

Juicio No. 06282-2021-00948

UNIDAD JUDICIAL PENAL CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA DE CHIMBORAZO.

Riobamba, miércoles 16 de junio del 2021, las 09h45. **VISTOS y CONSIDERANDO:**

Se deja previa constancia que, en esta fecha se emite la sentencia por escrito, por cuanto desde el día domingo 06.06.2021 al día domingo 13.06.2021, me encontraba con permiso institucional, por calamidad doméstica, debido al fallecimiento de mi señor padre y se analiza:

1.- La ciudadana: **VIVEROS ALVIRA SORANGELA**, (*en adelante la accionante*) presentó acción constitucional de protección, considerando que, existe violación a sus derechos como son: **la seguridad jurídica**, prevista en el art. 82; y, **la igualdad y no discriminación** del art. 66.4; todos de la Constitución de la República del Ecuador.

Indica en su demanda que, quienes comparecen en calidad de médicos y enfermeras, han luchado contra la pandemia del Covid-19, desde su trinchera el Hospital Provincial General Docente Riobamba, esforzándose cada turno por salvar vidas, poniendo en gran riesgo su vida, que la autoridad pública ha generado la vulneración del derecho Constitucional, al no aplicar el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del Covid-19, una vez vencido el plazo de seis meses descrito en la disposición Transitoria Novena de la misma Ley; que el día sábado 29.02.2020, mediante rueda de prensa, la ministra de Salud Pública, Catalina Andramuño, informó al país sobre el primer caso de corona virus en el Ecuador, en ese mismo episodio Paúl Granda, Presidente del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), ratificó que los sistemas de salud pública, privada y la seguridad social están activos ante este caso, que sin embargo los casos positivos a Covid-19, se elevaron en el país drásticamente, al punto en que mediante Suplemento del R.O. No. 160, del 12.03.3030, se publicó el Acuerdo No. 00126-2020, declarando el estado de emergencia sanitaria a todos los establecimientos del Sistema Nacional de Salud, en los servicios de laboratorio, unidades de epidemiología y control, ambulancias aéreas, servicios de médicos y paramédicos, hospitalización y consulta externa por la inminente posibilidad del efecto provocado por el coronavirus; que el Presidente de la República, Lenín Moreno, emitió el Decreto Ejecutivo No. 1017, donde declara el estado de excepción por "Calamidad Pública", entendida como "toda desgracia o infortunio que alcanza o afecta a muchas personas", y, además, "debe tener la calidad de catástrofe",

esto es, "sucesos infaustos que alteran gravemente el orden regular y normal en el cual se desenvuelven las actividades tanto públicas como privadas del país; que las causales de calamidad pública pueden tener por consiguiente origen en las más variadas causas, puede existir calamidad pública cuando por efectos de acciones humanas, de la naturaleza o de desequilibrios económicos o ecológicos, se producen graves daños a la economía nacional o daños significativos a personas; que, teniendo en cuenta el estado de catástrofe que motivó al Presidente de la República a declarar varias veces el estado de excepción en el país, la Asamblea Nacional del Ecuador, representante y vocero de la voluntad soberana, de conformidad con las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, discutió y aprobó la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19; que dentro de esta Ley Orgánica, la voluntad soberana del pueblo ecuatoriano fue la de reconocer y gratificar a los trabajadores de la salud, que enfrentan la pandemia originada por el Covid-19, esto con la estabilidad laboral que provee un nombramiento definitivo, disponiendo: "Art. 25.- Estabilidad de trabajadores de la salud.- Como excepción, y por esto ocasión, los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS) y sus respectivas redes complementarias, previo el concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso público, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo." Que, la obtención de estos nombramientos definitivos, debían devenir de la realización de concursos de méritos y oposición, conforme a lo dispuesto en la disposición Transitoria Novena, de la norma ibídem, que manifiesta: "Novena.- Los concursos públicos de méritos y oposición para otorgar los nombramientos definitivos a los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19), en cualquier centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS), se los realizará en el plazo máximo de seis meses a partir de la entrada en vigencia de esta Ley. Los méritos tendrán un puntaje de 50% que se asignarán con el título debidamente registrado en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología, e Innovación para los perfiles que se apliquen. En el caso de los trabajadores de la salud el puntaje se basará en los requisitos previos a su contratación; que la oposición tendrá un puntaje de 50% que será asignado con la presentación notariada del contrato ocasional o nombramiento provisional vigente en la Red Integral Pública de Salud (RIPS). Los nombramientos definitivos se entregarán de manera inmediata"; que si se observa la aplicación del artículo 25, tiene una temporalidad y es que para que surta efectos en cuanto a su aplicación, los concursos de mérito y oposición, antes referidos, debían ser iniciados en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19; que en la provincia de

Chimborazo, específicamente en el Hospital General Docente Riobamba, que el proceso para el inicio de concursos de mérito y oposición y posterior entrega de nombramientos definitivos fueron desconocidos por quienes laboran en él, que lo único que fue de su conocimiento es que al 15.10.2020, entregó los documentos habilitantes y que fueron requeridos por parte del señor Ing. Jairo Elvis Ruiz Huaraca, encargado de Talento Humano, para ser considerada como beneficiaria de la prerrogativa descrita en el artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, sin embargo, de esto resultó un solo listado de ganadores con un número reducido de trabajadores y profesionales de la salud como beneficiarios, sin que la antes mencionada prerrogativa haya surtido efecto o aplicada en su beneficio, pese a cumplir con lo establecido por el referido artículo 25, ibídem.

