elección del prestador de servicios de salud, público o privado, dentro de las limitaciones señaladas en este Título”.

Con ello se declaró la inconstitucionalidad del Art. 102 *ibídem* en beneficio de los nietos que se encuentren al cuidado de sus abuelos. En este caso, la Junta Cantonal de Protección de Derechos le otorgó la custodia familiar a los abuelos maternos quienes pasaron a ser responsables de su cuidado, protección y garantía de derechos. En este sentido, al estar el abuelo afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pretendió hacer extensivo el servicio de salud a su nieto. La extensión del derecho a la salud a los nietos de afiliados que tengan a su cargo la tutela del menor, se dio con base:

1) A la protección del niño. “El derecho a la salud cobra mayor relevancia, toda vez que se trata de sujetos que por su temprana edad y situación de indefensión requieren de especial protección (...) el derecho a la salud de los niños, de conformidad con lo establecido en el Art. 44 de la Constitución, por tener el carácter de constitucional y humano, debe ser protegido de forma inmediata (...) los niños al ser parte de las personas de atención prioritaria, en tanto al ser considerados grupos vulnerables ostentan una protección reforzada a la hora de garantizarse sus derechos, entre ellos el derecho subjetivo a la salud”.

2) Porque mediante la reforma al Art. 193 de la Ley de Seguridad Social, se respetó la tercera obligación que tiene el Estado frente al derecho a la salud. La primera que implica respetar, la segunda obligación que conlleva proteger y la tercera obligación que pide cumplir el derecho a la salud. La misma que conlleva a facilitar, proporcionar y promover el acceso al derecho, así como la adopción de medidas legislativas.

3) Porque está basada la reforma en el principio pro ser humano. “En caso que existan dudas en torno a si el servicio se halla excluido o incluido

dentro de aquellos previstos en el régimen de coberturas, ha de prevalecer una hermenéutica que favorezca la prestación efectiva del mismo, y más aún si el servicio tiene que ser prestado a una persona en doble situación de vulnerabilidad, niño-persona con discapacidad”.

4) Porque “el IESS al aplicar el Art. 102 de la Ley de Seguridad Social, para suspender la atención médica del niño-nieto dejó de lado los preceptos constitucionales y eso representa una regresividad en lo que respecta el derecho a la salud y a la atención y cuidado de niñas y niños”.

5) Porque con base al control convencional, por el caso *Cuscul Piraval y otros*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe frente al derecho a la salud: “una situación de exigibilidad inmediata de este derecho en relación con el principio de no discriminación, en el sentido que el Estado no puede garantizar el derecho a la salud de manera discriminatoria”.

6) Porque la Corte Constitucional está llamada a cesar cualquier acto discriminatorio por categoría sospechosas: “para identificar la categoría sospechosa, es necesario tener presente: i) aparecen como categorías prohibidas en el texto constitucional, artículo 11 numeral 2 CRE; 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”. El IESS al aplicar el Art. 102 de la Ley de Seguridad Social, que determina la cobertura del servicio no es extensiva para los nietos del afiliado, se encuadró tal acción en una discriminación por categoría sospechosa, con necesidad de ser corregida.

b. Caso de mujer en periodo de maternidad despedida por el Banco del Estado. Caso N° 1927-11-EP, Sentencia N° 309-16-SEP-CC del 21 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial del 20 de octubre de 2016.

El anterior artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público y Carrera Administrativa disponía lo siguiente:

Art. 58.- De los contratos de servicios ocasionales.- La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe

*de la Unidad de Administración del Talento Humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin. La contratación de personal ocasional no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se superare dicho porcentaje, deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Trabajo; **estos contratos no podrán exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso.** (Las negrillas y subrayado son propios).*

Se exceptúa de este porcentaje a las personas con discapacidad, debidamente calificadas por la Autoridad Sanitaria Nacional a través del Sistema Nacional de Salud, y a aquellas instituciones u organismos de reciente creación que deban incorporar personal bajo esta modalidad, hasta que se realicen los correspondientes concursos de selección de méritos y oposición y en el caso de puestos que correspondan a proyectos de inversión o comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior. Por su naturaleza, este tipo de contratos no generan estabilidad. El personal que labora en el servicio público bajo esta modalidad tendrá relación de dependencia y derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el personal de nombramiento, con excepción de las indemnizaciones por supresión de puesto o partida o incentivos para jubilación.

Las servidoras o servidores públicos sujetos a este tipo de contrato no ingresarán a la carrera del servicio público, mientras dure su contrato. Para las y los servidores que tuvieran suscritos este tipo de contratos, no se concederá licencias y comisiones de servicios con o sin remuneración para estudios regulares o de posgrados dentro de la jornada de trabajo, ni para prestar servicios en otra institución del sector público. Este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento, lo cual podrá constar en el texto de los respectivos contratos. La remuneración mensual unificada para este tipo de contratos será la fijada conforme a los valores y requisitos determinados para los puestos o grados establecidos en las Escalas de Remuneraciones fijadas por el Ministerio de Relaciones Laborales, el cual expedirá la normativa

correspondiente. El contrato de servicios ocasionales que no se sujete a los términos de esta Ley será causal para la conclusión automática del mismo y originará, en consecuencia, la determinación de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de conformidad con la ley.

En caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales, salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior; así como en casos de personas con discapacidad debidamente calificadas por la Autoridad competente (Las negrillas y subrayado son propios).

Específicamente, el último inciso del artículo en mención señala que existe la posibilidad de renovar los contratos de servicios ocasionales por una sola vez, hasta por doce meses adicionales. Contempla como excepciones, a los puestos comprendidos en proyectos de inversión o de la escala del jerárquico superior. Asimismo, por efecto de la declaratoria de constitucionalidad aditiva emitida por esta Corte Constitucional en la sentencia N.º 258-15-SEPCC, se incluyó en las -excepciones, a las personas con discapacidad. En el presente caso, esta Corte estima que el caso de las personas por discapacidad es análogo en tanto el tratamiento que reciben en el texto constitucional. Al igual que las mujeres embarazadas o en período de lactancia, son considerados un grupo de atención prioritaria, y tienen garantías específicas que prohíben su discriminación en el trabajo. La mayor diferencia entre ambos grupos es que la condición denominada “discapacidad” puede ser temporal o permanente; mientras que, el embarazo y el período de lactancia son transitorios. Dicha diferencia no es relevante en términos de justificar un trato diferente. Por lo tanto, esta Corte estima que, para precautelar el derecho a la igualdad, es necesario incluir entre las excepciones al límite de suscripción de contratos ocasionales a aquellos en los que la servidora pública sea una mujer embarazada o en período de lactancia; y que, dichos contratos deberán durar hasta el fin del ejercicio fiscal en el que el mencionado período de lactancia termine, conforme con la ley.

