

SEÑORES JUECES DE LA SALA DE ADMISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Ref. Causa No. 1704-22-EP Acción Extraordinaria de Protección

Los suscritos jueces provinciales MARCELO OSWALDO BENAVIDES PEREZ y JAIME EDUARDO ALVEAR FLORES (Jueces de mayoría), tenemos a bien, presentar el INFORME solicitado por la Sala Constitucional, en los siguientes términos:

Según el contenido relatado en el auto de admisión, la accionante Maria Verónica Pozo Peña, ha interpuesto acción extraordinaria de protección, manifestando que, por parte de la Sala a la que pertenecemos los comparecientes, hemos vulnerado **“su derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”** en la causa No. 10243-2021-00047 en la que, por decisión de mayoría, en sentencia del 9 de mayo del 2022 de las 11h47, hemos revocado la sentencia de primera instancia y rechazado la acción de protección incoada por la accionante en contra del Ministerio de Salud Pública.

Que tal discriminación, tiene que ver con la acción de protección No. 10281-2020-01715 que otra accionante Maria Fernanda Campuès Carrera, había interpuesto y el mismo Tribunal de la Sala de la Corte de Imbabura, en cambio, en sentencia del 28 de octubre del 2020 de las 12h022 (de hace dos años atrás), ha aceptado la acción de protección.

SEÑORES JUECES CONSTITUCIONALES:

Como es de conocimiento nacional e internacional, el año 2020 el Ecuador se vio enfrentado a una pandemia que revistió ribetes terroríficos que hizo que, no solamente el Estado ecuatoriano, sino muchos países del mundo, dispusieran de mecanismos óptimos para precautelar la vida humana; uno de ellos, el confinamiento, y por ende, el servicio público se vio afectado en todos los niveles y obviamente tuvo que intervenir también la Corte Constitucional, para regular e indicarnos que, a través del teletrabajo, atendamos los casos de garantías jurisdiccionales. En este contexto pandémico, también se aprueba la denominada Ley de Apoyo Humanitario que tuvo también efectos en el ámbito de la salud, por aquello del otorgamiento de los “nombramientos definitivos” a los salubristas que hayan estado en primera línea de atención del COVID-19.

Es así que se genera una suerte de “ola constitucional” en la que se presentaron a diestra y siniestra acciones de protección que fueron aceptadas sin un mayor debate presencial de los jueces, porque, tanto nosotros cuanto las partes, actuábamos de manera telemática y tratábamos de salir de la mejor manera en tutela de derechos constitucionales de quienes comparecían al sistema de justicia.

En ese “pico” pandémico de restricciones y nuevas normas jurídicas, ha comparecido la ciudadana María Fernanda Campues Carrera que había sido desvinculada mediante la terminación de su nombramiento provisional, y obviamente, se le ha concedido la acción de protección, sobre la base no solamente de los argumentos expuestos en la sentencia escrita, sino también, teniendo en cuenta esa realidad nacional y mundial que había soportado la humanidad. Fue tal la desesperación de servidores públicos de la salud, que si bien es cierto, la Ley Humanitaria había sido elaborada para ser aplicada en beneficio de solamente los servidores médicos de atención de primera línea (los que trataban al paciente Covid que moría), que hasta inclusive en el Ecuador se extendió a los “servidores administrativos de la salud” otorgándoles infinidad de nombramientos definitivos por la vía de la acción de protección, muy a pesar que habían hecho teletrabajo.