Que con los antecedentes solicita el amparo directo y eficaz, frente a la inminente vulneración de su derecho constitucional, tal como es: la violación a la Seguridad Jurídica establecida en el art. 82 de la Constitución, derecho a la igualdad y no discriminación, sintiéndose afectada incluso por su nacionalidad, solicita se declare la vulneración de los derechos constitucionales arriba enunciados y que como efecto de reparación integral se ordene a la institución accionada el cumplimiento inmediato de lo establecido en el art. 25 de la Ley Humanitaria.

2.- El día 21.05.2021, a las 14:30, se desarrolló la **audiencia constitucional pública**, prevista en el art. 86.3 de la Constitución de la República del Ecuador y art. 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En los términos del art. 16 ídem, se suspendió la misma, para recabar documentación para mejor resolver, fs. 53, reinstalándose la diligencia vía telemática el día 15.06.2021, a las 08:30, por el motivo ya indicado.

En el desarrollo de las ponencias la accionante se ratificó en los fundamentos de hecho y de derecho de acuerdo al acta de audiencia y grabación correspondiente.

Por parte de las autoridades demandas que comparecieron a la audiencia:

Señor **Roberto Isaac Costales Montenegro**, **Gerente y Representante Legal del Hospital General Docente de Riobamba**, por intermedio del señor doctor **Ángel Alfredo Vizuite Rodríguez**, en lo principal expone que, la accionante presta sus servicios en el Hospital General Docente de la ciudad de Riobamba, bajo la partida No. 71, que corresponde a los grupos de inversión, profesionales que no ingresan al concurso ordenado en la Ley Humanitaria, acorde al art. 58 y Disposición Transitoria Décima Cuarta de la Ley Orgánica de Servicio Público, que no generan estabilidad laboral; que la accionante tiene un horario de trabajo rotativo, que no existe constancia que haya atendido a pacientes COVID, que presta sus servicios para el área de cirugía y que no se requiere atención para pacientes COVID, que para el ingreso al servicio público, se requiere acreditar otros requisitos conforme el art. 5 de la LOSEP, que no ha existido petición de la accionante para que se la considere; que el personal médico que puede ser beneficiario de la Ley Humanitaria, son los pertenecientes al grupo 51, que mantiene una partida presupuestaria financiada; más no los de proyectos de inversión, y que a dichos profesionales de la Salud si se les ha considerado de manera planificada, que se rechaza la demanda.

Por la **Coordinación Zonal 3, Salud Chimborazo**, se solicita que se declare improcedente la acción de protección que conforme el art. 93 de la CRE, la vía expedita es la acción por incumplimiento por falta de aplicación normativa; que de acuerdo al art. 227 de la CRE, la administración pública constituye un servicio a la colectividad y que se rige entre otros por el principio de *planificación* y que en ese afán las autoridades planificando la convocatoria al concurso respectivo, que no existe vulneración de derechos, que se rechaza la acción por no cumplir la accionante los requisitos del art. 25 de la Ley Humanitaria.

La **PGE**, en el mismo sentido indicó que no existe violación a la seguridad jurídica, que la acción de protección no cumple con los requisitos de los arts. 39 y 40 de la LOGJCC, que es pretensión de las accionantes la declaratoria de un derecho y que, si existe incumplimiento de la norma, se debe demandar la acción por incumplimiento.

3.- La accionante **VIVEROS ALVIRA SORANGELA**, rinde testimonio indicando: Que si trabajó con pacientes COVID, que si tiene una certificación de aquello, que si trabaja en el Hospital General Docente de Riobamba, que su título si está registrado en la Senescyt de médico; que este momento es

médico tratante del Hospital, que su horario es rotativo, que si realiza horas extras, que el sistema PRAS, tiene entendido que se lo utiliza para pacientes graves, que el Hospital no está sistematizado, que se utiliza Historia Clínica en papel, que refleja sus atenciones en las Historias Clínicas, que el certificado que le otorgaron, es una hoja de reconocimiento, que el Jefe de servicio dispone a atiende a pacientes COVID y que se lo realizaba por turnos, que el Jefe de Servicio, pasa a ser tratante del turno y que de forma verbal da las disposiciones, que el Jefe de Servicio dispone que se atiende y cuando no está es su responsabilidad, a los pacientes COVID se les hace una prueba para el parte operativo, y si viene diagnosticados COVID, se toman las medidas necesarias. A la pregunta de aclaración indica que trabaja en el Hospital desde el 11 de marzo del 2017, firmando contratos de servicios ocasionales.

