



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK DEL ECUADOR

**TRABAJO DE TITULACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA**

ANÁLISIS DE CASOS

ÁREA: DERECHO CONSTITUCIONAL

NATHALIE ALEXANDRA SÁNCHEZ JARAMILLO

QUITO, MARZO 2017

CESIÓN DE DERECHOS

DECLARACIÓN JURAMENTADA Yo, NATHALIE ALEXANDRA SÁNCHEZ JARAMILLO declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional; y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluye en este documento. A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK ECUADOR, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....

NATHALIE ALEXANDRA SÁNCHEZ JARAMILLO

CC: 1717052482

DEDICATORIA

A mis padres, por ser la base de mi vida y haberme forjado como una guerrera, todo lo que soy es gracias a su educación, tanto académica, como de la vida, por su incondicional apoyo y cariño.

A Pierre, por ser el motor que me impulsa a seguir día a día, por su paciencia y motivación constante de perseguir mis sueños.

A mis hermanos, por mostrarme los contrastes de la vida y la persecución de la felicidad.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	VI
---------------------------	----

CASO 1:

La violación del derecho de igualdad y no discriminación en los exámenes ginecológicos exigidos a las mujeres por la ESMIL	pág. 1
Introducción	pág. 1
Principio de Igualdad	pág. 2
Principio de No Discriminación	pág. 3
Igualdad Formal	pág.4
Igualdad Material	pág. 4
El caso de Emma Isabel Aguaguiña Aguaguiña vs. ESMIL	pág. 6
Hechos	pág. 6
Antecedentes Jurídicos	pág.7
Acción de Protección	pág.7
Argumentos de la accionante	pág. 7
Argumentos Fácticos	pág.7
Argumentos Axiológicos	pág. 8
Argumentos del Accionado	pág. 8
Argumentos Fácticos	pág. 8

Argumentos Axiológicos	pág. 9
Argumentos del Juez	pág. 10
Ratio Decidendi	pág. 10
Obiter Dicta	pág. 10
Propuesta Alternativa	pág. 11
Acción Extraordinaria de Protección	pág. 13
Argumentos de la accionante	pág. 13
Argumentos Fácticos	pág. 13
Argumentos Axiológicos	pág. 13
Argumentos del accionado	pág. 13
Argumentos Fácticos	pág. 14
Argumentos Axiológicos	pág. 14
Argumentos del Juez	pág. 14
Ratio Decidendi	pág. 14
Obiter Dicta	pág. 16
Propuesta Alternativa	pág. 16
Lista de Referencias	pág. 18

CASO 2:

La responsabilidad del Estado en los casos de violación de los derechos de las personas privadas de la libertad del caso El Turi	pág. 20
--	---------

Introducción	pág. 20
El rol del Estado como garante de los derechos de las personas privadas de la libertad	pág. 20
Los derechos de las personas privadas de la libertad	pág. 22
El uso legítimo de la fuerza	pág. 25
El Hábeas Corpus.....	pág. 26
El Caso Turi	pág. 27
Hechos	pág. 27
Antecedentes Jurídicos	pág.28
Sentencia de 30 de septiembre de 2016	pág. 28
Argumentos de los accionantes	pág. 28
Argumentos Fácticos	pág.28
Argumentos los accionados	pág. 29
Argumentos Fácticos	pág. 29
Argumentos del Juez	pág. 30
Ratio Decidendi	pág. 30
Obiter Dicta	pág. 32
Propuesta Alternativa	pág. 36
Lista de Referencias	pág. 37

CASO 3:

La exigibilidad jurídica de los derechos humanos frente al desconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales por parte del Ministerio de Salud Pública basada en la alegación de no contar con partidas presupuestarias para la liquidación de Laura Merizalde Vega	pág. 39
Introducción	pág. 39
Derechos económicos, sociales y culturales	pág. 40
Reconocimiento de los DESC	pág. 41
Exigibilidad jurídica de los derechos sociales	pág. 45
La acción de Protección como garantía jurisdiccional para proteger los derechos del buen vivir	pág. 46
El caso de Laura Elvira Merizalde Vega vs. Ministerio de Salud Pública	pág. 49
Hechos	pág. 49
Antecedentes Jurídicos	pág.49
Acción de Plena Jurisdicción No. 17801-2004-11167-LR	pág. 50
Argumentos de la accionante	pág.50
Argumentos Fácticos	pág. 50
Argumentos Axiológicos	pág. 51
Argumentos del Accionado	pág. 51
Argumentos Fácticos	pág. 51
Argumentos Axiológicos	pág. 51
Argumentos del Juez	pág. 51

Ratio Decidendi	pág. 51
Obiter Dicta	pág. 52
Propuesta Alternativa	pág. 53
Acción Extraordinaria de Protección	pág. 53
Argumentos de la accionante	pág. 54
Argumentos Fácticos	pág. 54
Argumentos Axiológicos	pág. 54
Argumentos del accionado	pág. 54
Argumentos Fácticos	pág. 54
Argumentos Axiológicos	pág. 55
Argumentos del Juez	pág. 55
Ratio Decidendi	pág. 55
Obiter Dicta	pág. 57
Propuesta Alternativa	pág. 58
Lista de Referencias	pág. 58

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de tres casos jurídicos suscitados en el Ecuador, en los cuáles se va a analizar doctrina y jurisprudencia relacionada a cada uno de ellos, para posteriormente realizar el estudio jurídico de cada instancia y establecer una propuesta alternativa.

El primer caso se presenta como “La violación del derecho de igualdad y no discriminación en los exámenes ginecológicos exigidos a las mujeres por la ESMIL” ; el segundo es “ La responsabilidad del Estado en los casos de violación de los derechos de las personas privadas de la libertad del caso El Turi” y finalmente, el tercer caso se lo analiza en base a “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos frente al desconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales por parte del Ministerio de Salud Pública basada en la alegación de no contar con partidas presupuestarias para la liquidación de Laura Merizalde Vega”

En el primer caso se trabajó el tema del principio de igualdad y no discriminación, igualdad formal y material; en el segundo caso se hizo un análisis de la responsabilidad del Estado frente a los derechos de las personas privadas de la libertad y en el tercer caso se desarrolló el tema de los derechos económicos, sociales y culturales.

Desde el punto de vista metodológico, en cada caso se identificó el problema jurídico, los hechos, antecedentes jurídicos, argumentos de las partes y del juez, ratio decidendi- obiter dicta y se fue proponiendo soluciones alternativas en los casos.

La violación del derecho de igualdad y no discriminación en los exámenes ginecológicos exigidos a las mujeres por la ESMIL.

1. Introducción

En el presente trabajo se va a analizar si los exámenes ginecológicos exigidos a las mujeres por parte de la ESMIL, constituyen una vulneración a los derechos de igualdad y no discriminación de Emma Isabel Aguaguña Aguaguña, quien se postuló al concurso de oficiales especialistas en el área legal de la ESMIL. El propósito por el cual se estudiará este caso es para determinar si existió una violación a los derechos fundamentales de la señora al haber sido calificada como no idónea en base a la evaluación médica que se le realizó. Es por ello que el análisis del presente caso va a estar enfocado al desarrollo del derecho de igualdad formal y material y al principio de no discriminación.

Es así que en el caso que nos concierne, hay que tomar en consideración que si bien la Corte Constitucional resuelve partiendo de los hechos y conlleva un análisis al derecho de Acceso al Trabajo, es indispensable ir más allá, siendo así que el problema jurídico central que se analizará en líneas subsiguientes y que debió ser analizado por la Corte, es la vulneración al principio de igualdad y no discriminación, todo esto con enfoque a tratos discriminatorios a la mujer.

Conforme se desprende del análisis del caso, el mismo se manifiesta bajo la luz de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, la cual tiene como preámbulo los reconocimientos de las luchas sociales históricas que se han desarrollado en el país y a su vez el objetivo de los ecuatorianos de construir una sociedad que respete la

dignidad de las personas, donde se colige como valor fundamental de la Carta Magna a la Igualdad.

1.1. Principio de Igualdad

Pues bien, el principio de igualdad es entendido como aquellos aspectos relevantes de los seres humanos, los mismos que deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de forma idéntica y uniforme, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo (Rabossi, 1990, pág. 175). La señora Aguaguíña, profesional del derecho, aspirante a ser oficial de la ESMIL y trabajar para la institución, tenía que haber sido considerada y tratada de igual manera que el resto de postulantes hombres, los mismos que no fueron examinados de la misma forma para calificar idóneamente al concurso. Es así que el principio de igualdad cierra el contorno de la justicia en la aplicación del derecho, formulando la necesidad de que los seres humanos sean tratados con igual consideración y respeto (Dworkin, 2002, pág. 142).

De acuerdo a que establece la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 11 numeral 2, todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, por cuanto nadie podrá ser discriminado por razones de:

Etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El principio de igualdad detallado anteriormente, efectivamente evidencia un trato no discriminatorio en cuanto a mujeres y hombres, sin embargo es igualdad en teoría y desigualdad en la práctica, por lo que se podría decir que la igualdad configura una quimera aún en la sociedad ecuatoriana, ya que el tratar de definir una igualdad

absoluta sería contraproducente al margen de que, dos objetos no idénticos jamás son completamente iguales, difieren al menos en su ubicación espacio-temporal, ya que si las cosas no difieren por lo menos en algo, no deben llamarse iguales sino idénticas (Pérez Portilla, 2005, pág. 6), pues esto en referencia al caso que nos atañe, se puede descifrar que las mujeres postulantes al concurso de la ESMIL, estaban en una posición de igualdad en cuanto a la participación dentro del concurso respecto de los hombres y que debían ser evaluadas de la misma manera que se evaluó a los hombres, descartando un examen médico- ginecológico o sino introducir un examen equivalente para los hombres, es eso lo que busca nuestra carta magna al establecer el principio donde dos personas, ya sea hombre y mujer, son iguales en un aspecto significativo, en este caso son personas que están concursando para la obtención de un cargo profesional y se debió llegar a la conclusión normativa de que debían ser tratadas igual.

1.2. Principio de No Discriminación

Por lo tanto, al haber existido una ruptura de la igualdad por un motivo injustificado, conlleva a determinar la existencia de una discriminación, la misma que se enmarca en el trato desfavorable a una persona de manera ilegítima en virtud de sus condiciones particulares o condiciones de sexo, cultura, religión, etc. (Miné, 2003, pág. 1), lo que me lleva a determinar que al haber sido la señora Emma Aguaguña, una mujer profesional aspirante a ocupar el cargo de oficial y al haberle realizado exámenes ginecológicos para determinar su capacidad intelectual, se evidencia un trato discriminatorio en referencia de los demás postulantes hombres, donde no se pone en observación si su salud urológica será determinante para ocupar el cargo, que sin embargo aquellos exámenes médicos resultan irrelevantes para justificar la capacidad o incapacidad del desarrollo de un cargo laboral, el mismo que implicaba el conocimiento intelectual en leyes.

Cabe destacar que el principio de no discriminación es un componente esencial del principio de igualdad (Badilla, 2009, pág. 27) y que por ende el uno subsiste del otro, por lo que la igualdad al ser un valor superior que transversaliza a todo el ordenamiento jurídico, la ruptura de este deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución de la República del Ecuador consagra. Es así que nuestra Constitución en su artículo 66 numeral 4 reconoce y garantiza a las personas el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, los mismos que ayudan a configurar la igualdad de género.

1.3. Igualdad Formal

Aquella igualdad formal significa que todas las personas somos iguales ante la ley en cuanto a su aplicación y protección (Salgado, 2009, pág. 137), es decir que este principio prohíbe todo trato diferenciado que sea arbitrario o injusto, previniendo la prohibición de discriminar a las personas en razón de sexo, identidad sexual, etc., a estas razones se llama categorías sospechosas, la mismas se fundan en rasgos fijos de las personas de los cuales estos no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad, y por ello, las personas han estado sometidas, históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas (Salgado, 2009, pág. 138) , además de acuerdo a la Sentencia de Corte Constitucional se dice que estas categorías sospechosas son criterios utilizados ya sea por el Estado o por los particulares con miras a realizar diferencias que nunca parecerían justificarse (Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 2013).