Luego de la resolución del caso, la Corte Constitucional realizó la siguiente interpretación del Art. 58 de la LOSEP a la luz del Art. 11.2 de la Constitución que contempla el principio de igualdad y no discriminación:

“El último inciso del artículo 58 LOSEP señala la posibilidad de renovar los contratos de servicios ocasionales por una sola vez, hasta por doce meses adicionales. Contempla como excepciones, a los puestos comprendidos en proyectos de inversión o de la escala del jerárquico superior. Además, por efecto de la declaratoria de constitucionalidad aditiva emitida por esta Corte Constitucional en la sentencia N° 258-15-SEP-CC, se incluyó en las excepciones, a las personas con discapacidad.

*La Corte Constitucional estimó que el caso de las personas con discapacidad **es análogo al de las mujeres embarazada**, en tanto el tratamiento que reciben en la Constitución (Las negrillas y subrayado son propios).*

Así como las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia son considerados grupos de atención prioritaria y tienen garantías específicas que prohíben su discriminación en el trabajo. La mayor diferencia entre ambos grupos, personas con discapacidad o mujeres embarazadas, es que la condición denominada “discapacidad” puede ser temporal o permanente; mientras que el embarazo y el periodo de lactancia son transitorios. Pero esta diferencia no importa al momento de justificar un trato diferente.

Entonces, así como las personas con discapacidad tienen un trato diferente, las mujeres embarazadas se hayan contenidas en ese rubro por su condición de tal. Dentro de las excepciones, junto con las personas con discapacidad se hallan las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia y dichos contratos deberán durar hasta el fin del ejercicio fiscal en el que el periodo de lactancia termine”.

c. Caso del vigilante no ascendido por padecer de hepatitis B. Caso N° 0813-13-EP, Sentencia N° 362-16-SEP-CC, del 15 de noviembre de 2016, publicada en el Registro Oficial del 15 de diciembre de 2016.

En el ejercicio del control constitucional abstracto, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Art. 66, literal F) de la Ley del Personal de la Comisión de Tránsito del Guayas.

El anterior artículo 66 disponía que:

Art. 66.- Los miembros del Cuerpo de Vigilancia entrarán en situación transitoria por cualesquiera de las causas que a continuación se enumeran (...)

F) Por enfermedad crónica comprobada

Luego, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de tal disposición porque no guarda armonía con el precepto constitucional establecido en el Art. 66 numeral 4, ni con el artículo 11 numeral 2 de la Constitución, por tanto, se considera que la aplicación de dicho artículo no tiene una justificación razonable y más bien restringe el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que declara la inconstitucionalidad del artículo en cuestión. De la terminación de la relación laboral con un trabajador en estado de vulnerabilidad, la Corte Constitucional en sentencia N° 080-13-SEP-CC emitida dentro del caso N° 0445-11-EPC señaló: *“Queda claro también para esta Corte Constitucional que un empleador no puede dar por terminada una relación laboral con un empleado que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta en razón de sus padecimientos, pues ello sería un acto abiertamente discriminatorio prohibido por la Constitución, y colocaría a estas personas en una situación de extremo riesgo en cuanto a su vida, al no contar con los medios suficientes que les permitan procurarse unos ingresos dignos que aseguren su tratamiento y una vida digna más allá de la obligación ineludible del Estado frente a este tipo de enfermedades”.*

d. Caso de mujer embarazada de 33 semanas despedida por el Ministerio de Educación. Caso N° 1587-15-EP, Sentencia N° 072-17-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial miércoles 19 de abril de 2017.

A propósito de este caso, la Corte Constitucional en ejercicio de su potestad de órgano ejecutor del control de constitucionalidad abstracto señaló que la ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP, y su respectivo Reglamento no tienen una norma específica que regule qué debe hacer una institución pública cuando una funcionario, cuya partida ha sido suprimida, queda embarazada antes de que la supresión de su cargo se haya hecho efectiva.

Lo anterior, a criterio de los jueces constitucionales, se contrapone a lo establecido en la Constitución de la República en su artículo 11 numeral 3 y en atención a los derechos de especial protección reconocidos a las mujeres

embarazadas, señaló el deber de impedir que sus actos pongan en riesgo sus derechos. El cambio normativo realizado se explica a continuación:

Anterior Art. 60, LOSEP:

(...) Para la supresión de puestos no se considerarán los puestos que ocupen las personas con discapacidad severa o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, conviviente en unión de hecho o progenitor con un grado severo de discapacidad, debidamente certificado por el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS).

La reforma dispuesta por la Corte Constitucional consistió en el siguiente criterio:

*(...) Para la supresión de puestos no se considerarán los puestos que ocupen las personas con discapacidad severa o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, conviviente en unión de hecho o progenitor con un grado severo de discapacidad, debidamente certificado por el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS); **tampoco serán considerados los puestos que ocupen las mujeres embarazadas, aquellas que se encuentren gozando de su licencia de maternidad o del permiso para cuidados del recién nacido previsto por el artículo 33 de la Ley Orgánica de Servicio Público (Las negrillas y subrayado son propios).***

La reforma planteada se realizó con el objetivo de evitar que las mujeres embarazadas o que se encuentran gozando de su licencia de maternidad o permiso de lactancia, sean colocadas en situaciones de desventaja durante dichos periodos, de antemano la Corte aclara que su protección rige no solo durante el momento en el que se adopta la decisión de supresión de sus partidas presupuestarias, sino también cuando dicha supresión se hace efectiva.

e. Caso de persona con discapacidad que se encontraba en sexto mes de permiso de maternidad, despedida de CNEL. Caso N° 0238-13-EP, Sentencia N° 048-17-SEP-CC del 22 de febrero de 2017, publicada en el Registro Oficial del 6 de abril de 2017.

En esta oportunidad y a propósito del caso en mención, por potestad de aplicar el control constitucional abstracto, la Corte Constitucional modificó el

Art. 158 de la LOSEP por considerarlo contrario al principio de igualdad y no discriminación.

El Art. 58 de la LOSEP dispone que:

Art. 58.- "De los contratos de servicios ocasionales. - La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe de la Unidad de Administración del Talento Humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para ese fin.

La contratación de personal ocasional no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se superare dicho porcentaje, deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Trabajo; estos contratos no podrán exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso. Se exceptúa de este porcentaje a las personas con discapacidad, debidamente calificadas por la Autoridad Sanitaria Nacional a través del Sistema Nacional de Salud, y a aquellas instituciones u organismos de reciente creación que deban incorporar personal bajo esta modalidad, hasta que se realicen los correspondientes concursos de selección de méritos y oposición y en el caso de puestos que correspondan a proyectos de inversión o comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior. Por su naturaleza, este tipo de contratos no generan estabilidad.