4.- Se han probado, los siguientes hechos:

a) que, la accionante es profesional de la salud; de acuerdo a la copia de la cédula de fs. 1, y las certificaciones del registro del título de fs. 2 y 3.

b) que, la accionante trabaja desde el 02 de marzo del 2017, en el Ministerio de Salud Pública, Coordinación Zonal 03 ± Salud, bajo la modalidad contrato de servicios ocasionales; de acuerdo a la documentación de fs. 61 a 77;

c) que, trabajó en atención a pacientes con COVID-19 en primera línea; en período de pandemia; de acuerdo al documento de fs. 56, al mismo que se lo ha puesto en tela de duda, indicando los abogados del HPGDR y la Zonal 3 ± Salud, que dicho documento fue entregado tanto a los profesionales de la salud, como al personal administrativos y a los abogados que trabajan en el área de la salud, sin embargo, del contenido del documento en referencia se indica que *se reafirma nuestra gratitud por su valiosa entrega para ^aATENDER A NUESTROS PACIENTES Y SALVAR SUS VIDAS ANTE LA EMERGENCIA OCASIONADA POR EL COVID-19*° siendo coherente lo manifestado por el Dr. Palacios, defensor de la accionante, cuando dijo que solo los médicos dieron atención en época de COVID, no los administrativos ni los abogados;

d) que, se ha convocado al concurso de méritos y oposición; y se les ha otorgado nombramientos a los profesionales de la salud que trabajaron en COVID

e) que, la accionante no han sido notificada con el inicio del concurso de méritos y oposición;

La causa se encuentra en estado de resolver y se considera:

I

JURISDICCIÓN y COMPETENCIA:

La jurisdicción y la competencia están conferidas por los arts. 86 y 88 de la Constitución de la República del Ecuador, y que ocasionalmente, por este trámite conforme el numeral 2 del art. 86 ibídem, el suscrito operador de justicia ejerce las funciones de Juez Constitucional y fundamentalmente por lo que disponen los arts. 11.3 y 173 del citado cuerpo legal.

Adicionalmente, se debe destacar la sentencia de precedente Jurisprudencial Obligatorio No. 001-10-PJO-CC, dentro del Caso No. 0999-09-JP emitida por la Corte Constitucional del Ecuador que refiere:

^a [1/4]

3.3. La Corte Constitucional, tal como lo ha dicho en ocasiones anteriores, determina que los servidores públicos, en este caso particular, juezas y jueces del país, cuando conocen de garantías jurisdiccionales se alejan temporalmente de sus funciones originales y reciben la denominación de juezas y jueces constitucionales [1/4]°.

II

VALIDEZ PROCESAL:

La acción de protección constitucional se precisó en la vía sumaria establecida por el art. 86 y siguientes de la Constitución de la República, advertido de las solemnidades necesarias para esta clase de acciones, por lo que se declara válida.

III

JURAMENTO:

La accionante con la declaración bajo juramento que realizó en la demanda (No. 101.), cumplen con la exigencia del art. 10.6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

IV

OBJETO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN:

En el título III de la Constitución ecuatoriana, encontramos las Garantías Constitucionales y en su Capítulo Tercero las Garantías Jurisdiccionales.

BLACIO AGUIRRE Galo, en su obra la ^aProtección Jurisdiccional de los Derechos Constitucionales^o, 1ª Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito ± Ecuador, año 2016, págs. 19 y 20, dice:

^a [1/4]

El término garantía significa obligación o responsabilidad, así, las garantías jurisdiccionales se constituyen en una obligación o responsabilidad del Estado para con las personas, para asegurar la vigencia de los derechos que consagra en su texto.

Al hablar del término garantía, desde el punto de vista jurídico, se tiene una idea de protección.

Las garantías son los medios o instrumentos jurídicos, establecidos para asegurar el libre ejercicio de los derechos, es decir estas garantías están previstas para proteger a los derechos cuando estos son vulnerados, por lo tanto, sirven de freno contra la arbitrariedad y la ilegalidad. [1/4]°

La Corte Constitucional del Ecuador en período de Transición, en la sentencia No. 049-10-SEP. Caso No. 0050-10-EP, de fecha 21.10.2010, manifestó: ^a [1/4] Las garantías jurisdiccionales se definen como declarativas, de conocimiento y reparatorias [1/4]°

La acción de protección, es una garantía jurisdiccional que tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución; por consiguiente, esta acción procede solo cuando se verifique una real afectación de derechos constitucionales, lo cual es responsabilidad de los jueces que conocen esta garantía, quienes están en la obligación de analizar las circunstancias fácticas a la luz de la regulación que rige a la acción de protección.

La garantía brindada por la Constitución, mediante la acción de protección debe cumplir además con el requisito específico establecido en el art. 88 ya que ésta tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, no se trata, por lo tanto, de cualquier garantía sino de una garantía eficaz.

^a [1/4]

No obstante, esto no implica por otro lado que la acción de protección haya sido concebida por el constituyente para reemplazar los mecanismos judiciales ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico para resolver cuestiones que versan sobre aspectos de estricta legalidad, pues es claro que no todos los conflictos jurídicos conllevan un contenido constitucional. Sobre esta línea de ideas se ha pronunciado esta magistratura en varios de sus fallos, determinando que:

^a [1/4]

la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de una garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infra constitucional pueden señalar la existencia de otras vías. ^a[1/4] (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 149-18-SEP-CC, Caso No. 0888-17-EP).