Pero no es sino hasta que pasa la pandemia y ya podemos “vernos” en las Salas de Audiencias, de manera presencial, en donde se empieza a debatir con “mayor calma” y a limitar el abuso del que fue presa la acción de protección. Las instituciones accionadas empiezan a presentar mejores argumentos, y se enfocan de mejor manera las circunstancias de cada caso concreto; por ello hemos dicho en la sentencia impugnada por la accionante Verónica Pozo Peña que:

“En definitiva, NO SE HA TRATADO DE LA TERMINACION UNILATERAL DEL NOMBRAMIENTO PROVISIONAL POR PARTE DE LA AUTORIDAD NOMINADORA (que es lo que ha tutelado en otros casos la Corte Provincial), SINO DEL CUMPLIMIENTO DE DIRECTRICES JURIDICAS Y TECNICAS ESTATALES DE SUPRESION o ELIMINACION DE VACANTES-PARTIDAS EN EL SERVICIO PUBLICO, ENTRE OTROS, DEL MINISTERIO SALUD PÚBLICA, EN VIRTUD DE UNA POLITICA PUBLICA DE REORDENAMIENTO DEL GASTO PÚBLICO”.

Es decir, en el servicio público, se habían aplicado normas jurídicas, que con antelación no se alegaban o habían sido ignoradas por las partes. Muy particular fue, por ejemplo, en los casos de la Empresa Pública MOVIDELNOR cuando nos alegaron

la existencia de una norma jurídica que había estado “escondida” en la **LEY ORGANICA PARA EL FOMENTO PRODUCTIVO, ATRACCION DE INVERSIONES, GENERACION DE EMPLEO, ESTABILIDAD Y EQUILIBRIO**, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 309 del 21 de agosto del 2018, que en su DISPOSICION TRANSITORIA DECIMA había previsto que **“En las instituciones u organismos de la Administración Pública Central e Institucional, incluidas las empresas públicas que pertenezcan a la Función Ejecutiva, que con el objeto de reducir y optimizar el tamaño del estado, emprendan procesos de reestructuración institucional, fusión, absorción, supresión o liquidación según corresponda, y en consecuencia, implementen planes de optimización y racionalización del talento humano, previo dictamen del Ministerio del Trabajo, deberán suspenderse la creación de puestos que provengan de la modalidad de contratos ocasionales y concursos de merecimientos y oposición que para el efecto se encuentren realizando hasta que mediante la aplicación de instrumentos técnicos de planificación del talento humano se determine la real necesidad de permanencia o creación de puestos”**. (lo resaltado no es del texto). Acogimos de manera favorable y fuimos aplicando a todos los casos del servicio público, con la finalidad de limitar el abuso de esta garantía jurisdiccional de la acción de protección. Porque, era tal el abuso que empezaron a presentarse acciones de protección por hechos (desvinculaciones) que habían sucedido hace 10 o 15 años atrás cuyas partidas presupuestarias o puestos, ya ni siquiera existían en los manuales de funciones y los jueces disponían nuevamente la “creación” o que se les dé “algún puesto parecido”. Ciertamente es que las acciones constitucionales para tutelar o reparar derechos constitucionales, no han sido prescriptibles y eso lo tenemos muy claro, pero no todos los casos son iguales y obviamente, han de tener un mínimo de particularidad.

Señores jueces constitucionales, jamás de nuestra parte, ha existido ni existirá ánimo de discriminatorio alguno, con ningún ciudadano ecuatoriano o extranjero, porque tratamos de tutelar los derechos constitucionales ciudadanos, aplicando de la mejor manera posible las normas jurídicas y la jurisprudencia importante de la Corte Constitucional. En nuestra sentencia de mayoría, y que ha sido motivo de la acción de protección, en ningún momento hemos consignado argumentos que atenten contra el **PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION** de la ciudadana

María Verónica Pozo Peña, es solamente el enfoque o el entendimiento del abogado patrocinador que relata (Dr. David Moran) nada más, quien solamente se la limitado a decir, que “a otra servidora en cambio sí le han concedo la acción de protección”.

Señores jueces constitucionales, vuestra Alta Corte en las **Sentencias: 002-13-SEP-CC; 006-14-SIN-CC; 080-13-SEP-CC; 002-13-SEP-CC; 005-13-SIN-CC; 011-13-SEP-CC, entre otras relativas a este principio**, nos ha dicho que, “*el principio de igualdad se materializa en cuatro mandatos: 1) Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en situaciones idénticas; 2) Un mandato de trato enteramente diferenciado, a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún aspecto en común; 3) Un mandato de trato paritario, a destinatarios cuyas circunstancias presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes son las más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de las diferencias); y, 4) Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias son más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de las similitud)*”.