El personal que labora en el servicio público bajo esta modalidad tendrá relación de dependencia y derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el personal de nombramiento, con excepción de las indemnizaciones por supresión de puesto o partida o incentivos para jubilación.

Las servidoras o servidores públicos sujetos a este tipo de contrato no ingresarán a la carrera del servicio público, mientras dure su contrato.

Para las y los servidores que tuvieran suscritos este tipo de contratos, no se concederá licencias y comisiones de servicios con o sin remuneración para estudios regulares o de posgrados dentro de la jornada de trabajo, ni para prestar servicios en otra institución del sector público.

Este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento, lo cual podrá constar en el texto de los respectivos contratos.

La remuneración mensual unificada para este tipo de contratos será la fijada conforme a los valores y requisitos determinados para los puestos o grados establecidos en las Escalas de Remuneraciones fijadas por el Ministerio de Trabajo, el cual expedirá la normativa correspondiente.

El contrato de servicios ocasionales que no se sujete a los términos de esta Ley será causal para la conclusión automática del mismo y originará, en consecuencia, la determinación de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de conformidad con la ley.

En caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales, salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior; así como en casos de personas con discapacidad debidamente calificadas por la Autoridad competente y el de las mujeres embarazadas y en estado de gestación. En este último caso, la vigencia del contrato durará hasta el fin del periodo iscal en que concluya su periodo de lactancia, de acuerdo con la ley”.

La modificación realizada por la Corte Constitucional, luego del caso citado, fue la siguiente:

Art. 58.- “De los contratos de servicios ocasionales. - La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe de la Unidad de Administración del Talento Humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para ese fin.

*La contratación de personal ocasional no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se superare dicho porcentaje, deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Trabajo. **Se exceptúa de este porcentaje a las personas con discapacidad debidamente calificadas por la Autoridad Sanitaria Nacional a través del Sistema Nacional de Salud; personas***

contratadas bajo esta modalidad en instituciones u organismos de reciente creación, hasta que se realicen los correspondientes concursos de selección de méritos y oposición, en el caso de puestos que correspondan a proyectos de inversión o comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior; y el de las mujeres embarazadas. Por su naturaleza este tipo de contratos no generan estabilidad, en el caso de las mujeres embarazadas la vigencia del contrato durará hasta el fin del periodo fiscal en que concluya su periodo de lactancia, de acuerdo con la ley (Las negrillas y subrayado son propios).

El personal que labora en el servicio público bajo esta modalidad tendrá relación de dependencia y derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el personal de nombramiento, con excepción de las indemnizaciones por supresión de puesto o partida o incentivos para jubilación.

Las servidoras o servidores públicos sujetos a este tipo de contrato no ingresarán a la carrera del servicio público, mientras dure su contrato.

Para las y los servidores que tuvieran suscritos este tipo de contratos, no se concederá licencias y comisiones de servicios con o sin remuneración para estudios regulares o de posgrados dentro de la jornada de trabajo, ni para prestar servicios en otra institución del sector público.

Este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento, lo cual podrá constar en el texto de los respectivos contratos.

La remuneración mensual unificada para este tipo de contratos será la fijada conforme a los valores y requisitos determinados para los puestos o grados establecidos en las Escalas de Remuneraciones fijadas por el Ministerio de Trabajo, el cual expedirá la normativa correspondiente.

El contrato de servicios ocasionales que no se sujete a los términos de esta Ley será causal para la conclusión automática del mismo y originará, en consecuencia, la determinación de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de conformidad con la ley.

En caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales, salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior; así como en casos de personas con discapacidad debidamente calificadas por la Autoridad competente y el de las mujeres embarazadas y en estado de gestación. En este último caso, la vigencia del contrato durará hasta el fin del periodo iscal en que concluya su periodo de lactancia, de acuerdo con la ley”.

¿El Art. 58 de la LOSEP limita el derecho a la igualdad y no discriminación?

A criterio de los jueces constitucionales, tal como consta escrito el Art. 58 de la LOSEP, vulnera el derecho a la igualdad. Por ello, y por la competencia del control constitucional abstracto que debe ejercer la Corte Constitucional, lo reformó conforme consta en el cuadro anterior y dando los argumentos siguientes:

Primero, la discriminación se produce cuando la diferenciación se origina con la finalidad de favorecer a unos y perjudicar a otros.

Segundo, aplicación del test de razonabilidad que constituye una guía para responder a la pregunta: ¿son razonables las distinciones referentes a la temporalidad en los contratos ocasionales en el sector público, estableciendo distintas categorías de funcionarios?

i) La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento de un trato desigual

La regla general que indica que la temporalidad de los contratos ocasionales de trabajo en el sector público es de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso con la posibilidad de una única renovación hasta por doce meses adicionales, tiene cuatro excepciones que son:

1. Las personas con discapacidad, debidamente calificadas por la autoridad sanitaria nacional a través del Sistema Nacional de Salud.
2. Instituciones u organismos de reciente creación que deban incorporar personal bajo esta modalidad, hasta que se realicen los correspondientes concursos de selección de méritos y oposición.

3. Mujeres embarazadas y en estado de gestación hasta que concluya su periodo de lactancia; y,
4. Puestos que correspondan a proyectos de inversión o comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior.

De las excepciones descritas se identifica que dos de las personas cuya salvedad se establece pertenecen a grupos de atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, como es el caso de las personas con discapacidad debidamente calificada por la autoridad sanitaria competente y las mujeres embarazadas y en estado de gestación hasta que concluya su periodo de lactancia. El objetivo perseguido en relación con estas personas responde a la protección de su situación de vulnerabilidad frente a quienes no se encuentran en dichas circunstancias, procurando así atender a una igualdad material que se orienta a resaltar el respeto a la diferencia sin consideración de cuestiones formales sino a partir de la real posición social del individuo a quien va a ser aplicada la norma.

Respecto a los otros dos grupos de personas. No se evidencia un objetivo de protección a las personas que han sido contratadas sino más bien un interés ya sea por la institución contratante o por las tareas encomendadas a la persona contratada.

No obstante, respecto de los funcionarios que se encuentran en un nivel jerárquico superior no se identifica un objetivo perseguido a través del establecimiento de trato desigual con los otros funcionarios que no se encuentran en el mismo nivel.

ii) La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución; y

Respecto al primer objetivo: personas con discapacidad y las mujeres embarazadas y en estado de gestación hasta que concluya su periodo de lactancia, corresponde a la protección de su situación de vulnerabilidad frente a quienes no poseen estas características, se sustenta en lo dispuesto en los artículos 35, 43, 47, 48 y 49 de la Constitución de la República, los cuales establecen en general, que las mujeres embarazadas y las personas con discapacidad deben recibir atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, y que el Estado debe prestar especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. En consecuencia, el primer objetivo identificado es válido desde el punto de vista constitucional.