El art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece:

^a[1/4]

PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS.- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. [1/4]°

El *Dr. Ramiro Ávila Santamaría*, define a la acción de protección como ^auna acción de conocimiento que tiene por objetivo reparar integralmente la violación de derechos provenientes de autoridad pública o de particulares°. La acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, cuando no exista otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. La acción de protección no constituye una acción que se pueda escoger como vía frente a cualquier vulneración de un derecho,

sino únicamente para aquellos derechos de fuente constitucional; las controversias que se suscitan en el ámbito de la legalidad no tienen cabida en esta acción; la naturaleza de las garantías jurisdiccionales determina la tutela y protección de derechos constitucionales y del debido proceso; la Función Judicial cuenta con la potestad de administrar justicia y velar por el cumplimiento de los derechos de los individuos. ^aEl constituyente confió particularmente a la Función Judicial la defensa de todos los derechos^o, por tanto los jueces, no sólo tienen la importante función de velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales, sino también, de permitir que se desarrollen con efectividad aquellas acciones que tienen como finalidad el tutelar dichos derechos; siendo importantes actores dentro del sistema de justicia que están obligados no únicamente a actuar en el marco de la Constitución y las leyes, sino que fundamentalmente ^acumplen funciones de protección de la Carta Fundamental mediante instituciones como la Acción de Protección de derechos y el examen de constitucionalidad de las normas legales e infralegales que se apliquen en el proceso^o. Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación; en este sentido, la acción de protección se constituye en aquella garantía jurisdiccional que tiene como objetivo fundamental el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución de la República, razón por la cual, su ámbito de análisis es amplió en tanto protege ^atodos los derechos reconocidos en la Constitución^o y además, aquellos que se deriven de la dignidad de las personas, conforme lo ha determinado la cláusula abierta establecida en el artículo 11 numeral 7 del texto constitucional.

La Corte Constitucional en la Sentencia N.º 146-14-SEP-CC estableció: ^a[1/4] En tal circunstancia, los jueces constitucionales, entendidos como garantes de los derechos, tienen la obligación y el deber constitucional de brindar una efectiva garantía constitucional a las personas cuyos derechos han sido vulnerados por cualquier acto u omisión; para lograr este cometido, los jueces tienen un papel activo en el nuevo Estado constitucional de derechos y justicia, el mismo que no se limita a la sustanciación de garantías jurisdiccionales observando los procesos convencionales, sino además al establecimiento de parámetros dirigidos a todo el auditorio social para la eficaz garantía de los derechos establecidos en la Constitución, como norma suprema que rige todo nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que conforme el texto constitucional, el contenido de los derechos se desarrolla de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas; al ser así, los jueces constitucionales en el conocimiento de una acción de protección, deben verificar si en el caso concreto existió una vulneración de derechos constitucionales, y a partir de ello, determinar si se trata de un

asunto que corresponde conocer a la justicia constitucional o a la justicia ordinaria [1/4]°.

La Corte Constitucional también ha señalado que ^a [1/4] los jueces constitucionales cuando nieguen una acción de protección bajo el único fundamento de que se trata de un asunto de legalidad, sin haber efectuado la verificación señalada, vulnerarán derechos constitucionales e incumplen su deber de proteger derechos. [1/4]°, de igual forma la Corte en la sentencia N.º 175-14-SEP-CC, dictada dentro del caso N.º 1826-12-EP, determinó que: ^a [1/4] Siendo así, es preciso señalar que si bien en el ordenamiento jurídico existe una protección de orden constitucional y una protección de orden legal para ciertos contenidos de los derechos, corresponde a los jueces, en un ejercicio de razonabilidad y fundamentación, determinar, caso a caso, en qué circunstancias se encuentran ante una vulneración de derechos como tal, por existir una afectación de su contenido; y en qué circunstancias, el caso puesto a su conocimiento se refiere a un tema de legalidad, que tiene otras vías idóneas para ser resuelto [1/4]°, por lo que de este análisis se debe tomar como primer punto, la verificación de la vulneración de derechos, lo cual le permitirá al juez constitucional, después de formar un criterio, arribar a la conclusión de si la naturaleza del patrón fáctico corresponde conocer a la vía constitucional, o si por el contrario, es competencia de la vía legal; para ello, el juez debe analizar todos los escenarios puestos a su disposición.

La protección de los derechos fundamentales que debe garantizar el Estado, según estas normas, no es cualquier protección. Se trata de una tutela efectiva, esto es una protección que garantice que en la práctica los derechos sean respetados por todos. Ante ello puede afirmarse que la Constitución prevé un principio de efectividad, por medio del cual podrán ser evaluados los actos de protección de los derechos y en su caso, juzgados no tanto desde la óptica de la validez procedimental o sustancial, sino desde la perspectiva de su capacidad de asegurar o no en la realidad la garantía integral de los derechos.

En consecuencia se evidencia que la acción de protección, tiene un propósito tutelar, destinados a cesar, evitar la comisión, remediar las consecuencias de un acto u omisión ilegítima que vulneren derechos fundamentales protegidos por lo que es condición de la autoridad y como consecuencia establecer las medidas conducentes a la protección de los derechos constitucionales vulnerados cuyo daño grave o eminencia de daño imponga la tutela constitucional efectiva que la acción de protección garantiza.

En este sentido es de valor sustantivo y condición de procedencia de la acción de protección la verificación de la ilegitimidad en la que haya incurrido la autoridad pública no judicial o de particulares y la posibilidad efectiva de la tutela que el actor la promueve para garantizar los derechos constitucionales vulnerados.

El art. 75 Constitucional, señala que: ^a[1/4] Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial, expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la Ley [1/4]°.

En ese orden, la presente acción de protección ordinaria constitucional, es presentada directamente por la persona agraviada de derechos constitucionales, en consecuencia, es legítima su intervención.