Veremos si en nuestra sentencia de mayoría del 9 de mayo del 2022 de las 11h47 en que revocamos la sentencia de primera instancia y rechazamos la acción de protección por improcedente, algún argumento discriminatorio exista, porque sabido es que del artículo 11.2 del texto constitucional ecuatoriano, nacen dos formas de discriminación; una directa (por el objeto) y otra indirecta (por el resultado). La directa es una discriminación expresa, directa y explícita; en tanto que la indirecta, que tiene por resultado, es una discriminación que, a primera vista, aparece como neutral o invisible, pero que es irrazonable, injusta y desproporcional.

El derecho internacional de los derechos humanos, no solo ha prohibido políticas, actitudes y prácticas discriminatorias deliberadas, sino también aquellas cuyo impacto es discriminatorio contra cierto grupo de personas, cuando no se pueda probar la intención directa de tal discriminación. “*La utilización de categorías tales como la raza, el sexo, la nacionalidad, la identidad cultural, un estado de salud, portar una enfermedad, son justificables únicamente en la medida en que el fin propuesto sea aminorar las desigualdades existentes, impidiendo que las mismas se perpetúen. Se trata entonces de un sentido inverso al uso discriminatorio de estas categorías, llamada discriminación inversa, compensando, si quiere, un tratamiento injusto, como*

la única forma que el Estado y los propios particulares puedan superar ese tipo de situaciones que generan un grado de injusticia real de la que son víctimas algunos grupos sociales. Lo que se busca, en definitiva, es romper la desigualdad histórica, entendiendo que la desigualdad es una construcción social y no natural”.

Esta discriminación inversa (que no es el caso de los accionantes), según nos ha dicho la Corte, *“no utiliza los mismos criterios de los que se sirve la discriminación injusta o arbitraria, porque la discriminación que se encuentra prohibida (condición de mujer alegada por la accionante), es aquella que otorga un tratamiento distinto por el simple hecho de contar con una característica propia (ser mujer, niño, portador de VIH, por ejemplo); en tanto que en la discriminación inversa, el trato preferencial se otorga sobre la base de que un niño, una mujer o una persona portadora de VIH ha sido tratada injustamente por el hecho de tener tal condición. Por lo tanto la discriminación es el acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades. Arbitrariamente se usa la no discriminación para referirse a la violación de la igualdad de derechos para los individuos por cuestión social, racial, religiosa, orientación sexual, género o étnico culturales, entre otros. Es de destacarse que no toda diferenciación constituye discriminación. De acuerdo a esta óptica, se debe entender que la aplicación de determinado precepto legal a sujetos con categorías jurídicas distintas, no puede ser considerada a primera vista, como un trato discriminatorio”.* De ello entonces se colige que se genera discriminación solamente cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable. En el caso, por tanto, no nos encontramos frente a una discriminación inversa, sino frente a un argumento de DISCRIMINACION INJUSTA O ARBITARIA (directa por el objeto), de la cual no existe ninguna prueba o argumento sobre que los jueces de mayoría, le hayamos discriminando a la accionante, por alguna de aquellas condiciones, a modo de ejemplo, *“que LOS JUECES DE MAYORIA hubiésemos dicho que aquí en la Corte los servidores públicos con nombramiento provisional, están excluidos de la tutela de derechos por condiciones de raza, religión, sexo, pensamiento, etc.”* no, aquello no existe, lo que hemos dicho, en resumen, en el que la desvinculación de Veronica Pozo obedece a la aplicación de normas reguladoras del servicio público, nada más; es decir, en cumplimiento de una normativa jurídica que, obviamente, goza de la presunción de constitucionalidad.