1.4. Igualdad Material

En cambio, la igualdad material exige la intervención del Estado y la sociedad para eliminar las situaciones de desigualdad, es decir hace referencia al trato jurídico a las personas pero tomando en cuenta la posición real en que se encuentran, ya sean

condiciones particulares como sociales, económicas, culturales, etc., con el objetivo de llegar a una equiparación real y efectiva de los mismos (Carmona Cuenca, 2004, pág. 1), es así que la Corte Constitucional del Ecuador a través de la sentencia No. 117-13-SEP-CC (Sentencia 117-13-SEP-CC, 2013) ha señalado que la dimensión material se establece en:

El tercer inciso del numeral 2 del artículo 11 de la Constitución. Al señalar: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”. Esta dimensión del derecho supone que los sujetos se hallen en condiciones diferentes, por lo que requieran un trato distinto, que permita equiparar el estatus de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos.

Ahora bien, luego de establecer las dimensiones de la igualdad formal y material, viene bien establecer qué es la discriminación contra la mujer, pues de acuerdo al Art. 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979).

Es así que podemos concluir en base a un juicio de razonabilidad, que la señora Aguaguña ha sido discriminada y por ende se ha vulnerado el principio de igualdad formal, ya que la ESMIL cuenta con procesos de selección basados en su reglamento interno, el cual se rige en la Directiva No- 01-DISAFSA-2011, el mismo si bien es cierto permite el acceso a mujeres, dentro de sus disposiciones generales en el numeral 4 establece el examen ginecológico exclusivamente para mujeres y además en el artículo 7 del mismo reglamento, expresa que un aspirante será no idóneo al presentar alguna

patología durante la evaluación médica, mientras que nuestra norma suprema establece en el artículo 329 (Constitución de la República del Ecuador, 2008) que los procesos de selección laboral se basarán en habilidades, destrezas, formación, méritos y capacidades y además prohíbe el uso de criterios e instrumentos discriminatorios que afecten la privacidad, dignidad e integridad de las personas, es así que un examen ginecológico no puede arrojar resultados de habilidades y capacidades en el desarrollo de la profesión del derecho, añadido de igual forma lo que el artículo 160 de la Constitución establece al expresar que las personas aspirantes a la carrera militar y policial no serán discriminadas para su ingreso. En este caso tanto hombres como mujeres aspirantes a calificar en el concurso de oficiales especialistas en el área legal se encuentran en igualdad de condiciones y por ende debieron ser consideradas de manera uniforme con los hombres ante la ley.

2. El Caso de Emma Isabel Aguaguíña Aguaguíña vs ESMIL

2.1. Hechos

La señora Emma Isabel Aguaguíña Aguaguíña es abogada en libre ejercicio, siempre tuvo la aspiración de prestar sus servicios profesionales en el Ejército ecuatoriano, razón por la cual se postuló al concurso anual de oficiales especialistas que abrió la ESMIL en agosto del 2013.

La postulación la hizo vía online y se le asignó el número 85278 de concursante. El concurso tenía tres evaluaciones, la psicológica, la académica y la médica. En esta última evaluación se le exigió realizarse un examen ginecológico, pero al no contar con especialistas en esa área, la ESMIL ordenó a todas las aspirantes mujeres acudir a APROFE a que se realicen dicha evaluación de varios exámenes, entre ellos un Papanicolaou. Es así que la señora se realizó el examen y como resultado se emitió un

Informe de Citología Cérvico- Vaginal Bethesda el 20 de enero de 2014, el mismo que arrojó como resultado: Negativo para lesión intraepitelial o malignidad.

Al día siguiente de recibir el informe mencionado, la ESMIL le informa que le iban a realizar otro examen, por cuanto la Institución ya había conseguido un especialista en Ginecología. A pesar de que la señora Emma manifestó a la ESMIL que no era conveniente ni necesario que se le practicara un nuevo examen a día seguido, la Institución indicó que necesariamente debía realizarse el examen para continuar en el concurso, razón por la cual y sin otra alternativa la señora se realizó otro examen ginecológico.

El 16 de marzo de 2014 se la calificó como no idónea, sin explicación adicional en el sistema. La señora se acercó a hablar a la Comandancia General del Ejército y le indicaron que no calificó porque el examen ginecológico practicado por el Policlínico de la ESMIL arrojó que padecía de Displasia Cervical.

La Señora finalmente, pese a sus pedidos de que se la reintegre al grupo de aspirantes a oficiales especialistas idóneos, no obtuvo respuesta favorable puesto que esa patología constituía causal de no aptitud para el ingreso.

2.2. Antecedentes jurídicos

2.3. Acción de Protección

El día 15 de julio El 15 de julio de 2014, la abogada Emma Isabel Aguaguña Aguaguña interpuso una acción de protección en contra del Director General de Recursos Humanos del Ejército Ecuatoriano, general de Brigada Carlos Rodríguez Arrieta. A través de esta garantía se impugnó el oficio N.0 2 014-010-E1-0-in del 25 de febrero de 2 014, suscrito por la autoridad antes referida en la cual se puso en manifiesto las razones médicas por las cuales la accionante fue calificada como no idónea dentro

del proceso de selección de aspirantes al curso de oficiales especialistas en la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro. A decir de la accionante, dicha actuación por parte de la institución militar vulneró sus derechos a la no discriminación, al trabajo, seguridad jurídica y debido proceso.

2.3.1. Argumentos de la accionante

a) Argumentos Fácticos

Postuló al concurso de oficiales especialistas con el número 85278 vía electrónica, tras haber pasado las evaluaciones académicas y psicológicas, se realizó el primer examen ginecológico en APROFE, según como lo ordenó la ESMIL al no contar con especialistas en el área. El primer examen resultó negativo para Lesión Intraepitelial o Malignidad. Pero la ESMIL solicitó a las aspirantes a realizarse otro examen, por lo que sin alternativa se lo hizo con los expertos del Policlínico de la ESMIL y se la calificó como no idónea por haber encontrado en el segundo examen una Displasia Cervical.

Recibió dos oficios por parte de la ESMIL el No. 2014-010-E1-O-in de 25/02/14 y el No. 2014-014-E1-o-in de 20/03/14 donde se ratificó el diagnóstico que fue causa de su no aptitud para el ingreso.

b) Argumentos Axiológicos

Aguaguña manifiesta que el pronunciamiento de la ESMIL constituye un acto de discriminación por la supuesta patología que no padece y que la exclusión fue una decisión arbitraria y sin fundamento que viola la seguridad jurídica, el derecho al trabajo ya que fue una fuente de ingresos que la accionante aspiraba a corto plazo y que incluso descuidó sus actividades profesionales en el libre ejercicio. Además el haber registrado

la información de la supuesta enfermedad en el Ejército atenta contra la dignidad de Aguaguña y por ende vulnera el derecho a la protección de los datos sensibles.

2.3.2. Argumentos del accionado

a) Argumentos Fácticos

La decisión que se ataca se originó el 28 de enero de 2014, por lo que el plazo razonable para interponer acción de protección feneció y que en relación a los exámenes médicos, el 26 de diciembre de 2013 a través del primer diagnóstico se determinó: frotis cérvix uterino inflamatorio moderado a severo y el 24 de enero de 2014 a través del segundo diagnóstico se detectó un moderado proceso inflamatorio cérvico vaginal que sugería colposcopia y biopsia.

b) Argumentos Axiológicos

La ESMIL expresa que de acuerdo al artículo 158 de la Constitución de la República del Ecuador inciso 2 se establece la misión constitucional de las Fuerzas Armadas, siendo ésta la defensa de la soberanía e integridad territorial. Pues el accionado erróneamente alega que esta misión debe ser cumplida por los servidores militares, es por ello que acuden a entrenamientos físicos rigurosos y que el diagnóstico médico de la accionante imposibilita cumplir a cabalidad esta misión constitucional.

En relación al derecho a no ser discriminada, la parte accionada manifiesta que la junta de selección resolvió que la accionante no continúe en el proceso de selección, ya que precautelaban su integridad física.

En cuanto al derecho a la seguridad jurídica, manifiesta sin fundamento lógico que al haberle propuesto un tercer examen ginecológico, se le brindó seguridad jurídica, pero que la accionante no accedió.

Al no haber existido relación laboral alguna, ya que la accionante jamás fue militar, no se vulneró el derecho al trabajo.

Y que no se vulneró el derecho a la protección de datos sensibles, ya que la Institución jamás hizo público el diagnóstico médico de Aguaguña.

2.3.3. Argumentos del Juez

a) Ratio Decidendi

Cabe señalar que la ratio decidendi es aquella motivación, en términos sencillos, consignando en el fallo las causas o razones que le han conducido al juez o tribunal a resolver, de una u otra forma, lo sometido a su decisión (Salcedo, 2014, pág. 1) es decir, la ratio decidendi es la expresión del Juez en cuanto al razonamiento que hizo para poder llegar a resolver un caso y tomar una decisión del mismo.

Es así que dentro de la sentencia de acción de protección dictada el 12 de agosto de 2014, se llegó a la conclusión que no existe Ratio Decidendi por cuanto es una copia textual de la demanda, cerrando con la decisión de la Jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha, de no aceptar la misma por no cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 42 numerales 1, 3 y 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sin atribuirle una verdadera significancia que realmente enmarque un valor al Derecho de nuestro país.

b) Obiter Dicta

Por otro lado, la Obiter Dicta es una proposición jurídica contenida en la decisión del juez que, desde el punto de vista lógico, no puede ser considerada la premisa mayor en relación con los hechos selectos de la decisión; además, no forma parte de la ratio decidendi (Salcedo, 2014, pág. 5) es decir, aquellas razones adicionales de importancia que el Juez manifiesta en la decisión.

De igual manera, en esta sentencia no se evidencia Obiter Dicta.

La Jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito, no se dio el trabajo de elaborar un argumento y peor aún motivar la sentencia, recoge los argumentos fácticos de las partes y hace una copia textual en la sentencia de lo que se dijo en la Audiencia de Acción de Protección y en la misma demanda. Y descaradamente expresa en la misma, que era obligación de la accionante, conforme al artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, describir en la demanda cuál es el derecho constitucional violado y que no se ha dado cumplimiento con el espíritu de la norma jurídica. Esto ya rebasa los límites del artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, no hay un papel de Juez, a simple vista pareciera que quien resolvió el caso fue un desconocido en leyes.

2.3.4. Propuesta Alternativa

Como es de conocimiento cada sentencia debe estar motivada, de acuerdo a lo que establece el artículo 76.7 literal 1) de la CRE, dado que en la presente no se recogió ni normas, ni principios jurídicos para justificar el nulo fundamento. La Jueza como punto de partida debió aplicar las normas atinentes al caso y analizar el tema de la Discriminación en razón del supuesto Estado de Salud de la accionante.

Pues de acuerdo a la Sentencia 253-16-SEP-CC el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación es un mandato constitucional, pues obliga a los jueces a realizar un análisis objetivo, preciso, claro y articulado de los fundamentos fácticos y de los derechos vulnerados de un caso concreto, esto quiere decir que en la sentencia debe existir una relación y pertinencia de los hechos y las normas jurídicas que se aplicarán para poder resolver un caso.

Por otro lado, en la Sentencia 227-12-SEP-CC se dice que la motivación no solo implica el enunciar los hechos, normas y confrontarlos; sino debe cumplir con estándares que permitan evaluar la prolijidad en la utilización de la Lógica, argumentación jurídica y que den cuenta a las partes y al auditorio social en general, esto se traduce que debe contener los tres requisitos que son la Razonabilidad, la Lógica y la Comprensibilidad.