V

OTRAS CONSIDERACIONES

En este ámbito se debe partir de la Sentencia No. 102-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0380-10-EP, en donde la Corte Constitucional, para cautelar los derechos de las personas que acuden al sistema constitucional especialmente para presentar sus demandas de garantías jurisdiccionales de sus derechos, estableció el contenido y transcendencia de dos disposiciones normativas contenidas en los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a fin de que, en la tramitación de las acciones de protección no se den acciones por parte de los jueces que puedan confinar infundadamente sea el acceso a la justicia constitucional como la sustanciación de la acción de protección como garantía jurisdiccional.

De esta manera, la Corte Constitucional estableció a través de la interpretación conforme y condicionada con efecto erga omnes de dichos artículos que, por una parte, "el momento procesal para la determinación de la existencia de las causales de inadmisión previstas en los numerales 6 y 7 del

artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será el de calificar la demanda y se pronunciará mediante auto. En tanto que las causales de improcedencia de la acción de protección, contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas mediante sentencia motivada, de acuerdo a la Constitución de la República". Respecto al art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte se pronunció con la interpretación conforme y condicionada con efecto erga omnes que: "Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto podrán ser invocados por el juzgador únicamente una demostración injustificable de incumplimiento a la regla referida, un intento de eludir su responsabilidad de pronunciarse en sentencia sobre el fondo del asunto controvertido.

Así mismo la Corte Constitucional del Ecuador, en Sentencia No. 228-16-SEP-CC, caso N.º 1460-15-EP, ha dejado expuesto:

^a [1/4]

La Corte Constitucional del Ecuador ha sido enfática y categórica en señalar que el centro de análisis de una garantía jurisdiccional como la acción de protección es la verificación de vulneraciones a derechos constitucionales, independientemente de la autoridad pública que haya cometido el acto u omisión que provoque dichas vulneraciones, dejando en claro que conforme el artículo 88 de la Constitución los únicos actos excluidos del ámbito de la acción de protección son las decisiones judiciales. Es así que el tipo de acto contra el cual se presenta la garantía no debe ser el centro de análisis de la acción de protección, será su consecuencia, esto es si vulnera o no derechos constitucionales. El solo hecho de tratarse de un acto administrativo o de existir formalmente otras vías judiciales, no deviene en que el asunto sea calificado como de "mera legalidad", dicha conclusión, como se dijo, solo puede ser producto del análisis de verificación de vulneraciones a derechos Constitucionales. [1/4]°

Existen además precedentes jurisprudenciales obligatorios que tienen trascendencia por cuanto regulan ciertos aspectos básicos de la garantía jurisdiccional.

En el caso de la Sentencia No. 001-10-PJO-CC, la misma realiza un análisis de cómo debe proceder el juzgador en el conocimiento de la acción de protección, establece la obligación que tienen los juzgadores en el conocimiento de esta garantía jurisdiccional de realizar un análisis pormenorizado de las vulneraciones a derechos constitucionales alegadas sin centrar su análisis en la determinación de la vía jurisdiccional que procedería o si el asunto es una cuestión de mera legalidad.

VI

DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

6.1.- Existe vulneración de los derechos constitucionales de la accionante como son: *la seguridad jurídica y la igualdad formal, material y no discriminación*, al no haber sido considerada dentro de la prerrogativa del art. 25 de La Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y su Reglamento, en relación a los concursos de merecimientos y oposición previo a obtener el nombramiento definitivo?

6.2.- Como se dejó anotado *ut supra*, el Juez, debe constatar adecuadamente si, *en cada caso en concreto, se cuenta con otra vía, adecuada y eficaz o si, por el contrario, la vía constitucional es la idónea*, dado el asunto controvertido; pues la exclusión de esta última no puede fundamentarse en un simple resguardo y ordenación de competencias.

No es ajeno para nosotros que, la pandemia generada por el virus SARS-COV-2, (Covid -19), *ab initio*, provocó un gran y grave impacto en la vida de la población mundial no siendo la excepción el estado ecuatoriano, por eso es que, los centros de atención médica, públicos y privados, se han visto rebasados en su capacidad de atención, aquello ha sido público y notorio y hemos sido seguidores del inmenso esfuerzo sobrehumano de parte de los servidores de la salud, al entregar su capacidad y experticia para salvar vidas en el combate contra la enfermedad COVID 19; y una de las formas de reconocimiento al esfuerzo y sacrificio ha sido dotarles de estabilidad laboral.

6.3.- En tal razón se promulgó la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, publicada en el R.O.-S. No. 229 de 22.06.2020, en el art. 25, prescribe:

^a [1/4]

Art. 25.- Estabilidad de trabajadores de la salud.- Como excepción, y por esta ocasión, los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS) y sus respectivas redes complementarias, previo el concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso público, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo. [1/4]°

La Disposición Transitoria Novena dispone que:

^a [1/4]

Novena.- Los concursos públicos de méritos y oposición para otorgar los nombramientos definitivos a los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) en cualquier centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS), se los realizará en el plazo máximo de seis meses a partir de la entrada en vigencia de esta Ley. Los méritos tendrán un puntaje de 50% que se asignarán con el título debidamente registrado en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología, e Innovación para los perfiles que se apliquen. En el caso de los trabajadores de la salud el puntaje se basará en los requisitos previos a su contratación. La oposición tendrá un puntaje de 50% que será asignado con la presentación notariada del contrato ocasional o nombramiento provisional vigente en la Red Integral Pública de Salud (RIPS). Los nombramientos definitivos se entregarán de manera inmediata. [1/4]°