El segundo objetivo identificado referente a las personas que hubieren sido contratadas por instituciones u organismos de reciente creación que deban incorporar personal bajo esta modalidad, hasta que se realicen los correspondientes concursos de selección de méritos y oposición, y quienes sean contrataos en puestos que correspondan a proyectos de inversión, refiere un interés por la institución o por las tareas encomendadas a las personas contratadas; de ahí que el objetivo parece orientarse a atender algunos de los principios de la administración pública como eficacia, eficiencia, calidad y jerarquía, constantes en el artículo 227 de la Constitución de la República, puesto que lo que se pretende es fortalecer la institucionalidad.

Respecto de las personas que ingresan a la institución en cargos jerárquicos superiores, esta Corte advierte que no se encuentra justificación constitucionalmente válida para sostener la excepción planteada en la prescripción normativa analizada, ya que la eficiencia, eficacia y calidad de la administración pública debe ser principio rector en el desempeño de todos los funcionarios públicos, pertenezcan o no al jerárquico superior. Así, al no verificarse respecto de los funcionarios que se encuentran en un nivel jerárquico superior un objetivo perseguido a través del establecimiento de trato desigual con los otros funcionarios que no se encuentran en el mismo nivel, no se identifica la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.

iii) La razonabilidad de trato desigual, esto es la relación de proporcionalidad entre este trato y el fin perseguido

Conviene determinar si la medida que consiste en extender la temporalidad de los contratos ocasionales de trabajo en el sector público, que es de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso con la posibilidad de un única renovación hasta por doce meses adicionales para ciertas personas, resulta adecuada y menos gravosa para alcanzar los fines constitucionalmente válidos, anotados precedentemente.

La prolongación de los dos años de los contratos ocasionales favorece efectivamente a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad debido a que forman parte de grupos de atención prioritaria y especializada, como es el caso de las personas con discapacidad y las mujeres en estado de gestación hasta que termine su periodo de lactancia, en razón de que por su condición son propensas a sufrir discriminaciones en el ámbito laboral. **No**

obstante, una situación similar ocurre con las personas adultas mayores o las que adolecen de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, y a pesar de aquello, no se encuentran consideradas expresamente en las normas que se analizan (*Las negrillas y subrayado son propios*).

Para la Corte Constitucional, todas las personas que la Constitución establece como parte de grupos de atención prioritaria, deberían entenderse acogidas por los beneficios que en dichas normas son aplicables a las personas con discapacidad y a las mujeres embarazadas, precisamente en atención al derecho a la igualdad. De la misma manera, si aquellas no estuvieren enunciadas en la norma también deberían entenderse protegidas en razón de las normas y disposiciones específicas del derecho internacional de los derechos humanos, que se orientan a proteger a los grupos vulnerables o desfavorecidos.

Así, la enunciación de todas las personas que se encuentra en situación especial de desprotección, no resulta necesaria en las normas analizadas, en tanto la protección en el ámbito laboral de estas se encuentra debidamente garantizada por el marco constitucional e internacional de los derechos humanos en razón de la indefensión que sufren frente a las exigencias sociales de normalidad. **De ahí que la medida de extender el tiempo de duración de los contratos ocasionales y su posibilidad de renovación para las personas con discapacidad y las mujeres embarazadas, no es suficiente para alcanzar el fin constitucionalmente válido que fue identificado de forma precedente, dada la existencia de otras personas que se encuentran dentro de los grupos de atención prioritaria** (*Las negrillas y subrayado son propios*).

En cuanto al segundo objetivo constitucionalmente válido. Se establece que la medida consiste en extender la temporalidad de los contratos ocasionales a favor de las personas que hubieren sido contratadas por instituciones u organismos de reciente creación que deban incorporar personal bajo esta modalidad, hasta que se realicen los correspondientes concursos de méritos y oposición, y quienes sean contratados en puestos que correspondan a proyectos de inversión o comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior.

Dicha medida no resulta adecuada para atender el objetivo antes citado, en tanto la atención a los principios de la administración pública como un servicio a la colectividad, se ejecuta de mejor manera a través de la observancia de lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución, eso es con el ingreso a la carrera administrativa después de participar y ganar el correspondiente concurso de méritos y oposición, que constituye un efectivo sistema selectivo formal de acceso a la función pública.

La función o administración pública, como servicio a la colectividad, se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. De manera que, con la finalidad de cumplir con estos principios, especialmente los atinentes a la eficacia, eficiencia y calidad, es necesario que las personas que ingresen a trabajar como prestadoras de servicios o que ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, se sometan a un adecuado proceso de selección de méritos.

La Ley Orgánica del Servicio Público en su Art. 2, establece que el servicio público y la carrera administrativa tienen por objetivo propender al desarrollo profesional, técnico y personal de las y los servidores públicos, para lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y el desarrollo de un sistema de gestión de talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación.

Con los concursos de méritos y oposición, además de procurar el control y transparencia del proceso de selección de forma que se asegure su objetividad, se busca garantizar el derecho constitucional a la igualdad tanto formal como material de las y los aspirantes. Esto se logra mediante la realización de un proceso sustentado en la libertad de participación y en la igualdad de oportunidades. En tal razón, los concursos de méritos y oposición garantizan el pleno ejercicio del derecho constitucional de igualdad formal y material de las y los aspirantes. Se garantiza el derecho de igualdad formal en la medida en que se asegura la libertad de participación en el concurso de todos los aspirantes, anulando cualquier posibilidad de discriminación por razones de raza, sexo, convicciones religiosas, etc.; es decir, eliminando cualquier privilegio o prerrogativa injustificada. Mientras que se garantiza la igualdad material, al asegurar la igualdad de oportunidades, logrando que

todos los participantes compitan en igualdad de condiciones, sin que nadie parta con desventaja. En esta línea son las instituciones públicas las llamadas a asegurar este derecho, a partir de la convocatoria del concurso de méritos y oposición.

Por el contrario, la creación de una diferenciación en las normas analizadas para efectos que los contratos de servicios ocasionales de trabajo en el sector público sean de hasta dos años para la mayoría de personas, y sin limitación para otras, genera una desigualdad de trato entre las personas contratadas bajo esta modalidad en las entidades del Estado, puesto que su potencialidad para formar parte del sector público se ve anulada cuando han cumplido el tiempo máximo de contratación.

Del análisis efectuado por la Corte Constitucional se deriva que las diferenciaciones referentes a la temporalidad contenidas en el artículo 58 de la LOSEP y artículo 143 de su reglamento, vulneran el derecho a la igualdad en tanto las diferenciaciones referentes a la temporalidad máxima que se puede convenir en los contratos ocasionales en el sector público, no son razonables a la luz del derecho a la igualdad. Razón por la cual, es necesario adecuar la constitucionalidad de los artículos señalados, eliminando la parte referente a la temporalidad de los contratos ocasionales y su posibilidad de única renovación, así como sus salvedades, en virtud de que no existe justificación constitucional válida y suficiente para establecer un trato diferenciado a la posibilidad de mantener un cargo hasta que se convoque a un concurso de méritos y oposición, el cual es de entera responsabilidad de la administración pública, traduciéndose en un trato discriminatorio a las personas contratadas bajo esta modalidad.