Partiendo de lo antes mencionado, se debió enfocar el caso a que los parámetros médicos bajo los cuales se calificó a la accionante, vulneraron el derecho a la igualdad y no discriminación. Pues por principio de igualdad se puede entender lo siguiente: en todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de forma idéntica y uniforme, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo (Rabossi, 1990, pág.176). Según la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de México en el artículo 22 se establece que los exámenes médicos han de ser voluntarios y no un requisito para entrar a formar parte de una empresa y menos aún una forma de discriminación según los resultados que arroje, ya que el empleador no puede calificar la aptitud para realizar las funciones características del puesto de trabajo.

Es así que al tratar de manera diferente a Aguaguña, por su condición de sexo femenino y realizar exámenes médicos diferentes a los postulantes de género masculino, en este caso se evidencia una notable discriminación en razón de género, por cuanto de acuerdo a Eduardo Rabossi discriminar supone adoptar una conducta o llevar a cabo una acción prejuiciosa, parcial, injusta, o formular una distinción que, en definitiva, es contraria a algo o alguien. Pues en este caso se realizó un tratamiento desigual que no resulta admisible, ya que la accionante haya sido o no diagnosticada con Displasia Cervical, nada tenía que ver aquel hecho para que la misma siga en el concurso como

idónea e inclusive sea admitida para el puesto, el mismo que requería la capacidad intelectual de la señora mas no la funcionalidad de su aparato reproductivo, por decirlo de una manera fuerte. Este punto sustentado en el artículo 329 de la Constitución de la República del Ecuador, ya que el elemento esencial del derecho al trabajo es aquella garantía de acceso al empleo en igualdad de condiciones por cuanto los procesos de selección laboral se debieron basar en requisitos de habilidades, destrezas, formación, méritos y capacidad, no se pueden utilizar criterios e instrumentos discriminatorios que afecten la privacidad, dignidad e integridad de las personas.

2.4. Acción Extraordinaria de Protección

2.4.1. Argumentos de la accionante

a) Argumentos Fáticos

La señora Aguaguña manifiesta que la sentencia es extensa, ya que las veintiún páginas de las veintitrés de la misma, se constata que son transcripciones de la demanda y de la audiencia pública llevada a cabo dentro de la sustanciación de la causa. Además que en ningún acápite de la sentencia la jueza realizó un análisis respecto a la violación de derechos constitucionales expresamente alegados en la demanda.

b) Argumentos Axiológicos

Con la sentencia de primera instancia se vulnera el principio al debido proceso en la garantía de la motivación y además existe una vulneración del derecho a la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, ya que se inobservó la regla jurisprudencial vinculante No. 001-10-PJO-CC en el sentido que se debía remitir el recurso junto con el expediente a la autoridad superior competente, sin que exista la posibilidad a que el juez de primera instancia se pronuncie respecto al recurso interpuesto.

2.4.2. Argumentos del accionado

a) Argumentos Fácticos

La Jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito de Pichincha se limita a presentar un informe extemporáneo en el cual se observa que es una transcripción de los antecedentes del caso que consta en la misma sentencia impugnada.

b) Argumentos Axiológicos

La Jueza no propone más argumentos.

2.4.3. Argumentos del Juez

a) Ratio Decidendi

La sentencia dictada por la Jueza de la UJCT, en razón del Test de Motivación, no cumple con ninguno de los tres parámetros del mismo, ya que en cuanto a la razonabilidad al solamente invocar el artículo 42 de la LOGJYCC, ha omitido en los argumentos aquellos elementos normativos constitucionales vinculados directamente con el caso, lo que implica que la Jueza no realizó una aplicación integral del texto de la Norma Suprema y paralelamente el análisis de la misma no se encuentra fundamentada de manera razonada. En cuanto al segundo requisito, resulta evidente que la autoridad jurisdiccional de primera instancia, al declararse competente para conocer la Acción de Protección, no realizó un ejercicio intelectual que verifique la existencia o no de vulneración de derechos tutelables mediante aquella acción, limitándose a responder que la vía idónea es la contenciosa administrativa, por lo que el elemento de la Lógica en su motivación no existe. Y finalmente el elemento de comprensibilidad tampoco se lleva a cabo, ya que al no existir los dos anteriores, hace que la sentencia en sí pierda claridad. Por lo tanto la sentencia vulneró el derecho del debido proceso en la garantía de la motivación contenido en el artículo 76.7 literal L) de la CRE.

La jueza al haber inobservado las reglas jurisprudenciales establecidas a través de la sentencia vinculante 001-10-PJO-CC de 22/12/10 vulneró el derecho a la seguridad jurídica, por cuanto se irrespetó la obligación que tenía de no calificar la procedencia de un recurso de apelación, su labor solo se limita a recibir el recurso interpuesto y remitir el mismo junto con el proceso a la autoridad competente, y que además estaba impedida de efectuar un análisis de admisibilidad de una acción de protección y peor aún de la acción extraordinaria de protección.

El derecho a la tutela judicial efectiva se circunscribe en tres aspectos: El acceso a la justicia, desarrollo del proceso en estricto cumplimiento con la CRE y la Ley y en un tiempo razonable, y finalmente la ejecución de la sentencia.

En cuanto al primer elemento y debido a como se llevó a cabo el proceso, la CC observa que la accionante ejerciendo su derecho de acción al plantear en un primer momento el recurso de apelación y luego la Acción Extraordinaria de Protección , no obtuvo pleno acceso a los órganos de administración de justicia.

En base al segundo elemento, la jueza constitucional al momento de negar el recurso de apelación e inadmitir la AEP pasó por alto las reglas procesales dictadas por la CC a través de la jurisprudencia vinculante, razón por la cual pone en evidencia a la jueza que actuó al margen de sus competencias y atribuciones, así como también en clara inobservancia a los principios rectores de la administración de justicia, por lo que la CC concluye que la jueza demandada a través de la AEP ha irrespetado el segundo elemento de la tutela judicial efectiva.

Finalmente, en cuanto al tercer elemento, el rol que debía cumplir la Jueza debía estar enfocado a garantizar el cumplimiento integral y efectivo de la decisión judicial, pero al haber sido desmotivada en infundada vulneró el derecho a la tutela judicial

efectiva por no corresponderse con los antecedentes fácticos y jurídicos del caso en concreto y con la fundamentación y reclamación de la accionante.

b) Obiter Dicta

Las autoridades de la ESMIL pusieron en riesgo la integridad física de la aspirante ya que la práctica de un segundo examen de Papanicolaou a un día después de realizado el primero, está contraindicado por la medicina especializada, no solo porque los resultados puedan verse alterados, sino que dadas las características del examen, su práctica frecuente puede generar en la paciente un daño físico en su salud. Por lo que la CC considera que el exigir un segundo examen carecía de justificación razonable, pues de lo que consta en el proceso, en ningún momento se pone en duda la validez del examen de APROFE.

El cuanto al derecho al trabajo, se constata que la accionante hizo todo lo necesario para cumplir una serie de requisitos, méritos y capacidades conforme al artículo 329 de la CRE pero que fueron las propias autoridades quienes obstaculizaron dicho cumplimiento, empleando criterios de selección que pusieron en desmedro la dignidad e integridad de la aspirante al solicitar este tipo de examen ginecológico y más aún cuando le exigieron un segundo examen a día seguido.

Finalmente, se establece que estos exámenes que fueron practicados a un grupo determinado de personas, en este caso solo mujeres, incurre en una de las denominadas categorías sospechosas que conforme a la sentencia No. 080-13-SEP-CC son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos diferentes respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables ni proporcionales, poniendo en desventaja a grupos de personas que se encuentran contenidos en el artículo 11.2 de la CRE.

2.4.4. Propuesta Alternativa

Más allá de lo bien señalado en la sentencia, como medida de reparación hubiese exigido a las Fuerzas Armadas que otorguen un tratamiento médico por el daño físico que tuvo la accionante a causa de un segundo negligente examen de Papanicolaou y además una indemnización debido al detrimento en el proyecto de vida de la accionante, por el tiempo que le llevó obtener justicia debido a la discriminación sufrida, dejando de lado el desarrollo de su vida profesional y laboral.

Además, cabe resaltar que esta sentencia da un trato al Acceso al Trabajo, pero deja de lado lo que realmente trata este caso, que es el tema de Discriminación y lo que implica el derecho de igualdad. Ya que por principio de igualdad, se puede entender lo siguiente: en todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir de forma idéntica y uniforme, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo (Rabossi, 1990,pág.176), ahora bien, el hecho de solicitar una evaluación médica radicada en un examen de Papanicolaou a todas las mujeres postulantes para el cargo de oficiales, ¿ se está ante una vulneración al principio de igualdad?, pues a mi criterio sí, ya que al exigir este tipo de exámenes médicos para el ingreso a la ESMIL constituye una discriminación, primero en razón de género ya que solamente este tipo de exámenes se los realizó a personas de género femenino y que a pesar de todo no era relevante para el cargo que ocuparía, resaltando que al haber obligado a la señora Aguaguña a realizarse el examen por segunda vez se le ocasionó una afectación a su salud y eso le privó de ser calificada como idónea y segundo es una discriminación en razón de que no se pueden pedir este tipo de exámenes para valorar condiciones de salud que nada tienen que ver con el cargo profesional que se va a desarrollar, más sin embargo el examen de pre-empleo o pre-ocupacional intenta validar el perfil físico y psicológico del trabajador en relación con la actividad que va a realizar, así como también ciertos conocimientos que son necesarios para la ejecución

del trabajo objeto de la relación jurídica, el objetivo de este examen es facilitar las labores de los trabajadores, mejorar su rendimiento y garantizar su salud a través de un proceso de selección que permita determinar que trabajo es factible de ser ejecutado por el trabajador (Puentes López, 2009) con lo enunciado por el autor, estoy de acuerdo pero discrepo en cómo se manejó la ESMIL, ya que el perfil laboral que ocuparían en la Institución iban destinadas a la profesión de Abogados, pues nada tiene que ver calificar de no idónea a Aguaguña en razón de un Papanicolaou, habiendo aprobado pruebas académicas y psicológicas, las mismas que no pueden ser vistas como discriminatorias ya que efectivamente probaron la capacidad intelectual y psicológica de la señora, pero sin embargo el examen médico resulta ser discriminatorio, ya que no fue tratada de manera idéntica con el resto de postulantes de género masculino.

3. Lista de Referencias

- Badilla, A. E. (2009). *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*. Guatemala: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Carmona Cuenca, C. (2004). *El principio de igualdad material en la Constitución Europea*. Obtenido de <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19182/FCI-2004-8-carmona.pdf?sequence=1>
- Constitución de la República del Ecuador (2008).
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. (03 de Septiembre de 1979). Obtenido de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/spanish/Convention-CEDAW-Spanish.pdf>
- Dworkin, R. (2002). *Los Derechos en serio*. (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Ariel S.A.
- Miné, M. (2003). Los conceptos de discriminación directa e indirecta. *Lucha contra la discriminación: Las nuevas directivas sobre igualdad de trato*, (pág. 12). Tréves.
- Pérez Portilla, K. (2005). *Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas*. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie Estudios Jurídicos, Núm.74.
- Puentes López, A. (2009). *Salud Laboral*. Buenos Aires: Astrea.

- Rabossi, E. (1990). *Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación*. Buenos Aires: Centro de Estudios Internacionales.
- Salcedo, J. (2014). La necesidad de la ratio decidendi como instrumento legitimador de la actividad jurisdiccional de los jueces. En C. Ramírez Romero , & J. Blum , *Ratio Decidendi y Obiter Dicta* (pág. 462). Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Salgado, J. (2009). Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador. En S. Andrade Ubidia, A. Grijalva, & C. Storini, *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (pág. 456). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional .
- Sentencia 117-13-SEP-CC, 117-13-SCN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 11 de diciembre de 2013).
- Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 0445-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 9 de octubre de 2013).