Para poner en ejecución la ley, se emite el correspondiente Reglamento General, a través del Decreto

Ejecutivo No. 1165, publicado en el R.O.-S. No. 303 de 5.10.2020, y en el art. 10 se dispone que:

^a [1/4]

Art. 10.- Estabilidad laboral: Para la aplicación del artículo 25 de la Ley, previo al otorgamiento de nombramientos definitivos, los subsistemas de la Red Integral Pública de Salud, deberán definir las necesidades del contingente de talento humano de acuerdo con la planificación territorial, criterios técnicos y racionalización del personal requerido en los establecimientos de salud. Este análisis deberá contextualizarse en todo el territorio nacional considerando los criterios geográficos establecidos y consensuados entre el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Salud e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Los concursos de méritos y oposición se ejecutarán de manera paulatina por fases siempre y cuando la necesidad de profesionales y trabajadores de la salud se respalde en la planificación del talento humano que debe ser validada y consolidada por el Ministerio de Salud y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en el ámbito de sus competencias. Para este propósito, las Entidades Operativas Desconcentradas deberán contar con la disponibilidad presupuestaria correspondiente con cargo al ejercicio fiscal que corresponda, emitida a través del sistema de gestión financiera, se deberá contar con disponibilidad presupuestaria de ingresos permanentes que garanticen la sostenibilidad financiera de este gasto en el tiempo. Con la correspondiente certificación presupuestaria de estos recursos, el establecimiento de salud podrá iniciar los procedimientos para conferir los nombramientos a los profesionales y trabajadores de la salud beneficiarios. Para el efecto se considerará a los médicos y aquellos profesionales y trabajadores de la salud, en ambos casos, en funciones relacionadas directamente con la atención médica a pacientes con diagnóstico de COVID19. El Ministerio de Trabajo en coordinación con el Ministerio de Salud Pública como Autoridad Sanitaria Nacional definirán las denominaciones y condiciones de puestos sujetos a este artículo. [1/4]^p

Así mismo, para viabilizar la realización de los correspondientes concursos de méritos y oposición contemplados en esta ley, el Ministerio del Trabajo, expidió el Acuerdo Ministerial No. MDT-2020 232 el 20 de noviembre del 2020; y en el art. 3, indica:

^a [1/4]

Las Unidades de Administración del Talento Humano de las entidades de la Red Integral Pública de Salud definirán las necesidades del contingente del talento humano y las incluirá en su planificación mediante informe que se elaborará en base a: 1. Criterios técnicos del personal requerido en los establecimientos de salud y de conformidad a las denominaciones de los puestos establecidas en sus respectivos manuales de clasificación y valoración de puestos; 2. Los justificativos de que los profesionales de la salud cumplen con los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y su Reglamento; 3. Que los profesionales de la salud hayan ingresado bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales o nombramientos provisionales; 4. No se considerarán partidas que se encuentren en litigio o aquellas que posean un servidor titular. 5. No se considerará a los profesionales de la salud que tengan nombramiento permanente en la Red Pública Integral de Salud; y, 6. Contar con la certificación presupuestaria que acredite que el puesto esté debidamente financiado. En los casos de servidores que desempeñen sus funciones bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales, la Unidad de Administración del Talento Humano institucional, en base al informe de planificación del talento humano descrito en el presente artículo, solicitará la creación del puesto. Una vez creado el puesto, se procederá con el trámite del concurso de conformidad a lo determinado en el presente Acuerdo. [1/4]°

Por su parte el art. 4 que se refiere al procedimiento, señala que:

^a [1/4]

Una vez que la Unidad de Administración del Talento Humano cuente con el informe determinado en el artículo 3 del presente Acuerdo, dará inicio al proceso de concurso de méritos y oposición, de acuerdo al siguiente procedimiento: 1. Planificar y dar inicio al proceso de Concurso de Méritos y Oposición mediante informe técnico de la Unidad de Administración del Talento Humano; 2. Notificar el inicio del proceso selectivo mediante correo electrónico (institucional y personal) al servidor beneficiario de los preceptos establecidos en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y su Reglamento, para lo cual verificará que permanezca en funciones. De manera simultánea, deberá solicitar al Ministerio del Trabajo la designación del Tribunal de Méritos y Oposición; 3. El Ministerio del Trabajo deberá conformar el Tribunal de Méritos y Oposición en el término de hasta tres (3) días contado desde la recepción del pedido de designación del Tribunal; 4. En el término máximo

de siete días (7) días de recibida la notificación de inicio del proceso, el cual le acreditará como postulante, el servidor deberá remitir al Tribunal de Méritos y Oposición los sustentos de los requisitos solicitados. En caso de que el servidor no remita la mencionada documentación, se entenderá como desistimiento de la postulación; y, 5. Conformar el Tribunal de Apelaciones en el término de hasta tres (3) días de haberse iniciado el proceso de concurso [¼]°