A su vez, los cambios al Art. 143 del Reglamento General a la LOSEP fueron los siguientes:

Art. 143 Reglamento LOSEP

Art. 143.- De los contratos de servicios ocasionales.- La autoridad nominadora, podrá suscribir contratos para la prestación de servicios ocasionales, previo informe favorable de la UATH. El informe justificará la necesidad de trabajo ocasional, certificará el cumplimiento de los requisitos previstos en la LOSEP y este Reglamento General para el ingreso ocasional al servicio público por parte de la persona a ser contratada;

para el efecto se contará con la certificación de que existen los recursos económicos disponibles en la correspondiente partida presupuestaria y se observará que la contratación no implique aumento en la masa salarial aprobada; en caso de que esta contratación implique aumento de la masa salarial aprobada, deberá obtenerse en forma previa las respectivas autorizaciones favorables.

El plazo máximo de duración del contrato de servicios ocasionales será de hasta doce meses o hasta finalizar el ejercicio fiscal en curso, y podrá ser renovado por única vez hasta por doce meses adicionales en el siguiente ejercicio fiscal, en cuyo caso no será necesaria la suscripción de un nuevo contrato por el transcurso del nuevo ejercicio fiscal, bastando la decisión administrativa que en tal sentido expida la autoridad nominadora o su delegado la cual se incorporará al expediente respectivo al igual que la certificación presupuestaria que expida la unidad financiera de la institución.

Se podrá suscribir varios contratos de servicios ocasionales entre la misma institución y la o el mismo servidor, durante un ejercicio fiscal en curso, que se pueden renovar dentro del consecutivo ejercicio fiscal, por necesidad institucional solo hasta 12 meses adicionales. Superado este plazo ya no se podrán contratar con la o el mismo servidor; y, pasado un ejercicio fiscal se podrá contratar nuevamente.

Cuando las instituciones del Estado hayan contratado personal hasta el lapso de tiempo que permite el artículo 58 de la LOSEP, en el que se incluye la renovación, de persistir la necesidad de cumplimiento de actividades permanentes, la UATH planificará la creación del puesto el cual será ocupado agotando el concurso de méritos y oposición.

En caso de proceder a la renovación del contrato de servicios ocasionales, no se suspende la relación entre la o el servidor y la institución contratante.

El personal sujeto a contratos de servicios ocasionales, podrá subrogar o encargarse de un puesto de aquellos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior o de la escala nacional de remuneraciones mensuales unificadas de los servidores públicos, para lo cual deberá cumplir con los requisitos y perfiles para el puesto a subrogar o encargarse. La UATH en el informe previo a la contratación deberá incorporar dicha

posibilidad, la cual constará de manera expresa como cláusula en el contrato a suscribirse.

Si se requiere que la servidora o servidor contratado ejecute parcial o totalmente actividades o funciones distintas a las determinadas en el contrato, se podrá realizar un adendum al mismo en acuerdo entre las partes, o se deberá dar por terminado el contrato, previo al cumplimiento de las disposiciones establecidas en la LOSEP y este Reglamento General, y este último caso celebrar un nuevo contrato.

Por su naturaleza, este tipo de contratos no genera estabilidad laboral alguna, no son sujetos de indemnización por supresión de puestos o partidas, incentivos para la jubilación, planes de retiro voluntario con indemnización, compras de renunciaciones, compensaciones por renuncia voluntaria.

Modificación del Art. 143 establecida por la Corte Constitucional

Art. 143.- De los contratos de servicios ocasionales.- La autoridad nominadora, podrá suscribir contratos para la prestación de servicios ocasionales, previo informe favorable de la UATH. El informe justificará la necesidad de trabajo ocasional, certificará el cumplimiento de los requisitos previstos en la LOSEP y este Reglamento General para el ingreso ocasional al servicio público por parte de la persona a ser contratada; para el efecto se contará con la certificación de que existen los recursos económicos disponibles en la correspondiente partida presupuestaria y se observará que la contratación no implique aumento en la masa salarial aprobada; en caso de que esta contratación implique aumento de la masa salarial aprobada, deberá obtenerse en forma previa las respectivas autorizaciones favorables.

El plazo máximo de duración del contrato de servicios ocasionales será de hasta doce meses o hasta finalizar el ejercicio fiscal en curso, y podrá ser renovado por única vez hasta por doce meses adicionales en el siguiente ejercicio fiscal, en cuyo caso no será necesaria la suscripción de un nuevo contrato por el transcurso del nuevo ejercicio fiscal, bastando la decisión administrativa que en tal sentido expida la autoridad nominadora o su delegado la cual se incorporará al expediente respectivo al igual que la certificación presupuestaria que expida la unidad financiera de la institución.

Se podrán suscribir varios contratos de servicios ocasionales entre la misma institución y la o el mismo servidor, durante un ejercicio fiscal en curso, que se pueden renovar por necesidad institucional. De persistir la necesidad de cumplimiento de actividades permanentes, la UATH planificará la creación del puesto el cual será ocupado agotando el concurso de méritos y oposición.

En caso de proceder a la renovación del contrato de servicios ocasionales, no se suspende la relación entre la o el servidor y la institución contratante.

El personal sujeto a contratos de servicios ocasionales, podrá subrogar o encargarse de un puesto de aquellos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior o de la escala nacional de remuneraciones mensuales unificadas de los servidores públicos, para lo cual deberá cumplir con los requisitos y perfiles para el puesto a subrogar o encargarse.

La UATH en el informe previo a la contratación deberá incorporar dicha posibilidad, la cual constará de manera expresa como cláusula en el contrato a suscribirse.

Si se requiere que la o el servidor contratado ejecute parcial o totalmente actividades o funciones distintas a las determinadas en el contrato, se podrá realizar un adendum al mismo de acuerdo entre las partes, o se deberá dar por terminado el contrato, previo al cumplimiento de las disposiciones establecidas en la LOSEP y este Reglamento General, y este último caso celebrar un nuevo contrato.

Por su naturaleza, este tipo de contratos no genera estabilidad laboral alguna, no son sujetos de indemnización por supresión de puestos o partidas, incentivos para la jubilación, planes de retiro voluntario con indemnización, compras de renuncias, compensaciones por renuncia voluntaria, licencias sin remuneración y comisiones de servicio con remuneración para estudios regulares de post grado, no ingresarán a la carrera del servicio público mientras dure la relación contractual; sin embargo, las personas contratadas deberán cumplir con todos los requisitos y el perfil del puesto exigido en los manuales institucionales y en el Manual Genérico de Puestos.