Ahora bien, descartada esta forma de discriminación injusta o arbitraria (directa) por alguna de las condiciones indicadas supra, la Corte Constitucional también nos ha dicho *“Igualmente, las diferentes cortes y tribunales a nivel internacional han desarrollado criterios y razonamientos para explicar de manera correcta y efectiva el principio de igualdad constitucional y no discriminación, tal y como se sintetiza a continuación: 1) Algunos ven, por ejemplo, en el principio de proporcionalidad o test de razonabilidad, una medida idónea de argumentación y justificación para determinar los casos en los que no se configuraría discriminación si se opta por determinada medida a favor de un grupo de personas; 2) Otros, con diferentes matices, fundan su criterio en los denominados tipos de escrutinio, empezando por un escrutinio débil, según el cual, para que un acto sea declarado constitucional, basta que el trato diferente sea adecuado para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico constitucional; pasando por un escrutinio intermedio, en donde las medidas adoptadas no buscan discriminar sino favorecer –es lo que se ha denominado affirmative action–; y, un escrutinio estricto, que se aplica cuando un trato diferenciado se funda en criterios sospechosos, según el cual un trato diferenciado es justificado únicamente para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso y necesario. De lo cual podemos concluir que el trato diferenciado, que se ha definido como **“categorías sospechosas”**, (lo resaltado no es del texto) necesariamente implica un mayor esfuerzo por determinar si el trato es o no discriminatorio”*. Al efecto, la accionante no ha precisado ningún argumento discriminatorio de los consignados, ya que solamente se han limitado a decir, que su situación, la entenderíamos, *“implica una distinción injustificada frente a la situación legal”*; en palabras sencillas, *“que se siente discriminada frente a la ley por parte de LOS JUECES de mayoría”*, por tanto esta alegación la encuadraremos en aquello que la Corte Constitucional ha dicho ser *“categorías sospechosas”* para darle la correspondiente respuesta. Precisa que se vulneran sus derechos, porque a otra si le reconocen derechos y a ella no, y hemos inobservado *“nuestra jurisprudencia provincial”*, y por ello se ha visto en la necesidad de reclamar constitucionalmente por la vía de la acción extraordinaria de protección y que, entonces sería de entender como que se se trata de vulneración de derechos por discriminación, en aquello de las *“categorías sospechosas”* que nos ha referido la Corte Constitucional y que hay que despejarlas aplicando el testeo de

los tipos de escrutinio, ya sea de característica débil, intermedio o estricto; veamos el caso, con cada uno de ellos, precisando obviamente que nuestras decisiones provinciales de cada caso, no se trata de jurisprudencia obligatoria.

Sobre el criterio del escrutinio débil

Según el cual, para que un acto sea declarado constitucional, basta que el trato diferente sea adecuado para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico constitucional, es decir, que la sentencia de mayoría emitida por nosotros debe estar prohibida por el ordenamiento constitucional. Al respecto, según la previsión del artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial nos dice *“Voto salvado.- La jueza o juez que disintiere de la mayoría, en las resoluciones del Tribunal o sala emitirá su voto salvado, con la expresión de la causa de su discrepancia. Tanto el fallo de mayoría como el voto salvado deberá ser suscrito por todas las juezas y jueces o conjuezas y conjueces que hubieren votado, bajo pena de destitución si de hecho se resistiere alguno a firmar, en cuyo caso, con la anotación de esta circunstancia en el proceso, la resolución seguirá su curso legal”*; por tanto, si existe la posibilidad de salvar el voto, como en efecto lo hizo el juez provincial Olavo Hernández Hidrobo, la decisión de mayoría, por tanto, está garantizada por la antedicha norma jurídica; y nuestra decisión mayoritaria, obviamente resulta ser jurídicamente válida; y esa forma regulatoria (Ley) prevista en este ordenamiento jurídico se presume revestida de constitucionalidad (mientras no haya sido impugnada), conforme con los artículos 225 y 226 de la Constitución de la República; y, si la autoridad pública (en esta caso, los jueces de mayoría) hemos actuado y aplicado normativa jurídica, esta actuación debe estar prohibida por la Constitución de la República para que podamos decir que la accionante hubiese sido discriminada en la decisión constante en la sentencia de segunda instancia (9 de mayo del 2022 de las 11h47); de lo cual consideramos, que no existe prohibición constitucional para no emitir un fallo de mayoría y un voto salvado, pero si para regularlo, con lo cual, el fundamento discriminatorio sustentado en esta categoría sospechosa, resulta no existir y por tanto, deviene en improcedente en su aplicación.