La responsabilidad del Estado en los casos de violación de los derechos de las personas privadas de la libertad del caso El Turi

1. Introducción

En el presente trabajo se va a analizar las implicaciones jurídicas del acontecimiento ocurrido en el Centro de Rehabilitación Social Regional Sierra Centro Sur ubicada en el Turi, el día 31 de mayo de 2016, cuando los privados de la libertad ubicados en el pabellón de mediana seguridad fueron tratados cruel e inhumanamente por agentes de la Policía Nacional del grupo Unidad Mantenimiento del Orden, en adelante UMO.

El análisis que estoy planteando tiene como fin establecer el grado de responsabilidad del Estado ecuatoriano frente al tratamiento de los privados de la libertad de aquel 31 de Mayo de 2016 en la cárcel del Turi en la ciudad de Cuenca.

Para realizar este análisis vamos a partir de una breve introducción teórica que nos indique el tema de la responsabilidad del Estado, es decir los elementos teóricos más relevantes, mientras que la otra parte estará compuesta por la descripción y estudio mismo del caso.

1.1. El rol del Estado como garante de los derechos de las personas privadas de la libertad

El primer cuestionamiento que surge, es explicar ¿cuál es el papel del Estado como garante de los derechos de las personas privadas de la libertad?, pues partiré diciendo que las personas que se encuentran detenidas en centros de rehabilitación social o centros de prisión preventiva están, respecto del Estado, en una relación especial de sujeción, ya que al poner a estas personas en esta posición se les está

limitando algunos de sus derechos y libertades, razón por la cual no tienen autonomía para responder por su propia integridad (Ruiz Orjuela, 2016, pág. 9). Es así que ese rol que tiene el Estado es correlativo a la garantía que debe brindar a las personas privadas de la libertad para que pueda gozar y ejercer de aquellos derechos fundamentales que les corresponde, salvo las limitaciones que para ellos impone el estar sometidos al poder punitivo del Estado.

En tal sentido está restringida la libertad individual y están limitados muchos otros derechos pero sólo en cuanto ello garantice la seguridad de los internos y el cumplimiento de la medida de detención o la pena, pues bajo tales premisas el Estado tiene una obligación de custodia y vigilancia, que se traduce en el cumplimiento de los deberes jurídicos que le impone la Ley (Ruiz Orjuela, 2016, pág. 9). Todo esto tiene un fin, pues el Estado deberá evitar al máximo la perpetración de daños a las personas privadas de la libertad, ya sea por acción, omisión o negligencia de la administración penitenciaria que pueda configurar una falla en el servicio que presta el Estado.

Es así que el Estado tiene un deber de custodia frente a las personas privadas de la libertad, ya que surge como un deber correlativo a la obligación que tiene de proteger a la sociedad contra el delito y de promover el bienestar y desarrollo de todos los miembros de la sociedad (Resolución 45/111, 1990)

Pues bien, hay que determinar qué son las garantías, de las cuales el Estado es responsable, siendo que éstas han sido creadas a favor del individuo para que, aunado con ella, pueda tener al alcance inmediato el medio de hacer efectivo cualquiera de los derechos individuales. Por ejemplo: la libertad y el derecho a la integridad física son derechos declarados; el Hábeas Corpus, es la garantía que asegura su efectividad (Ávila Santamaría, 2012, pág. 190), es así que las garantías por las

que debe velar el Estado, son aquellos medios jurídicos procesales, que tienen por objeto lograr la efectividad de las normas fundamentales cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de ellas.

En conclusión, al encontrarse el Estado en una posición de garante frente a este grupo de personas, ello implica la obligación de no permitir la fuga de los presos, pero este deber va más allá e implica que existan obligaciones especiales derivadas de este deber frente a los detenidos y sus familias. (Acosta López & Amaya Villarreal, 2011, pág. 303), como es efectivamente proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal procurando otorgar condiciones mínimas compatibles con la dignidad del ser humano, de no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar (Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004)

1.1.1. Los derechos de las personas privadas de la libertad

Las personas privadas de la libertad, son aquellas que se encuentran en cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización o custodia de una persona por razones de asistencia humanitaria, tratamiento de tutela, protección o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por una autoridad competente (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008). Como bien se lo mencionó anteriormente, algunos de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad pueden ser objeto de limitaciones significativas, como consecuencia de su situación, pero existe un conjunto de derechos que no puede ser objeto de aquella restricción como la vida, la integridad personal, la libertad de conciencia o a la salud.

Esta posición ha encontrado sustento en los sistemas de protección de derechos humanos universal e interamericano, es por ello que voy a establecer en primer lugar los

derechos de las personas privadas de la libertad que establece nuestra Constitución y posterior a ello los derechos humanos y principios de conformidad con el derecho internacional, todo esto con relación al caso de estudio, tomando en cuenta que la lista de derechos y principios es extensa.

Pues de acuerdo al artículo 51 de la norma suprema del Ecuador se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos:

1. No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria.
2. La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho.
3. Declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad.
4. Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad.
5. La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.
6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.
7. Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia

Todos estos derechos reconocidos en la Constitución están enmarcados con los Principios y Buenas Prácticas sobre personas privadas de la libertad en las Américas, en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que como punto de partida en conjunto establecen que el derecho a la vida es el más fundamental de los derechos humanos establecidos en los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos y en otros sistemas de derechos humanos, pues sin el pleno respeto de este derecho es imposible garantizar o gozar efectivamente de ninguno de los otros derechos humanos o libertades. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002, pág. 105), pues el

goce de este derecho implica el disfrute de todos los demás derechos humanos, de no ser así, carecería de sentido porque no existiría el titular.

Por lo tanto, mediante estas disposiciones, los instrumentos interamericanos de derechos humanos establecen la protección general del derecho a la vida que abarca la prohibición de la privación arbitraria de la vida y condiciones específicas para la imposición de la pena de muerte en los países que aún no la han abolido.

Por otro lado, un principio general de las personas privadas de la libertad es el Trato Humano, ello conlleva un trato con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, es decir cuidando su vida e integridad personal, sobre todo con apego a los instrumentos internacionales de derechos humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008) pues resulta que el ser parte de un grupo de personas que no gozan de todos sus derechos, como la libertad y la intimidad, no dejan de ser seres humanos a quienes se les garantiza un trato digno y respetuoso en todo momento, aludiendo la estricta prohibición de tratos inhumanos, crueles y degradantes.

Otro principio atinente a este análisis, recae sobre aquellos principios relativos a los sistemas de privación de la libertad, pues el personal que tenga bajo su responsabilidad la dirección, custodia, traslado, disciplina y vigilancia de las personas privadas de la libertad deben ajustarse en todo momento al respeto de los derechos humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008) es decir, la garantía que tiene el privado de la libertad de que se cumpla este parámetro será reconocido al momento de la selección del personal, ya que el Estado deberá vigilar que ellos cuenten con una integridad ética y moral para el desempeño de sus funciones, dando como resultado la selección de un personal idóneo para que las personas privadas de la libertad gocen de un cuidado íntegro y responsable. Ya que la regla general será prohibir que miembros de la Policía o de las Fuerzas Armadas ejerzan funciones de custodia directa en los

establecimientos de las personas privadas de libertad, con la excepción de las instalaciones policiales o militares (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008). En este sentido el artículo 202 de nuestra norma suprema establece que:

El sistema garantizará sus finalidades mediante un organismo técnico encargado de evaluar la eficacia de sus políticas, administrar los centros de privación de libertad y fijar los estándares de cumplimiento de los fines del sistema. Los centros de privación de libertad podrán ser administrados por los gobiernos autónomos descentralizados, de acuerdo con la ley. El directorio del organismo de rehabilitación social se integrará por representantes de la Función Ejecutiva y profesionales que serán designados de acuerdo con la ley. La Presidenta o Presidente de la República designará a la ministra o ministro de Estado que presidirá el organismo. El personal de seguridad, técnico y administrativo del sistema de rehabilitación social será nombrado por el organismo de rehabilitación social, previa evaluación de sus condiciones técnicas, cognoscitivas y psicológicas.

Es así que esta es otra garantía de la que estrictamente debe gozar el privado de la libertad, recalcando la importancia de la regla general.

1.1.2. El uso legítimo de la fuerza

Es preciso distinguir entre el uso legítimo de la fuerza y el uso ilegítimo de esta, pues es responsabilidad del Estado establecer un límite entre la necesidad de tomar medidas de seguridad y control, propias de una función “disciplinaria” y la tortura o lo que constituiría tratos crueles, inhumanos o degradantes. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en la sentencia de Selmouni contra Francia, reconoce que existen casos en los cuales las autoridades pueden recurrir al uso de la fuerza física cuando sea i) estrictamente necesario, y ii) se derive de la conducta misma del detenido.

(Sentencia de la CEDH, 1999)

Sin embargo, excepto ante tales exigencias, el uso de la fuerza letal puede constituir una privación arbitraria de la vida o una ejecución sumaria; ello equivale a decir que el uso de la fuerza letal tiene necesariamente que estar justificado por el derecho del Estado a proteger la seguridad de todos, pues se puede decir que solo en esas circunstancias, el Estado puede recurrir al uso de la fuerza sólo contra individuos que amenacen la seguridad de todos evidentemente y, por tanto, el Estado no puede

utilizar la fuerza contra civiles que no presentan esa amenaza, ya que los usos indiscriminados de la fuerza pueden en tal sentido constituir violaciones de derechos fundamentales.

En toda circunstancia, el uso de la fuerza y de armas de fuego o de cualquier otro medio o método utilizado en casos de violencia o situaciones de emergencia, será objeto de supervisión de autoridad competente. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008)

a) El hábeas corpus

Es importante analizar la evolución histórica de esta garantía constitucional y posterior a ello determinar las normas que la contienen, es así que el primer país que introdujo la figura en nuestra región fue Brasil en su Código Penal de 1830 y más concretamente en su Código de Procedimientos Penales de 1832. En la antigüedad, especialmente se encuentran en las exigencias que hicieron los barones ingleses a favor de sus derechos al tiránico Juan Sin Tierra, en la Carta Magna de 1215, este y otros documentos culminaron finalmente en la reglamentación que el Rey Carlos III de Inglaterra llevó a cabo en el año 1679 por medio del Acta de Hábeas Corpus, en la cual los súbditos ingleses obtuvieron garantías de libertad para sus personas, las mismas que serían detalladas luego de diez años, en la denominada Bill of Rights de 1689, que abrió camino a las Declaraciones de Derechos de las Colonias Americanas y sobre todo a la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Velázquez Ramírez, 2013).

Es así como a breves rasgos se puede detectar que esta garantía partió desde un enfoque a la recuperación de la libertad de las personas, sin embargo con la evolución de los sistemas jurídicos y de acuerdo al artículo 89 de la Constitución de la República, ésta además de tener por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de

ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, tiene también aquella finalidad de proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad, pues en caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable. Cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia.

Pues a través de este enunciado se puede determinar que el hábeas corpus es una garantía específica para proteger el derecho de libertad física o personal del individuo en la actualidad; también protege la integridad física y dignidad de la persona, además el radio de acción se ha ampliado; opera en todo caso en que existe restricción ilegal de la libertad, como se ha dicho, en atención a la elevada categoría del bien jurídico protegido.

Así también se reconoce que el proceso de hábeas Corpus debe ser rápido, oportuno y preferente a cualquier otro del derecho común. Esto justifica que aquí tenga lugar la más amplia legitimación procesal activa y el principio de oficiosidad, tanto en el trámite como en la iniciación del proceso, pudiendo el juez suplir de oficio los errores u omisiones de derecho que pueda incurrir el solicitante.