La UATH a fin de propender a una efectiva realización de sus actividades desde el primer momento, será responsable de la implementación de mecanismos de inducción para las y los servidores con contratos de servicios ocasionales.

Todos los contratos de servicios ocasionales celebrados por las instituciones comprendidas en el artículo 3 de la LOSEP, deberán ser registrados en el Sistema Informático Integrado del Talento Humano que implemente el Ministerio de Relaciones Laborales para el efecto.

Para efectos presupuestarios y de pago, las instituciones deberán registrar estos contratos en el eSIPREN con la finalidad de expedir los distributivos de remuneraciones correspondientes y de ser el caso las respectivas reformas.

Para las instituciones de la Función Ejecutiva, el Ministerio de Relaciones Laborales controlará los procedimientos de contratación utilizados por la UATH de cada institución, y verificará el cumplimiento de las políticas, normas e instrumentos de contratación ocasional; y, de su incumplimiento comunicará a la autoridad nominadora para la aplicación del régimen disciplinario, sin perjuicio de someter a conocimiento de la Contraloría General del Estado, para la determinación de responsabilidades a que hubiere lugar (Las negrillas y subrayado son propios).

6. ¿El activismo judicial constituye una afectación positiva o negativa a la sociedad?

Se considera que el activismo judicial frente a los grupos de atención prioritaria y el único asunto de género decidido por la Corte Constitucional del Ecuador es positivo para nuestra sociedad, por las razones siguientes:

Primero: porque demuestra la superación del legalismo puro que, al intentar ser previsorio, desconoce la vida de la norma en la realidad social y los atropellos que en su aplicación pueden darse. Ejemplo: la norma que obliga a contratar a personal con discapacidad que no contempla, necesariamente, la discriminación ejercida por un empleador que para despedirlo, le asigna funciones que no son posibles para el trabajador realizar. Como se vio en el caso de la Agencia de Tránsito del Ecuador.

Segundo: porque permite visibilizar la discriminación indirecta. Caso de la bombero de Archidona quien fue despedida por el hecho de ser mujer. La Corte Constitucional adopta el criterio de las categorías sospechosas para constatar si existió o no un acto discriminatorio. Bajo la concepción tradicional, los jueces de instancia que conocen estas causas solicitan pruebas de discriminación directa, las cuales muy pocas veces existen.

Tercero: porque se permite lograr la socialización del derecho, sin mayores formalismos o trabas. Para presentar una garantía jurisdiccional no se requiere ser abogado y la carga de la prueba, en la lesión de derechos constitucionales, cuando se trata de un poder público, recae en el demandado. Permitiendo la no re victimización del demandante sino la protección procesal del mismo.

Cuarto: porque permite hacer frente a problemas políticos que, generalmente, se desarrollan a través de políticas públicas que en ocasiones no llegan a cumplirse o son ineficaces. Como por ejemplo, la cobertura de la seguridad social y el fomento de plazas de trabajo para las personas de los grupos de atención prioritaria. Removiendo el monopolio del quehacer político del ámbito ejecutivo y legislativo, al judicial constitucional.

Quinto: porque convierte al ciudadano en un actor de cambio social por la vía del activismo judicial. Transformando con ello el tipo de responsabilidad que tiene sobre su vida y la de sus conciudadanos en su misma condición.

Sexto: porque permite romper la deconstrucción social de estructuras de

desigualdad. Como ejemplo, el caso de la bombera de Archidona. Porque sienta un precedente para los casos futuros.

Séptimo: porque da una formación a los jueces de instancia en el significado y alcance del garantismo de los derechos sociales frente a los grupos de atención prioritaria. Sobre todo, luego de haber conocido que las causas en los once casos planteados no fueron resueltas favorablemente a los accionantes sino, todo lo contrario, en su contra, desconociendo los más elementales derechos humanos. Como el caso del niño-nieto. Dejando transcurrir en cada uno de los casos, un aproximado de seis años, desde la presentación de la acción extraordinaria de protección hasta su resolución.

Octavo, porque las decisiones marcan un límite al poder público. Como se demostró las once causas provienen no de empresas privadas o particulares sino, sorprendentemente, del Estado. Obligando al servidor público la adecuación de su actuar a las normas y principios constitucionales de igualdad y no discriminación.

Noveno: porque los once casos estudiados plantean, lo que vamos a llamar, una “cara idealista” frente a los grupos de atención prioritaria, porque contamos con una sociedad más inclusiva. Devolver el trabajo a personas con enfermedades catastróficas, a personas con discapacidad y a mujeres embarazadas quienes han sido injustamente despedidos, les da visibilidad social y aquello es un logro para su desarrollo individual como personas.

Décimo: porque las decisiones en este libro expuestas, permiten reconocer que los derechos sociales en Ecuador son exigibles, por interdependencia y conexidad con los principios constitucionales a la igualdad y no discriminación y el principio pro ser humano. Ya no se consideran bienes jurídicos estrictamente atados a lo presupuestario y los recursos estatales, sino exigibles, reales y justiciables.

7. Conclusión

Aquí se ha realizado un estudio de estas decisiones y se considera relevante que la academia difunda la línea jurisprudencial creada por los jueces constitucionales en pro de los grupos de atención prioritaria respecto a los derechos sociales a la salud y al trabajo.

Como primera conclusión, los casos expuestos permiten reconocer que en Ecuador los derechos sociales, por el principio de interdependencia, el principio pro ser humano y el reconocimiento a la dignidad de las personas, son justiciables.

Luego, como segunda conclusión, a propósito de los casos estudiados, se debe reconocer que el Ecuador cuenta con una línea jurisprudencial a favor de las personas pertenecientes a los grupos vulnerables y con relación a los derechos sociales a la salud y trabajo. Los órganos e instituciones que pueden trabajar con las líneas argumentativas expuestas en los casos, son: los Consejos Nacionales para la Igualdad³⁵, los Gobiernos Autónomos Descentralizados quienes elaboran políticas públicas respecto a grupos de atención prioritaria. Pueden trabajar con los argumentos constitucionales, principalmente, los Ministerios de Salud y Trabajo para delinear objetivos inclusivos y no discriminatorios en la función pública.

Además, se benefician las organizaciones no gubernamentales que trabajan activamente por el reconocimiento de los derechos de los grupos vulnerables, exigiendo su implementación en la esfera pública y privada, teniendo como base los precedentes dentro de los casos constitucionales estudiados.

Por otro lado, los legisladores tienen el deber de acoger el pedido de reformas legales planteadas por los jueces constitucionales y, en la aprobación de leyes futuras, de la misma manera, tomar en consideración la concepción inclusiva de los grupos de atención prioritaria frente a los derechos sociales, en general.