6.4.- Alegó la accionante que, *ha sido discriminada por su nacionalidad* (colombiana). Al respecto debemos dejar en claro que, la Constitución del Ecuador, en su art. 9 reconoce que: "[¼] Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la constitución [¼]°; la *categoría de extranjero*, es muy amplia, pero es claro que dentro de ella están comprendidos los inmigrantes. La regla general es la igualdad entre todos los habitantes del Ecuador, ecuatorianos y extranjeros, igualdad que por tanto incluye a los inmigrantes. Las excepciones a esta igualdad solo pueden ser las que establece la ley y la propia Constitución permite, verbigracia el derecho de elegir y ser elegido, así mismo la Constitución reconoce ciertos derechos especiales y específicos de los extranjeros, como el derecho de asilo, por esa razón es que, el Estado ecuatoriano garantiza el respeto de sus derechos humanos "a todos sus habitantes sin discriminación alguna" sin importar si son ecuatorianos o extranjeros. La Constitución también consagra esta igualdad entre ecuatorianos y extranjeros mediante el principio general de igualdad ante la ley, al establecer que "[¼] Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades [...]"

El art. 66 Constitucional, se refiere a *los derechos de libertad*, que tienen todas las "personas". Estos derechos los tienen tanto ecuatorianos como extranjeros, hacen referencia a la vida, la integridad personal, igualdad, libertad, desarrollo de la personalidad, derecho a un ambiente sano, derecho a bienes y servicios, derecho a la honra, a la libertad de opinión, de comunicación, de conciencia, la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad y secreto de correspondencia, a dirigir quejas y peticiones, libertades de empresa, trabajo, contratación y asociación, así como a una adecuada calidad de vida, propiedad, identidad, libertad sexual. La Constitución establece solo una excepción a la regla de igualdad de derechos de libertad, entre ecuatorianos y extranjeros determinado en el art. 66.14, establece que la ley regulará el tránsito, establecimiento de residencia, ingreso y salida del Ecuador por parte de los extranjeros. Es decir que, los derechos constitucionales son jurídicamente exigibles, entre ellos, el trabajo, la salud, la educación o la seguridad social, tienen la misma importancia y

obligatoriedad ya que "el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos", porque todos los derechos "serán directamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad".

Así la Corte Constitucional del Ecuador ha indicado, en el Dictamen No. 042-10-DTI-CC, Caso No. 0036-10-TI que:

"[¹/₄]

las personas extranjeras que se encuentran en territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución", que a su vez permite configurar una verdadera igualdad material de los habitantes del territorio ecuatoriano, conforme determina el artículo 11, numeral 2 del texto constitucional ecuatoriano. [¹/₄]°

El Organismo Constitucional en Funciones ha indicado respecto a de las personas extranjeras, en Sentencia No. 3-1 I-AN/19, lo siguiente:

^a [¹/₄]

15. La Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho a la igualdad formal, a la igualdad material y a la no discriminación (Artículo 66, numeral 4). Así también, establece como un deber primordial del Estado el garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos (Artículo 3) y señala entre las categorías sospechosas de discriminación al lugar de nacimiento (Artículo 11, numeral 2). La Constitución prohíbe además de manera expresa las acciones de discriminación de cualquier tipo en el ejercicio del servicio público (Artículo 230).

16. Este derecho se encuentra reconocido también por varios instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador que, en virtud del bloque de constitucionalidad, son parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

17. La discriminación involucra toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

18. Así, cualquier distinción que no sea objetiva y razonable, que menoscabe el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, con base en la nacionalidad de las personas, sería ilegítima y por tanto, comportaría una afectación al derecho a la igualdad y no discriminación. [1/4]°

Así mismo la Corte Constitucional en Sentencia No. 639-19-JP/20 y acumulados, expone:

^a [1/4]

41. Las personas extranjeras que, por cualquier razón, se encuentran en territorio ecuatoriano, tienen todos los derechos y deberes de las personas ecuatorianas. Sin embargo, existen limitaciones al ejercicio de derechos de extranjeros como por ejemplo, los derechos de participación, el derecho de propiedad, y otros que por ley pueda establecerse. [1/4]°

Por esa razón de acuerdo al art. 11 de la Constitución, el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3.- ^a [...] Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley [1/4]° El art. 11 comentado, recoge varios principios de importancia, desarrollados en varios informes y jurisprudencia de la CIDH, así tenemos;

Principio de directa e inmediata aplicación;

Principio de la interpretación más favorable;

Norma o cláusula abierta para los derechos humanos;

Principio de desarrollo progresivo de los derechos humanos;

La no restricción de derechos;

Así el primero significa que ^a los derechos humanos al estar reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales no necesitan de ningún acto legislativo complementario para su vigencia y aplicación efectiva^o el segundo, ^a debe ser interpretado de manera ^a que más favorezca su efectiva vigencia^o ^a cualquier duda debe resolverse en favor de la libertad: indubio pro libertate o también se utiliza la expresión latina favor libertatis. El tercer derecho, y en el ^a ámbito de los derechos fundamentales se acepta únicamente que el reconocimiento de los derechos ~~±~~por parte de los Estados- se dé con plena amplitud. Un reconocimiento amplio impide caer en una restricción, incluso involuntaria, de los derechos humanos, cuando éstos se positivizan en los textos constitucionales. Como se anticipó, los derechos humanos, cuando no son susceptibles de ser enumerados exhaustivamente, de modo taxativo^o; respecto a la progresividad. ^a A partir de esta cuestión se consideró que la progresividad de los derechos es un principio y una característica, que además impide la involución de cualquier derechos humanos, es decir que se dé un retroceso en lugar de lograr avances significativos^o; y, la no restricción de derechos, significa, ^a desnaturalizar la esencia misma del derecho humano (¼)^o **(SALGADO PESANTES, Hernán, Lecciones de Derecho Constitucional^o, Cuarta Edición, 2013, pág. 67 a 62).**