2. El Caso el Turi

2.1. Hechos

El 31 de mayo de 2016 aproximadamente a las 10h00, bajo una supuesta autorización previa del Director del Centro de Rehabilitación Social Sierra Centro Sur “Turi”, un grupo de aproximadamente 80 efectivos policiales de la Unidad de

Mantenimiento del Orden (UMO) entraron al Pabellón de Mediana Seguridad “JC” del Centro y sacaron a todos los internos de sus celdas, posterior a ellos les ordenaron colocarse boca abajo con las manos en la nuca. Los agentes caminaron sobre ellos, pisándoles la espalda, dando golpes de toletes y patadas. Para evitar la intervención de los internos de los pabellones anexos, el grupo UMO cerró las puertas del Pabellón y disparó bombas lacrimógenas. Luego, obligaron a los internos a desnudarse, a realizar sapitos, para posteriormente violentarlos sexualmente. Además, tras realizar todo tipo de maltratos físicos y psicológicos a las personas privadas de la libertad, se les destruyó las artesanías que habían realizado como parte de sus actividades, sus colchones y demás pertenencias.

2.2. Antecedentes jurídicos

2.3. Sentencia de 30 de septiembre de 2016

Para el análisis de este caso, solamente se ha tenido acceso a la sentencia de 30 de septiembre de 2016 emitido por el Juez Carlos Julio Guzmán Muñoz de la Unidad Judicial Penal de Cuenca del juicio especial No. 01283201603266, por lo que se trabajará en base a ésta.

2.3.1. Argumentos de la accionante

a) Argumentos Fácticos

Los accionantes: Luis Alberto Ayobi Ayobi, César Roberto Coronel Jaya, Segundo Carlos Guachamín Jayo, Seferino Perlaza Angulo, Víctor Hugo Lima Naula, Wilson Geovanny Cuzco Morocho, Héctor Octavio Almeida Rivas, Marlon Hernán Chacha Guaño, Carlos Javier Muñoz Quiñonez, Manuel Andrés Ángel Monserrate, Carlos David Flores Gutiérrez, Edwin Leonel Cabascango Cuascota y Fabián Rodrigo Chaluisa Dias manifestaron que el Grupo UMO (80 individuos

aproximadamente) entró el 31 de mayo de 2016 al Pabellón de Mediana Seguridad “JC” sin haber motivado el ingreso, es decir no contaron con una autorización o con el acompañamiento de una autoridad competente, en este caso el Director del Centro. Este grupo UMO golpearon a las personas que deambulaban en el pasillo, aplicaron gas pimienta dentro de las celdas. Además de eso pusieron a todos los privados de la libertad en el piso, con la boca hacia abajo y fueron golpeados con toletes, pateados y se les obligó a desnudarse, a realizar sapitos y se los violentó sexualmente. No obstante se les destruyeron sus pertenencias, entre ellas, colchones, artesanías y artículos de los talleres que realizaban.

Manifiestan que todos estos maltratos duraron alrededor de cuatro horas y media y que por último los accionantes no se oponen a las requisas, ya que está bien por la seguridad de todos pero no puede ser un pretexto para ser humillados.

2.3.2. Argumentos de los accionados

a) Argumentos Fácticos

El Ministerio de Justicia manifestó que el ingreso de los policías se debió a que, por labores de inteligencia, existía una preparación para perpetrar un asesinato en contra de un interno. Y que después del ingreso del Grupo UMO fueron los privados de la libertad quienes encerraron a los policías en el pabellón. Que ésta cartera de Estado trasladó a los internos a otros Centros y se pidieron disculpas públicas por lo sucedido aquel día. Todos los hechos fueron denunciados a la Fiscalía para la debida investigación, por lo tanto establecen que no existe responsabilidad del Ministerio de Justicia.

Por otro lado, la Procuraduría General del Estado manifestó que si la acción hubiese sido en contra del Estado se debió demandar al Procurador General del Estado y

no se lo hizo, además que sobre los hechos del 31 de mayo 2016 la reparación ya se efectuó y solicita que se declare sin lugar a la acción.

Finalmente la Policía Nacional expresó que existió un uso progresivo de la fuerza con elementos no letales ante el amotinamiento y por el hecho de que se encontraban cumpliendo con su deber y obligación de resguardar el orden y seguridad de los internos, por lo que actuaron bajo su protocolo ya que encontraron armas dentro de las celdas.

2.3.3. Argumentos del Juez

a) Ratio Decidendi

Cabe señalar que la ratio decidendi es aquella motivación, en términos sencillos, consignando en el fallo las causas o razones que le han conducido al juez o tribunal a resolver, de una u otra forma, lo sometido a su decisión (Salcedo, 2014, pág. 1) es decir, la ratio decidendi es la expresión del Juez en cuanto al razonamiento que hizo para poder llegar a resolver un caso y tomar una decisión del mismo.

Para el caso que nos ocupa, el Juez analizó la acción de Habeas Corpus, la misma que constitucionalmente tiene por objeto, proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad de conformidad con el artículo 89 de la Constitución de la República del Ecuador, y para que proceda esta acción garantista se debe cumplir alguno de los presupuestos del artículo 45, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece que es obligación de los jueces observar que ésta garantía se haga efectiva en los siguientes casos: 1. Cuando exista cualquier forma de tortura; y, 2. Privación ilegítima o arbitraria de la libertad. En el presente caso es reclamado por trato cruel, inhumano, degradante, tortura por parte de los miembros del UMO.

Además la finalidad de la acción de habeas corpus es garantizar la libertad de quien se encuentre privada de ella de forma ilegal así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad; en caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá su atención integral y especializada y la imposición de medidas alternativas a la privación de libertad cuando fuera aplicable. Es así que los accionantes se encuentran cumpliendo pena privativa de libertad por haber sido sentenciados bajo el amparo del debido proceso, es por ello que, se circunscribe ésta acción jurisdiccional al derecho de los privados de libertad, para que se tutele de forma efectiva sus derechos a la vida y la integridad física y psíquica.

Por otro lado, cabe resaltar que esta sentencia hace hincapié a la Carga Inversa de la Prueba, ya que de acuerdo al artículo 16 última parte de la Ley Orgánica de Garantías Judiciales y Control Constitucional se establece que se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. Es así que de la prueba actuada solicitada por las entidades accionadas se tiene: videos de seguridad del Centro de Rehabilitación Social el Turi, si bien no completos de las horas que duró el operativo, del encierro que se alegó, a los señores Oficiales de Policía del Grupo UMO, no existe prueba alguna.

Además se analiza el informe pericial, el cual determinó que no se puede obtener más filmaciones que las que constan en los DVD agregados al proceso por cuanto según el sistema instalado en el Centro de Rehabilitación Social el Turi no hay una configuración específica que indique el tiempo que permanecen almacenados los videos, ya no se cuenta con videos del 31 de Mayo del 2016, no es posible recuperar los videos borrados por el sistema de cámaras y que los videos que constan en los DVS

agregados al proceso, del 31 de mayo fueron extraídos en distintas fechas, 13, 14 y 15 de Junio del 2.016 a través del usuario monitoreo 02.

Es por ello que, lo observado en los videos presentados son prueba de cargo, ya que en ellos se observa a varios grupos de internos con uniforme color tomate, totalmente sometidos, boca abajo, otro grupo realizando ejercicios de calistenia totalmente desnudos y todos ellos resguardados por Policías reglamentariamente uniformados, con cascos, pasamontañas, chalecos antibalas, equipo de choque eléctrico, gas pimienta y toletes, quienes en varias ocasiones, estando completamente sometidos los internos, proceden a golpearles con fuerza en sus espaldas, cabeza, a pisarles, encontrándose los internos en el piso, boca abajo y con las manos en sus cabezas, es decir totalmente en indefensión. No se observa en ningún momento acto alguno por parte de los privados de la libertad, acto de rebelión, ataque o resistencia ante la actitud de los señores oficiales de policía sino más bien, fueron agredidos de manera constante y a vista de un guardia penitenciario.

Además se tiene en cuenta, que la tecnología se encuentra al servicio de la Justicia cuando por norma expresa, artículo 471 del Código Integral Penal, se reconoce como prueba los videos obtenidos de diversa forma, aclarando que los hechos afirmados por los legitimados activos “son ciertos”; es decir, sin la existencia en el universo material de videos del caso que nos ocupa no significa que éste hecho no fuera ser resuelto en estricto sentido de justicia.

b) Obiter Dicta

Por otro lado, la Obiter Dicta es una proposición jurídica contenida en la decisión del juez que, desde el punto de vista lógico, no puede ser considerada la premisa mayor en relación con los hechos selectos de la decisión; además, no forma

parte de la ratio decidendi (Salcedo, 2014, pág. 5) es decir, aquellas razones adicionales de importancia que el Juez manifiesta en la decisión.

Hay que tomar en cuenta que el artículo 201 de la Constitución de la República define al sistema de rehabilitación social como de rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de la libertad y la garantía de sus derechos que tiene relación con el artículo 35 ibídem, como personas y grupo de atención prioritaria.

Además el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos expone que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. En el mismo articulado se establece que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Por otro lado se hace referencia al sistema penitenciario respecto del personal de seguridad, técnico y administrativo, donde el artículo 202 de la Constitución de la República establece que éstos serán nombrados por el organismo de rehabilitación social, previa evaluación de sus condiciones técnicas, cognoscitivas y psicológicas. Esto quiere decir que quienes se encarguen de la seguridad interna de los Centros de Privación de la libertad, debe ser personal especializado, debidamente evaluado, justamente por el hecho de velar por el cumplimiento de los artículos 35 y 201 de la Constitución de la República.

Por otro lado el artículo 18 del Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social precisa que por Trato Humano debe entenderse: Toda Persona

privada de libertad será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales de derechos humanos. En especial, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.

Añade además, que el Acuerdo Ministerial N° 4472 de 10 de Julio del 2014 emitido por el señor Ministro del Interior, expidió el Reglamento de Uso Legal, Adecuado y Proporcional de la Fuerza Para la Policía Nacional del Ecuador y que en el artículo 2 faculta el uso de la fuerza a la Policía Nacional en salvaguarda de la seguridad ciudadana, el orden público, la protección del libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional, que el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional se aplicará para neutralizar y preferentemente, reducir el nivel de amenaza y resistencia de uno o más ciudadanos sujetos al procedimiento policial para lo cual se usará medios de disuasión y conciliación antes de recurrir al empleo de la fuerza, puesto que de acuerdo a su artículo 10, cuando resultaren ineficaces otros medios alternativos para lograr el objetivo legal buscado, las y los servidores policiales podrán hacer uso de la fuerza en las actuaciones del servicio específico policial, ya sea para prevenir la comisión de infracciones, proteger y defender los bienes públicos y privados, en caso de legítima defensa propia o terceros y para mantener la seguridad en sectores estratégicos.

Se menciona este articulado, por cuanto, la defensa de los legitimados pasivos así como de los policías que han intervenido en el hecho, manifiestan que actuaron por encontrarse en situación de intervención inmediata, por cuanto se “iba” a perpetrar un delito de asesinato en contra de un privado de libertad y que tenían información de inteligencia sobre ello en el Centro de Rehabilitación Social el Turi. Siendo así que este

hecho puntual no se ha probado absolutamente la existencia ni veracidad de la información, que sin embargo en nada justificaría el actuar desproporcionado en el uso de la fuerza y menos en la forma que se lo hizo, degradando a los privados de la libertad y atentando contra sus derechos constitucionales, puesto que no se ha probado que existía al interior del Centro, en el momento del ingreso de la Fuerza Pública, motín, alzamiento, levantamiento alguno por el cual se haya buscado utilizar el uso progresivo de la fuerza que, por cierto conforme lo dicho, de ninguna manera justifica el estado de humillación, vejamen, trato cruel que sufrieron los internos, que desembocó en actos de los agentes de policía en una actitud del todo atentatoria contra los derechos constitucionales de los privados de libertad.