³⁵ Art. 156.- Los Consejos Nacionales para la Igualdad son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley. Para el cumplimiento de sus fines se coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de los derechos en todos los niveles de gobierno.

En cuanto a los jueces de instancia, de la misma manera, existe un llamado de atención respecto a la necesidad de adecuar su actuación a los precedentes señalados en cada una de las sentencias. Solo de esta forma se logra exista la aplicación integral de la Constitución. Por el efecto de irradiación constitucional no solo se ven obligados los legisladores a seguir el rumbo marcado por la Corte Constitucional sino, claramente, los jueces de instancia, quienes deben acatar los resultados del ejercicio de control constitucional dada en la más alta Corte de esta materia. No pudiendo, en ningún momento, desentenderse del mandato contenido en las decisiones judiciales.

Como tercera conclusión, se tiene que la justiciabilidad de los derechos sociales, al reconocer los mínimos existenciales para aquellas personas, como las tratadas en los casos expuestos, que se encuentran en una situación de desigualdad por concepto de discriminación, permite evitar la deconstrucción que la falta de oportunidades genera. La justiciabilidad de los derechos sociales, tal como se ha dado en el Ecuador, ha dado paso a la igualdad material de la mujer embarazada, la persona con discapacidad y el enfermo catastrófico. En definitiva, y acogiéndome a la doctrina del derecho, plantea una “cara idealista” que se consigue por medio de la justicia constitucional. Logrando, con esto, la existencia de lo que se podría denominar una “fraternidad jurisprudencial”.

Es decir, sentencias que “rompen” dentro de la sociedad ecuatoriana enfrentándola a una nueva realidad. Por un lado, al poder político ajustado a los parámetros judiciales pro ser humano, al poder judicial constreñido a fallar siguiendo criterios inclusivos y garantistas; y, por último, las decisiones tratadas en este libro permiten el inicio de una transformación social en beneficio de la inclusión.

¿Por qué las decisiones judiciales estudiadas significan un beneficio social para los ecuatorianos?

La primera respuesta es por la visibilidad que tales sentencias han dado a los enfermos catastróficos, a personas con discapacidad y a mujeres embarazadas. En el momento en que un empleador sabe que no puede despedir a un trabajador con hepatitis, con VIH, con cáncer, por estar embarazada, o cargar con el doble de trabajo a una persona con discapacidad, o despedir a una trabajadora por el hecho de ser mujer, sin que aquello genere una consecuencia jurídica, estamos frente a un nuevo concepto de sociedad

más humana y fraterna porque se enfoca en las capacidades de ese individuo y no, precisamente, en su discapacidad, sea esta temporal o permanente.

El enfoque de igualdad que da la Corte Constitucional está dirigido al realce de la dignidad del ser humano como característica intrínseca de todo ser humano, iguales desde el punto de vista moral, porque en lo demás, todo constituye una diferencia.

El criterio de la persona como ser digno permite replantear; en palabras de Martha Nussbaum, profesora de la Universidad de Chicago, el concepto de contrato social originalmente ideado, donde las partes entran a la “negociación” libres, iguales e independientes. Pero ¿qué de las personas que no tienen la capacidad para la toma de decisiones libres, como el caso del niño-nieto? ¿Cómo se considera a las personas que por las estructuras sociales no se encuentran en posición de igualdad, no en igualdad moral, sino de poderes y recursos? o, ¿de los individuos dependientes de otros, como es el caso de las personas con discapacidad? O de las mujeres que por la estructura social de desigualdad se ven discriminadas en el ámbito laboral, como se dio en el caso de la bombera de Archidona.

Las sentencias judiciales permiten replantearnos el modelo de sociedad, porque las normas en ese sentido, pueden ser injustas. Como el caso de separar a agentes de tránsito por tener hepatitis B o de separar a un trabajador con enfermedad profesional que contrajo, precisamente, por laborar en la institución que lo despidió cuando, a su entender, no le era útil; o bien, las mujeres embarazadas que por conservar un trabajo deben abandonar su deseo a formar una familia o de cuidar a su hijo recién nacido. Este tipo de sentencias estudiadas, nos permiten reconocer que en el contrato social ecuatoriano, los grupos de atención prioritaria, en ocasiones, están ausentes del grupo contratante. Y si es así, los jueces constitucionales, a través del activismo, van a moldear la sociedad en el otro sentido, el inclusivo. De forma que tales personas estén presentes en la vida diaria, laboral, económica y social del país.

Los jueces pueden lograr la fraternidad a través de sus decisiones en beneficio y realización del principio pro ser humano, en verdadero respeto a la libertad del ser y la igualdad de trato como individuos dignos. ¿Por qué la afirmación de la fraternidad jurisprudencial?

- a. Porque en situaciones que en apariencia son puro conflicto los jueces pueden lograr con sus decisiones la construcción de fraternidad. Por ejemplo, con el respeto al embarazo de toda mujer y su periodo de lactancia. Por el tratamiento que todo niño- nieto de un afiliado al seguro social debe tener, y con ello de no ver a un menor de edad como una carga presupuestaria sino un ser humano necesitado del cuidado de salud, o por la inclusión de un enfermo catastrófico dentro de la fuerza laboral.
- b. Porque las sentencias constituyen el punto de partida para pasar del puro conflicto (laboral, presupuestario, contractual) entre personas, a la reconciliación en casos a posteriori. Por la limitación a la que se ve constreñido a futuro tal empleador o funcionario público.
- c. Porque las sentencias tienen la característica de intermediación que las leyes y las políticas públicas, no. El juez puede palpar la realidad de cada víctima de derechos a diferencia del legislador o de quien ostenta poder político que rara vez, una vez ganadas las elecciones, ven o sienten.
- d. Porque las decisiones judiciales al delimitar el poder político y eliminar políticas públicas violatorias a los derechos fundamentales, contribuye a la construcción de una nueva psicología ciudadana.
- e. Porque permite un diálogo fraterno entre Cortes en un sentido vertical, criterios que deben ser tomados en consideración por los jueces de instancia que conozcan casos similares.
- f. Porque los jueces pueden aplicar la teoría cognitiva de las emociones de la filósofa americana Martha Nussbaum. El sentimiento que cabe destacar aquí es el de la compasión. Nussbaum sostiene que *“en una sociedad totalmente justa necesitamos jueces y jurados compasivos (...) aunque las instituciones buenas no puedan evitar la vejez y la muerte, pueden al menos afrontar las necesidades de los ancianos y de aquellos que los atienden, así como de los familiares que han sufrido una pérdida. Pero eso no ocurrirá si no cultivamos en nuestros ciudadanos una comprensión adecuada del peso y el significado de estos trances (...) las instituciones pueden tanto fomentar como disuadir, así como conformar de maneras diferentes, las emociones que impiden una compasión adecuada: la vergüenza, la envidia y el asco”*³⁶.