Sobre el criterio del escrutinio intermedio

Según el cual las medidas adoptadas no buscan discriminar sino favorecer –es lo que se ha denominado *affirmative action*-. En este caso, no existe tampoco, porque no se trata de una acción afirmativa que hubiere sido denegada por los jueces de mayoría en algún concurso de méritos y oposición público por ejemplo; y,

Sobre el escrutinio estricto.

Se aplica cuando un trato diferenciado se funda en criterios sospechosos, según el cual un trato diferenciado es justificado únicamente para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso y necesario. Tampoco es pertinente análisis alguno sobre este escrutinio porque, la aplicación de normativa jurídica consignada en la sentencia de mayoría, para la desvinculación de la accionante del Ministerio de Salud, no reviste ninguna imperiosa necesidad constitucional que determinarse en favor de la institución accionada, para que le haya tratado de manera diferente; por el contrario, hemos dicho que a Veronica Pozo, se le ha desvinculado de conformidad con la normativa pública que en dicha sentencia hemos consignado. De ahí que, la Corte Constitucional nos dice que siempre conviene precisar sobre “¿QUE SE DEBE ENTENDER POR TRATO DIFERENTE?”, cuando como en este caso, la accionante ha dicho que, en la aplicación de esta normativa jurídica le han discriminado (porque no hemos observado la “jurisprudencia provincial”) a pesar de haberle concedido a otra persona lo mismo alegado por ella, con lo cual nos estaría diciendo que se encuentra en situación idéntica, que otros desvinculados, a quienes en cambio sí se les estarían concediendo las acciones de protección y que no lo hemos hecho nosotros. La Corte Constitucional nos ha precisado “Que el principio de igualdad y no discriminación no implica un trato idéntico en todas las circunstancias; por el contrario, son justamente las diferencias las que convocan a un trato distinto en atención al caso. Así, un trato diferente es justificado solo en la medida en la que la finalidad sea potenciar de mejor manera la vigencia de los derechos y no al contrario” y nos pone como ejemplo el siguiente “(...) 2. El caso de la no aplicación de las escalas salariales a los funcionarios de carrera del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, en relación a otros funcionarios que tienen el cargo de libre remoción y contrato: en aquel sentido, se puede observar que **la condición paritaria no opera por cuanto no existe una conducta discriminatoria en la aplicación de una disposición normativa**, puesto que, las categorías paritarias no se hallan

configuradas”; es decir, cuando se trata de la aplicación de normas como en el caso de la referencia, no existe una situación de paridad, porque sencillamente se trata de una aplicación normativa que tiene sustento constitucional; tanto más que, inclusive le hemos dicho que su desvinculación, insistimos, se ha tratado de la aplicación de normativa jurídica de regulación del gasto público, de eliminación y supresión de partidas, por tanto, también consideramos que no existe discriminación de este tipo.

De esta manera señores jueces constitucionales, respetuosamente ponemos en su consideración este INFORME, el mismo que ha de ser considerado en descargo nuestro.

Notificaciones que nos corresponden, las recibiremos en los correos electrónicos: marcelo.benavides@funcionjudicial.gob.ec ; marben2258@hotmail.com ; jaime.alvear@funcionjudicial.gob.ec ; jalvear64@yahoo.es .

Muy atentamente.