Se menciona además que de acuerdo al preámbulo de la Constitución, el pueblo soberano del Ecuador, ha decidido construir una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y colectividades, que son además deberes primordiales del Estado, garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral.

De conformidad con el artículo 38, el artículo 11 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Por lo tanto, se probó la actuación ilegítima por parte de los oficiales de policía del Grupo UMO y GIR de la Policía Nacional en el interior del Centro de Rehabilitación Social el Turi, el 31 de Mayo del 2016, desde las diez horas, con acciones del todo injustificadas que devinieron en trato cruel, e inhumano con actos en contra de la integridad física y psíquica de los legitimados activos, siendo esta actitud

policial autónoma, en virtud de que no se trató de una orden superior, menos Ministerial ni que se trate de una “Política de Estado” de que se intervenga de esa manera y conducta lo que significa que no es ni se trató de un proceder corriente sino un hecho aislado de decisión autónoma de los señores policías del todo abusivo e intencional de causar humillaciones y degradar a la dignidad humana

2.3.4. Propuesta Alternativa

Después de haber examinado el caso de estudio, llego a la conclusión que de lo suscitado el día 31 de mayo de 2016 en el Centro de Rehabilitación Social el Turi, efectivamente se violaron derechos humanos, de los cuáles el Estado no garantizó oportunamente a los privados de la libertad. Ya que el hecho de estar cumpliendo una pena privativa de la libertad por el cometimiento de X delito, no constituye un justificativo el haber tratado a esas personas inhumanamente, más aún si el motivo de aquellos tratos fueron realizados en razón de un “motín”, ya que no existió la debida diligencia por parte de las autoridades competentes para frenar las supuestas razones de la requisa.

Se agrava la situación, más aún cuando el Estado en su deber de custodia, permite que el actuar del grupo UMO violente la dignidad, integridad y psiquis de estas personas, ¿dónde se encontraba el personal seleccionado de la institución para controlar a los privados de la libertad?, ¿cuál fue el fin de esta supuesta mal llamada requisa? Quien debió dar todas las seguridades dentro del Centro era efectivamente el Estado y no lo hizo.

No basta con una sentencia que determine el actuar ilegal de la Policía Nacional, ya que el papel del Estado como garante de las personas privadas de la libertad tiene como función primordial el de PREVENIR, ya que se entiende que es un Centro donde

las personas se van a rehabilitar y posterior a ello insertarse en la sociedad, pues nada se logra con la humillación a los detenidos, el Estado tuvo que tomar medidas anteriores al suceso, que ni la peligrosidad del infractor, ni la gravedad del delito justifican que agentes del Estado abusen de su autoridad.

3. Lista de Referencias:

Acosta López, J., & Amaya Villarreal, Á. (2011). La responsabilidad internacional del Estado frente al deber de custodia: estándares internacionales frente a los centros estatales de detención. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*.

Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías; pensamiento jurídico contemporáneo*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (22 de octubre de 2002). *Relatoría sobre las personas privadas de la libertad en la Américas*. Obtenido de Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos: <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/terrorismo.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (14 de marzo de 2008). *OEA más derechos para más gente*. Obtenido de Principios y buenas prácticas sobre las personas privadas de la libertad en las Américas: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

Constitución de la República del Ecuador (2008).

Resolución 45/111, Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU 1990).

Ruiz Orjuela, W. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá: Ecoe Ediciones Ltda.

Salcedo, J. (2014). La necesidad de la ratio decidendi como instrumento legitimador de la actividad jurisdiccional de los jueces. En C. Ramírez Romero , & J. Blum , *Ratio Decidendi y Obiter Dicta* (pág. 462). Quito: Corte Nacional de Justicia.

Salgado, J. (2009). Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador. En S. Andrade Ubidia, A. Grijalva, & C. Storini, *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (pág. 456). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional .

Sentencia 117-13-SEP-CC, 117-13-SCN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 11 de diciembre de 2013).

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de Septiembre de 2004).

Sentencia de la CEDH, 25803/94 (Estrasburgo 28 de Julio de 1999).

Sentencia de la CIDH, Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, reparaciones y costas. (6 de Mayo de 2008, párrafo 180).

Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 0445-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 9 de octubre de 2013).

Naciones Unidas. (2005). *Manual de bolsillo de normas internacionales de derechos humanos para funcionarios de instituciones penitenciarias*. Obtenido de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training11Add3sp.pdf>

Velázquez Ramírez, R. (22 de marzo de 2013). *Derecho Procesal Constitucional: Alexabder Rioja Bermúdez*. Obtenido de Hábeas Corpus: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/03/22/habeas-corpus/>

La exigibilidad jurídica de los derechos humanos frente al desconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales por parte del Ministerio de Salud Pública basada en la alegación de no contar con partidas presupuestarias para la liquidación de Laura Merizalde Vega

1. Introducción

En el presente trabajo se analizará si el Ministerio de Salud Pública al alegar una falta presupuestaria destinada al pago de la reliquidación a favor de la señora Laura Merizalde, desconoce por completo los derechos de vida digna, enmarcados a los derechos económicos, sociales y culturales garantizados en la Constitución de la República del Ecuador y normas del Derecho Internacional. El propósito por el cual se estudiará este caso es para determinar si existió una violación a los derechos humanos de la señora Merizalde, al haber transcurrido un largo tiempo desde su reclamo al pago legal de su liquidación por haber trabajado 30 años en el Ministerio de Salud Pública de nuestro país. Es por ello que el análisis del presente caso va a estar enfocado al desarrollo de los derechos económicos sociales y culturales, la exigibilidad jurídica de los mismos con un enfoque pertinente en el principio de igualdad sustancial y un estudio de la dimensión prestacional de los derechos sociales.

Para desarrollar este análisis vamos a partir de una breve introducción teórica que nos indique el tema de la exigibilidad de los derechos humanos frente al desconocimiento de los DESC por parte del Ministerio de Salud Pública, tras haber alegado falta presupuestaria y no cumplir con el pago de la liquidación a la señora Merizalde quien es una adulta mayor, es decir señalaré los elementos teóricos más

relevantes, mientras que la otra parte estará compuesta por la descripción y estudio del mismo caso.

1.1 Derechos económicos, sociales y culturales

Los derechos económicos, sociales y culturales o también conocidos como los DESC, son parte de los derechos humanos, a los cuales se les define como aquellos atributos y garantías que corresponden al ser humano, al margen y por encima de las leyes, los cuales por lo menos deben ser reconocidos y protegidos (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, 2003, pág. 61), se puede decir que estos derechos protegen las condiciones básicas, las mismas que toda persona debe necesariamente gozar para poder llevar un modo de vida digno.

Hay que distinguir la naturaleza jurídica de estos derechos con los derechos individuales, ya que si bien es cierto los derechos sociales llevan a una prestación material del Estado, los segundos implican principalmente una abstención del Estado (Herrera, 2008:11) Es así que se puede establecer que los derechos económicos, sociales y culturales, son , en primer plano, derechos humanos, los mismos que tienen como fin el de satisfacer necesidades básicas de las personas en varios aspectos, como en el trabajo, la alimentación, la salud, la vivienda, educación, seguridad social, cultura, el medio ambiente y el agua.

Desde otra perspectiva, pero que se liga completamente a lo dicho en líneas anteriores, se puede enfocar a los DESC, para este caso de estudio, como herramientas jurídicas útiles para revertir realidades como el desempleo o precariedad laboral, los riesgos de la salud, la falta de acceso a la vivienda, medicamentos básicos la pobreza y la desigualdad, entre otros fenómenos ampliamente extendidos que vulneran la dignidad humana (Sandoval Terán & De la Torre, 2010, pág. 9).

Es así que estos derechos forman un pilar fundamental para que las personas puedan desarrollarse en la vida, es decir, permiten llegar a un nivel de vida digna, mediante los cuales se puede satisfacer las necesidades básicas del ser humano, de tal manera que reducen desigualdades entre los miembros de la sociedad y de ese modo se asegura al individuo una igualdad sustantiva y no meramente formal.

En el caso europeo, principalmente en España, se percibe a los derechos sociales como derechos esencialmente diferentes y por ende, subordinados a los derechos que se consideran fundamentales, ya sea el derecho a la integridad física, a la libertad de expresión o la participación, mientras que en América Latina y en Ecuador el valor de ambos derechos es el mismo. Por otro lado, existe un amplio consenso en torno a la idea de que los derechos sociales son derechos proclamados, a veces incluso de manera generosa, en los textos jurídicos, pero poco realizados o garantizados en la práctica (Pisarello, 2009, pág. 13) como lo veremos más adelante en el análisis de este caso.

1.2. Reconocimiento de los DESC

En primer plano, es importante señalar que la Constitución de la República del Ecuador, ha presentado una serie de innovaciones en relación a la clasificación de los derechos, por lo que se puede establecer que los derechos económicos, sociales y culturales, han sido reconocidos en la norma suprema como los llamados derechos del buen vivir, ya que de acuerdo al Título II Capítulo Segundo de la Constitución, desde el artículo 12 al artículo 34 del mismo cuerpo normativo, se han establecido hasta en un orden alfabético los siguientes derechos sociales: Agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud y finalmente pero no menos importante trabajo y seguridad social.

Para el análisis del caso en mención, pondré énfasis en el derecho a la alimentación, vivienda, salud, trabajo y seguridad social. Es así, que esta clasificación de los derechos sociales alude a una comprensión más cotidiana y directa que va a permitir a las personas identificar claramente el sentido esencial de cada derecho (Arias, 2008).

Por otro lado, actualmente los DESC están reconocidos como derechos humanos en diversos instrumentos internacionales, que detallo a continuación:

- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
- Tratados de las Naciones Unidas sobre derechos humanos
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006

En Tratados regionales como:

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, su primer Protocolo de 1952,

la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Social Europea Revisada de 1996.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o conocido como Protocolo de San Salvador de 1988.
- Y la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos de 1981, Carta Africana sobre los derechos y el bienestar del niño de 1990 y el Protocolo de la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos relativo a los derechos de la mujer en África de 2003.

Es así que, se puede decir que la evolución del reconocimiento de los derechos sociales, inicia con la creación en 1919 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ya que adoptó por primera vez, medidas encaminadas a proteger algunos DESC a nivel internacional, mediante el reconocimiento de los derechos humanos de los trabajadores en los convenios de la OIT (Sandoval Terán & De la Torre, 2010, pág. 10)

Así también, las experiencias de la Gran Depresión de 1929 y de la Segunda Guerra Mundial de 1939-1945 motivaron el reconocimiento general de los DESC en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Pues, en este histórico documento, todos los derechos humanos son colocados en la misma posición de importancia, subrayando así la idea de que están entrelazados y de que cada uno de ellos es necesario para la plena realización del resto de los derechos.

Cabe destacar que al determinar que los derechos humanos, son universales, interdependientes, indivisibles y se interrelacionan con los demás derechos humanos, pues los DESC, tienen una jerarquía igualitaria a los demás derechos humanos, como es

el caso de los derechos civiles y políticos, y que por ende son en igual forma exigibles y justiciables (Sandoval Terán & De la Torre, 2010, pág. 11)

De tal modo que, la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, pues deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párr. 4).