³⁶ Martha C. Nussbaum, “Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones”. Editorial PAIDÓS. Junio 2017.

g. Porque permite la deconstrucción de patrones de discriminación. *“el “impedimento” atribuido a las personas con diversidad funcional, es un impedimento aparente, puesto que este se vuelve una construcción absolutamente cultural”³⁷. Es importante retomar el discurso del cuerpo, deconstruir el imaginario de la disfuncionalidad biológica, y construir una nueva perspectiva basada, ya no en la percepción sensorial clásica, sino en la propiocepción (sic), y replicar lo sucedido con otros colectivos”³⁸.*

h. Porque la fraternidad jurisprudencial en casos de grupos vulnerables da cuenta de un criterio evolutivo ya que los jueces tienen una capacidad de acción distinta a la de los legisladores y políticos, su campo de acción frente a realidades en conflicto sufridas por personas pertenecientes a grupos vulnerables puede hacer uso de la compasión como herramienta que influya su decisión.

i. Porque sin las decisiones judiciales estudiadas en este libro, los peticionarios habrían quedado en el plano de víctima pero se convirtieron en ciudadanos activos. Sobre las víctimas como las mujeres embarazadas, los pobres o los grupos históricamente discriminados, Martha Nussbaum dice que *“el que nos demos cuenta de que es incapaz de ser activo en algunas esferas de su vida es completamente compatible con observar que en otros sentidos sigue siendo muy activo. Contemplar sus capacidades humanas básicas nos mueve a admirar la dignidad con la que afronta los males que lo acucian y a advertir el anhelo de actividad plena que muestra incluso en la miseria más lamentable”³⁹.*

Esa actividad plena a la que se refiere Nussbaum, la identifico en los casos mencionados, en el ímpetu, coraje y valentía que tuvieron de judicializar las discriminaciones de las que fueron objeto y no obstante el tiempo transcurrido pelear por la justicia que se sabían merecedores.

Con todo lo antes expuesto, cabe mencionar que lo que se considera *fraternidad jurisprudencial* puede ser el punto de partida del desarrollo social para las personas con VIH, con discapacidad, con enfermedades catastróficas, personas que deciden iniciarse en la maternidad o niños con discapacidades

³⁷ Hughes y Paterson, “El modelo social de la discapacidad”.

³⁸ Bernardo Vázquez, “La discapacidad como imaginario”. Libro: “Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos”. Construcciones desde las diversidades, Claudia Storini, editora, Universidad Andina Simón Bolívar.

³⁹ Página 453, *ibidem*.

mentales y física, una hermandad nacida del diálogo pro ser humano. Si las Cortes hablan al unísono, bien pueden las autoridades públicas y los ciudadanos empezar a actuar en consecuencia.

Bibliografía:

1. Bellamy, R. (2010). *Constitucionalismo Político, Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Especiales
2. Díaz, E. (2010). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid, España: Editorial Taurus.
3. Shapiro, M. (1964). Political Jurisprudence. *Berkeley Law*, 52, 294-345
4. Shapiro Martin, (1965). *Law and Politics in the Supreme Court. New Approaches to Political Jurisprudence*. New York: Collier-MacMillan
5. Rosenberg, G. N. (1991). *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?*. University of Chicago Press.
6. Couso, J., Huneeus, A. & Sieder, R. (2010). *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. Cambridge: Cambridge studies in law and society..
7. Sieder, R., Angell, A. & Schjolden, L. (2005). *The Judicialization of Politics in Latin America*. Houndmills: Palgrave Macmillan.
8. Aizenstatd Leistenschneider, N. A. (2011). Medir con la Misma Vara: Parámetros Generales de Escrutinio Judicial para la Evaluación de Limitaciones al Derecho Constitucional a la Igualdad. *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, 58(29) 29-58.
9. Quinche Ramírez, M.F. (2008). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
10. Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C.A. & García Villegas, M. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema Judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá, Colombia: Editorial Norma.
11. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 020-10-SEP-CC, 11 de mayo de 2010. Juez ponente Patricio Herrera Betancourt.
12. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-226 de 2011, 30 de marzo de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.
13. Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N° 016-16-SEP-CC, 13 de enero de 2016. Juez ponente Patricio Pazmiño Freire.

14. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-247/10, 15 de abril de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
15. udith Salgado, op. Cit., p. 141. Citado en Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 080-13-SEP-CC, 9 de octubre de 2013. Juez Ponente Alfredo Ruiz Guzmán.
16. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 139-15-SEP-CC, 29 de abril de 2015. Juez ponente: Antonio Gagliardo Loor.
17. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 004-14-SCN-CC, 6 de agosto de 2014. Juez ponente Manuel Viteri Olvera.
18. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 117-13-SEP-CC, 11 de diciembre de 2013, juez ponente Wendy Molina Andrade
19. Corte Constitucional del Ecuador, dictamen N° 006-15-DT1-CC, 10 de junio de 2015. Juez Ponente Wendy Molina Andrade.
20. Marrades Puig, A.I. (2002). *Luces y Sombras del Derecho a la Maternidad*. Valencia, España. Universitat de Valencia.
21. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 309-16-SEP-CC, 21 de septiembre de 2016. Juez Ponente Alfredo Ruiz Guzmán.
22. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 093-14-SEP-CC, 4 de junio de 2014. Juez ponente Roberto Bhrunis Lemarie.
23. Corte Constitucional del Ecuador, precedente N. ° 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016. Juez ponente Manuel Viteri Olvera.
24. Abramovich, V. & Curtis C. (2002). *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Bogotá, Colombia: Editorial Trotta.
25. Hughes, B. & Paterson, K. (2008). *El modelo social de la discapacidad y la desaparición del cuerpo: Hacia una sociología del impedimento*.
26. Vázquez. (2017). *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos: Construcciones desde las diversidades*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
27. Sumaria Benavente, O. (2018). *Introducción al sistema de la tutela jurisdiccional*. Santiago de Chile, Chile: Olejnik ediciones.
28. U.S. Supreme Court Brown v. Board of Educ., 347 U.S. 483 (1954).

El libro es uno de los resultados del Proyecto de Investigación "Análisis de sentencias extraordinarias de protección periodo 2008-2016". Se agregaron decisiones de los años 2017 y 2018.

El libro intenta visibilizar la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre los derechos sociales que han reclamado los grupos de atención prioritaria. Y si en el intento por garantizarlos y protegerlos, ha surgido o no el activismo judicial.



Centro
de Investigaciones



 uees_ec

 universidadespiritusanto

 www.uees.edu.ec

 Km. 2,5 La Puntilla,
Samborondón

ceninv@uees.edu.ec

Teléfono: (593-4) 283 5630 Ext: 178 - 150