El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales consideran los siguientes derechos: derecho a la libre determinación de los pueblos, obligación de no discriminación, derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en el gozo de los DESC, derecho a un trabajo libremente escogido y aceptado, derecho al goce de condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias, derecho a la libre sindicación, derecho a la seguridad social, derecho a la más amplia protección y asistencia posible a la familia, derecho a un nivel adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuadas y a una mejora continua de las condiciones de existencia, derecho al más alto nivel posible de salud física, mental y social, derecho a la educación, derecho a los beneficios de la cultura y del progreso científico y tecnológico, siendo así que el Protocolo de San Salvador los recoge a éstos y añade los siguientes derechos sociales: derecho a un medio ambiente sano, derechos de la niñez, derechos de protección de los ancianos, derechos de protección de los minusválidos, respetando los términos que se utilizan en dicho Protocolo.

Respecto de todos los derechos que se han enlistado, es preciso señalar que las obligaciones de los Estados recaen en respetar, de manera que no debe interferir en la libertad de acción y uso de los recursos propios de cada individuo y de las colectividades; en proteger, es decir debe otorgar garantías para prevenir que los

derechos sean violados o restringidos por la acción de terceros y satisfacer, pues tiene la obligación de asegurar de manera plena el disfrute de los derechos y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción la oportunidad de satisfacer adecuadamente las necesidades reconocidas en los instrumentos de derechos humanos, que no pueden alcanzarse mediante el esfuerzo personal (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, 2003, pág. 61), si bien es cierto estas tres obligaciones por parte del Estado son fundamentales, pero hay que recalcar que el Estado debe además, sancionar a los servidores públicos y personas que violen los DESC.

1.3. Exigibilidad jurídica de los derechos sociales

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española (2017) la palabra exigir implica el pedir imperiosamente algo de lo que se tiene derecho, entonces al hablar de la exigibilidad jurídica de los derechos sociales va a remitir a la posibilidad de reclamar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas (Martínez de Pisón, 2009, pág. 98) es así que el recurso judicial es una de las vías más potentes para exigir los derechos ante los poderes públicos.

Existen dos tipos de exigibilidad, la directa y la indirecta:

La primera permite hablar de garantías normativas, relativas al reconocimiento del derecho a escala nacional e internacional y de garantías jurisdiccionales, es decir de la reclamación ante tribunales, mientras que la segunda permite la defensa de los derechos sociales a través de la invocación de principios generales como la igualdad y la no discriminación o el de tutela judicial efectiva (Abramovich & Courtis, 2002). Cabe destacar que esto último sería una justiciabilidad por conexión, esto es la tutela de los derechos sociales en virtud de su relación con otros derechos fundamentales que forman

parte del contenido de los derechos sociales perfectamente alegables ante los tribunales (Pisarello, 2010, pág. 57)

La exigibilidad se refiere concretamente a procedimientos de reclamación para que los poderes públicos cumplan con sus obligaciones de actuar, que ésta va a depender de aspectos relacionados con la técnica jurídica (Martínez de Pisón, 2009, pág. 102).

Es así que la exigibilidad, tiene que ver con la concreción del alcance del contenido esencial del derecho, la determinación del responsable de hacerlo efectivo y la identificación del titular, para de este modo lograr acceder a vías formales de reclamo, ya sean jurisdiccionales o administrativas.

Del mismo modo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que es necesario que exista un marco de flexibilidad, en cuanto a plazo y modalidades, en el cual el Estado debe tomar las acciones pertinentes para responder las exigencias de efectividad de los derechos sociales, pues a su vez la CIDH indica que esto podrá ser motivo para que el Estado pueda rendir cuentas y el cumplimiento del compromiso adquirido podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones de derechos humanos. (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párr. 102)

1.3.1. La Acción de protección como garantía jurisdiccional para proteger los derechos del buen vivir

De acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 88 establece que la acción de protección tiene como fin el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la norma suprema, que para el caso en análisis, me enfocaré en las omisiones de cualquier autoridad pública no judicial (Constitución de la República del Ecuador, 2008) y de igual forma el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional mantiene el objeto de amparar directa y

eficazmente los derechos reconocidos en la Constitución y añade a los derechos de los tratados internacionales sobre derechos humanos que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Pues en este sentido, se puede decir que la acción de protección protege todos los derechos, incluso los del buen vivir, ya que a través de los tiempos, de todos los derechos que están reconocidos en la Constitución, la Función Judicial ha protegido casi exclusivamente el derecho a la propiedad y lo que conlleva el mismo. Puede ser que los derechos del buen vivir mencionados en líneas anteriores, sean los más difíciles de resolver, ya que implican mayor determinación judicial y mayor tacto político por los jueces (Ávila Santamaría, 2011, pág. 182) pero es aquí donde el artículo 10 de la Constitución cobra sentido, ya que aquellos derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial.

Un punto muy importante, es decir que la acción de protección es de conocimiento y no cautelar, puesto que se debe demostrar que existe una violación, que el mismo se manifiesta a través de un daño y tras constatar el hecho se responsabilizará al Estado o particular a la obligación de reparar aquella violación.

Pienso que es vital aclarar las diferencias que existen entre derecho ordinario y constitucional para que de este modo los jueces puedan aplicar la acción de protección de forma adecuada, para ello utilizaré un cuadro comparativo, de acuerdo a Ferrajoli (2001):

Derechos ordinarios	Derechos constitucionales
<ol style="list-style-type: none"> 1. Vinculados con la propiedad, singulares, pertenecen a un titular determinado y se encuentran en la base de la igualdad. 2. Son disponibles, negociables, alienables y consumibles (se acumulan o pierden por la voluntad) 3. Las normas que los regulan son hipotéticas 4. Son horizontales (igual estatus jurídico, capacidad) Regulados por el derecho privado. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Son todos los reconocidos en la carta magna, vinculados con la Esencia del ser humano, universales, el ejercicio es inclusivo, están en la base de la equidad. 2. Son indisponibles, inalienables, inviolables, intransmisibles, no aumentan ni disminuyen en cuanto a la titularidad, están fuera de decisiones políticas o del mercado. 3. Se basan en la dignidad, las normas son téticas, que imponen directa e inmediateamente situaciones, sin condiciones. 4. Son verticales (suponen relación de poder, que prohíben, limitan y obligan a quien lo detenta a favor del más débil.

(Ferrajoli, 2001)

Es así que determino que las acciones constitucionales de protección no fueron creadas para sustituir a las ordinarias, sino más bien para precisamente regular esa relación de poder y determinar la responsabilidad del infractor a favor de otorgar al más débil su derecho fundamental y lo que ello implica.

Con todo lo dicho, es indispensable establecer que los derechos económicos sociales y culturales son efectivamente derechos humanos, los cuales son sumamente necesarios para satisfacer la dignidad del ser humano. Los mismos que al ser positivizados, crean de por sí obligaciones hacia el Estado y deben ser exigibles en todo

momento. Debemos pues, superar esa visión de que los derechos sociales son un anhelo irrealizable, corresponde al Estado ecuatoriano tomar todas las medidas para que estén vigentes junto con los demás derechos humanos.

2. El Caso de Laura Elvira Merizalde Vega vs Ministerio de Salud Pública

2.1. Hechos

La señora Laura Elvira Merizalde Vega trabajó durante 30 años en el Ministerio de Salud Pública, luego de aquel tiempo vendió su renuncia de manera voluntaria. Posterior a ello, Merizalde Vega dedujo un reclamo administrativo para que se le re liquide en la forma establecida de conformidad con la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa Tercera disposición transitoria. Aquel pedido fue negado por dos ocasiones por el Ministerio de Salud Pública con el justificativo de no existir disponibilidad presupuestaria. La norma que amparó el derecho a percibir la reliquidación a Merizalde Vega fue declarada inconstitucional por razones de forma, todo esto luego de haber interpuesto el reclamo administrativo.

2.2. Antecedentes jurídicos

Merizalde dejó de prestar sus servicios al Ministerio de Salud Pública el 31 de marzo de 1995, después de haber laborado por treinta y cuatro años, por venta de renuncia, pero que pese de que en el Ministerio de Salud se tramitó y emitió la respectiva acción de personal y dejó de trabajar para la referida institución por ese motivo, jamás se le pagó los valores que le correspondían por la referida venta de renuncia voluntaria. Realizó su petición como persona de la tercera edad y son indispensables esos ingresos para mejorar su calidad de vida, no se procedió al pago de lo

que le correspondía, y que ante este justo petitorio, el Ministerio de Salud simplemente ha contestado que no tiene disponibilidad presupuestaria para atender su requerimiento.

Es así que Laura Merizalde deduce recurso contencioso administrativo y demanda a los señores: Ministro de Salud Pública y Subsecretario General de Salud y Procurador General del Estado; impugnando los siguientes actos administrativos: 1) El contenido en oficio No. SAJ-10-2003-06434 de 29 de octubre de 2003, suscrito por el Dr. Ernesto Gutiérrez Vera, Ministro de Salud Pública, por el cual se niega su petición para que le conceda su derecho de petición acogiendo a lo dispuesto por la Tercera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Servicio Civil, Carrera Administrativa, de Unificación y Homologación del Sector Público, alegando no existir la disponibilidad presupuestaria para pagarle por la venta de la renuncia voluntaria que efectuó el 31 de marzo de 1995; y, 2) El contenido en el oficio No. SAJ-10-2003-007429 de 3 de diciembre de 2003, suscrito por el Dr. Oswaldo Ríos, Subsecretario General por el cual se niega a pagarle la indemnización que le correspondía por la venta de renuncia que fue autorizada mediante acción de personal RH-12-1166 de 30 de marzo de 1995 y que nunca le ha sido pagada, causándole un perjuicio al no reconocerle su derecho al pago de la indemnización prevista en la ley por concepto de renuncia voluntaria.

2.3. Acción de Plena Jurisdicción No. 17801-2004-11167-LR

2.3.1. Argumentos de la accionante

a) Argumentos Fácticos

La accionante impugna dos actos administrativos: El Oficio No. SAJ-10-2003-06434 de 29 de octubre de 2003 suscrito por el Dr. Ernesto Gutiérrez Ministro de Salud, negando la petición acogiendo en lo dispuesto por la Tercera disposición Transitoria de la LOSCCA alegando no existir disponibilidad presupuestaria. Y el Oficio No. SAJ-

10-2003-007429 de 03 de diciembre de 2003 suscrito por Dr. Oswaldo Ríos Subsecretario General negándose a pagarle la indemnización correspondiente a la venta de la renuncia autorizada por acción de personal RH-12-1166 de 30 de marzo de 1995.

Señala que realizó la petición como persona de la tercera edad, necesita de esos ingresos para mejorar la calidad de vida, puesto que el negar el pago de lo adeudado es ilegítimo e ilegal, pues no existe justificativo para la falta de disponibilidad presupuestaria.

b) Argumentos Axiológicos

Merizalde Vega, alega que con los dos oficios mencionados, se vulnera su derecho a ser indemnizada por haberse acogido al retiro voluntario y de igual manera se vulnera su derecho a la seguridad jurídica.

2.3.2. Argumentos del accionado

a) Argumentos Fácticos

El Ministerio de Salud Pública se fundamenta que el pago de valores por la renuncia voluntaria, no pueden realizarse ya que la cartera de Estado no dispone de una partida presupuestaria con fondos expresamente creados para la liquidación que se solicita.

b) Argumentos Axiológicos

Los accionados no proponen más argumentos.

2.3.3. Argumentos del Juez

a) Ratio Decidendi

Cabe señalar que la ratio decidendi es aquella motivación, en términos sencillos, consignando en el fallo las causas o razones que le han conducido al juez o tribunal a

resolver, de una u otra forma, lo sometido a su decisión (Salcedo, 2014) es decir, la ratio decidendi es la expresión del Juez en cuanto al razonamiento que hizo para poder llegar a resolver un caso y tomar una decisión del mismo.

Es así que el Juez de la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en su sentencia de 29 de junio de 2011, establece que toda actividad pública debe responder y sujetarse al ordenamiento jurídico establecido y en la existencia de normas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Es decir que cada ciudadano actúe dentro de un marco legal claro, visible, conocido e inamovible, siendo así que fue aquella seguridad jurídica la cual motivó a la actora a presentar la renuncia por separación voluntaria y posterior a ello exigir la liquidación correspondiente para tal efecto.

Si bien es cierto, que aquella ley fue declarada inconstitucional por razones de forma, el derecho subjetivo alegado en los actos administrativos impugnados nació a favor de Merizalde con anterioridad a la fecha en que se publicó la referida Resolución de inconstitucionalidad.

b) Obiter Dicta

Por otro lado, la Obiter Dicta es una proposición jurídica contenida en la decisión del juez que, desde el punto de vista lógico, no puede ser considerada la premisa mayor en relación con los hechos selectos de la decisión; además, no forma parte de la ratio decidendi (Salcedo, 2014) es decir, aquellas razones adicionales de importancia que el Juez manifiesta en la decisión.

EL Juez señala que el hecho de que el Ministerio de Salud Pública manifieste que no dispone de una partida presupuestaria con fondos que expresamente se hayan creado para la liquidación a favor de la actora, contradice la jurisprudencia obligatoria

de fallos de triple reiteración en casación emanada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, resolviendo que los derechos humanos se caracterizan por ser indivisibles e interdependientes los unos con los otros. Los derechos económicos, sociales y culturales son indispensables para el desarrollo humano y para la erradicación de la pobreza, por tal razón no se puede aceptar que esos valores económicos que el Estado debe entregar, queden sujetos a la condición de que exista disponibilidad presupuestaria.

2.3.4. Propuesta Alternativa

Si bien es cierto que en la sentencia ya se mencionan a los derechos económicos, sociales y culturales, el Juez debió manifestar además que los DESC tienen un carácter progresivo respecto de las obligaciones de los Estados, pues esto no es contradictorio con su exigibilidad. Que pese a tiempos de crisis, como la que se trata de darse a relucir en aquellos oficios, el Estado en representación del Ministerio de Salud no tenía el derecho de deshacer los logros alcanzados en materia social, justificándose en “falta presupuestaria” sino que por el contrario tenía el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, ya que el pago no era materialmente imposible.

Por cuanto, la carga de la prueba de haber existido esa imposibilidad recaía en el Estado, el mismo que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes injustos sobre los contenidos esenciales de estos derechos.

2.4. Acción Extraordinaria de Protección

El día 28 de agosto de 2014, la señora Laura Elvira Merizalde Vega presentó ante la Corte Constitucional, la demanda de acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia del 31 de julio de 2014, emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso

Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N.º 52-2012, interpuesto dentro de la acción subjetiva o de plena jurisdicción N.º 17801-2004-11167-LR.

2.4.1. Argumentos de la accionante

a) Argumentos Fácticos

La accionante manifiesta que el 06 de Octubre de 2003 entró en Vigencia la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y presentó reclamo administrativo para que se le re liquide conforme establecía la disposición transitoria tercera de la Ley.

Posteriormente se declaró inconstitucional la Ley en mención por razones de forma, sin embargo aquella declaratoria afectó la vigencia de la norma para lo posterior y que la misma mantuvo su efectividad durante el periodo de su vigencia y que la reclamación administrativa y demanda se dedujeron oportunamente.

b) Argumentos Axiológicos

Manifiesta que se vulneró la seguridad jurídica en cuanto se desconoció el derecho a favor de la accionante, ya que el mismo ha sido reconocido en reiterados fallos anteriores, que de acuerdo al artículo 185 de la CRE constituyen precedentes jurisprudenciales obligatorios.

Que además, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, al desatender los fallos jurisprudenciales pertinentes al caso, no motivó en debida forma las razones por las cuales resolvió decidir en forma contraria, casando la sentencia recurrida y declarando sin lugar la demanda.

2.4.2. Argumentos del accionado

a) Argumentos Fácticos

Los jueces nacionales de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, los Doctores: Álvaro Ojeda Hidalgo y Pablo Tinajero Delgado manifiestan que: La sentencia se encuentra debidamente motivada, es decir se adecúan los argumentos fácticos y jurídicos en observancia del derecho al debido proceso y solicita se rechace la Acción Extraordinaria de Protección.

Por otro lado, la Procuraduría General del Estado no argumenta nada, solamente se atiene a señalar casillero constitucional para fines pertinentes.

b) Argumentos Axiológicos

2.4.3. Argumentos del Juez

a) Ratio Decidendi

Cabe señalar que la ratio decidendi es aquella motivación, en términos sencillos, consignando en el fallo las causas o razones que le han conducido al juez o tribunal a resolver, de una u otra forma, lo sometido a su decisión (Salcedo, 2014) es decir, la ratio decidendi es la expresión del Juez en cuanto al razonamiento que hizo para poder llegar a resolver un caso y tomar una decisión del mismo.

Pues de esta manera el Juez expresa que los jueces casacionales debieron examinar la aplicación del segundo inciso de la disposición transitoria de la LOSSCA, respecto al momento en que nació el derecho de la accionante a recibir la reliquidación y la disponibilidad presupuestaria como condición para acceder a dicho derecho. Pues al respecto se advierten fallos reiterativos emitidos por la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Nacional de Justicia, anteriores al que se examina ahora y que los mismos refieren el mismo patrón fáctico, por lo que estos fallos señalan en cuanto a los dos aspectos mencionados del segundo inciso de la tercera disposición transitoria de la LOSSCA, pues no se ve afectado el principio de no retroactividad de la declaratoria de

inconstitucionalidad. El ejercicio del derecho se perfeccionó al presentar el pertinente reclamo administrativo cuando la norma estaba aún vigente.

En cuanto a la disponibilidad presupuestaria, la Sala no tomó en cuenta fallos reiterativos, los mismos que manifiestan que si bien puede faltar el presupuesto estatal en un momento dado, no es razón para que un derecho fundamental quede supeditado a tal condición.

La consideración de fallos jurisprudenciales reiterativos garantiza el principio de igualdad, al impedir que casos iguales sean resueltos de manera distinta, con lo que se evita además la arbitrariedad judicial. Por tanto, al evidenciar que los jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N.º 52-2012, no consideraron varios fallos reiterativos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Nacional de Justicia, dictados respecto de casos similares, resulta claro que vulneraron el derecho constitucional de la accionante a la igualdad.

La observancia de la jurisprudencia, más aun la emitida por los altos tribunales del país, asegura una efectiva seguridad jurídica al hacer predecible la inclinación de la resolución judicial; es decir, el cumplimiento del juzgador de sus propios fallos y de los precedentes jurisprudenciales tiene por objeto prever ex ante, la actuación de la administración de justicia.

De esta manera, se observa que los jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, dentro del recurso de casación N.º 52-2012, al inobservar los fallos jurisprudenciales emitidos, previamente, sobre el mismo patrón factico, como es que, los ex servidores públicos involucrados en dichos casos, en su momento, interpusieron la reclamación administrativa correspondiente, mientras se

encontraba vigente la disposición transitoria en cuestión, y por otro lado, presentaron la respectiva acción contencioso administrativa de forma posterior a la declaratoria de inconstitucionalidad.

Y que mediante la resolución N.º 270-08, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Corte Suprema de Justicia, constante en el suplemento del Registro Oficial N.º 133 del 20 de febrero de 2010, se reconoció el derecho a que tenga lugar la reliquidación prevista en el segundo inciso de la disposición transitoria tercera de la ley en cuestión. Es por ello que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia desconoció el derecho referido, no obstante la existencia de patrones fácticos similares, generando una falta de certeza en la accionante respecto a su situación jurídica.

De ahí que, la sentencia del 31 de julio de 2014, vulneró el derecho constitucional a la seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Constitución de la República.

b) Obiter Dicta

Por otro lado, la Obiter Dicta es una proposición jurídica contenida en la decisión del juez que, desde el punto de vista lógico, no puede ser considerada la premisa mayor en relación con los hechos selectos de la decisión; además, no forma parte de la ratio decidendi (Salcedo, 2014) es decir, aquellas razones adicionales de importancia que el Juez manifiesta en la decisión.

Es así que el juez constitucional, manifiesta que siendo la accionante una persona adulta mayor, se encuentra justificado su estado de necesidad y atención emergente, la garantía de protección de su derecho a un adecuado nivel de vida exige un papel activo por parte del Estado y la sociedad, con el objeto de que la legitimada

activa, pueda envejecer con seguridad y dignidad. De ahí que la administración de justicia ordinaria debe promover una atención prioritaria del derecho a la tutela judicial efectiva de la señora Laura Elvira Merizalde Vega.

2.4.4. Propuesta Alternativa

Más allá de lo bien señalado en la sentencia constitucional y dando cabida a que se quede sin efecto la sentencia de 31 de julio de 2014 emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N.º 52-2012 y todos los actos procesales y demás providencias dictadas como consecuencia del mismo. Se debió hacer más hincapié, al momento de determinar que los Jueces son garantes jurisdiccionales de todos los derechos y el hecho de desconocer derechos económicos, sociales y culturales de las personas, puede constituir una violación terrible para aquella persona que se le deniega un derecho social, ya que la calidad de las sentencias depende, entre otros factores, del conocimiento y de la experiencia que tengan los jueces, puesto que si un Juez que resuelve mal una acción ordinaria muy posiblemente resolverá mal una acción de protección. Los jueces deben dar preferencia para atender los requerimientos de la gran mayoría de la población que vive en situación de vulneración de derechos, pues sería lo adecuado en un régimen constitucional de derechos.

3. Lista de Referencias

Abramovich, V., & Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Arias, T. (agosto de 2008). *Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza*. Obtenido de Ecuador un Estado constitucional de derechos: <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-463.html>

Ávila Santamaría, R. (2011). *Los derechos y sus garantías: Ensayos Críticos*. Quito: Centros de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Constitución de la República del Ecuador (2008).

- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos fundamentales y garantías*. Madrid: Trotta.
- Herrera, C. (2008:11). *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Bogotá : Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009).
- Martínez de Pisón, J. (2009). los derechos sociales: unos derechos controvertidos. En V. Zapatero, & I. Garrido , *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia* (pág. 228). Madrid: Universidad Alcalá Henares.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México. (2003). *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México*. México D.F: Grupo Mundi-Prensa.
- Pérez Luño, A. (1987). *Sobre la igualdad en la Constitución española*. Anuario de Filosofía del Derecho.
- Pisarello, G. (2009). Los derechos sociales y sus “enemigos”: elementos para una reconstrucción garantista. En G. Pisarello, M. Mendiola, & X. Pedrol, *Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de crisis* (pág. 134). Barcelona: Observatori DESC.
- Pisarello, G. (2010). *La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español*. Albacete: Bomarzo.
- Salcedo, J. (2014). La necesidad de la ratio decidendi como instrumento legitimador de la actividad jurisdiccional de los jueces. En C. Ramírez Romero , & J. Blum , *Ratio Decidendi y Obiter Dicta* (pág. 462). Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Sanchís Prieto, L. (1995). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del centro de estudios constitucionales*, 57.
- Sandoval Terán, A., & De la Torre, C. (2010). *Los derechos económicos, sociales y culturales: Exigibles y Justiciables*. México, D.F.: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Buendía y otros (cesantes jubilados de la Contraloría) vs. Perú (CIDH 01 de julio de 2009).

CASO 1:

La violación del derecho de igualdad y no discriminación en los exámenes ginecológicos exigidos a las mujeres por la ESMIL

..... pág. 1

Introducción pág.

1

Principio de Igualdad pág.

2

Principio de No Discriminación

CASO 2:

La responsabilidad del Estado en los casos de violación de los derechos de las personas privadas de la libertad del caso El Turipág.

19

CASO 3:

La exigibilidad jurídica de los derechos humanos frente al desconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales por parte del Ministerio de Salud Pública basada en la alegación de no contar con partidas presupuestarias para la liquidación de Laura Merizalde Vega pág. 37