6.5.- Son hechos incontrovertidos que, la legitimada activa, es profesional de la salud; que trabaja desde el 02 de marzo del 2017, hasta la actualidad en el Ministerio de Salud Pública, Coordinación Zonal 03 ± Salud, bajo la modalidad contrato de servicios ocasionales; que trabajó en atención a pacientes con COVID-19 en primera línea; en período de pandemia; de acuerdo al documento de fs. 56, al mismo que se lo ha puesto en tela de duda, indicando que dicho certificado fue entregado tanto a los profesionales de la salud, como al personal administrativo, incluso a los abogados que trabajan en el área de la salud, sin embargo, del contenido del documento en referencia se indica que *se reafirma nuestra gratitud por su valiosa entrega para ^a atender a nuestros pacientes y salvar sus vidas ante la emergencia ocasionada por el covid-19^o*, al mismo tiempo se ha justificado de acuerdo a lo expuesto por el Procurador Judicial en audiencia Dr. Vizuite, que se ha convocado al concurso de

méritos y oposición y que se ha otorgado nombramientos a otros profesionales de la salud que si trabajaron en COVID dentro del HPGDR; y, que la accionante no han sido notificada con el inicio del concurso de méritos y oposición.

Al no haber sido cesada en sus funciones la accionante por motivos de pandemia y se le ha mantenido en su puesto, se está respetando y garantizando su derecho al trabajo. Tenemos que, el art. 33 de la Constitución determina que el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. Reconocemos el derecho al trabajo, como la base para una vida digna. Significa que todas las personas deben tener la posibilidad de ganarse la vida con el trabajo que elijan y condiciones de trabajo seguras y saludables que no sean degradantes de la dignidad humana. Adicionalmente, el artículo 325 de la Constitución de la República, indica: ^a [1/4] Art. 325.- El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores. [1/4]°

En relación al derecho al trabajo, la Corte Constitucional, en la Sentencia No. 016-13-SEP-CC, dentro del caso No. 1000-12-EP manifestó:

^a [1/4]

El derecho al trabajo, al ser un derecho social y económico, adquiere una categoría especial toda vez que tutela derechos de la parte considerada débil dentro de la relación laboral, quien al verse desprovista de los medios e instrumentos de producción puede ser objeto de vulneración de sus derechos; es en aquel sentido que se reconoce constitucionalmente el derecho a la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores, los cuales, asociados con el principio de indubio pro operario constituyen importantes conquistas sociales que han sido reconocidas de forma expresa en el constitucionalismo ecuatoriano. [1/4]° Adicionalmente en la sentencia No. 241-16-SEP-CC, dentro del caso No. 1573- 1 2-EP, el Organismo Constitucional, señaló: ^a [1/4] De igual forma, cabe indicar que dado el principio de

interdependencia de los derechos, el derecho al trabajo está inexorablemente relacionado con la materialización de otros derechos constitucionales, como el derecho a la vida digna, vivienda o los derechos de libertad, entre otros; de manera que el ejercicio pleno del derecho al trabajo, irradia sus efectos respecto de otras actividades ajenas al trabajo como tal. En este contexto, el derecho al trabajo adquiere trascendental importancia, por cuanto permite un desarrollo integral del trabajador, tanto en una esfera particular como en una dimensión social. En consecuencia, hay que observar al trabajo como fuente de ingresos económicos y como fuente de realización personal y profesional; el cual, a su vez, permite al trabajador, materializar su proyecto de vida y el de su familia. En consecuencia, son estos elementos fundamentales, los que hacen que el derecho al trabajo tenga una protección constitucional que deriva en la obligación del Estado de tutelado. [1/4]°

Por su parte, el artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador, establece normas que regulan la relación derivada del ejercicio del derecho al trabajo en el contexto particular del servicio público. En tal sentido, dispone: ^a [1/4] Artículo 229.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. [1/4]° La norma constitucional art. 229 en mención, ***claramente establece que la ley regula la estabilidad***, este derecho del funcionario, otorgado por el legislador, no significa que éste deba mantenerlo permanentemente y de una vez para siempre en el mismo cargo. No se trata de un derecho natural, inherente a la personalidad humana, sino de un derecho otorgado por el ordenamiento jurídico vigente.

6.6.- En relación a la *seguridad jurídica*, garantiza: **a)** que las decisiones de las autoridades judiciales respondan al marco constitucional vigente; y, **b)** la correcta aplicación de normas que conforman el ordenamiento jurídico.

Así el art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador determina: "[1/4] El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes [1/4]".

La Corte Constitucional en la Sentencia No. 100-15-SEP-CC, determinó que: ^a [1/4] la seguridad jurídica garantiza no solo la sujeción a un marco jurídico determinado, sino que principalmente resalta la supremacía constitucional de la cual se encuentra investida la Constitución de la República, en tanto asegura su respeto, lo cual se traduce además en el respeto a los derechos constitucionales en ella reconocidos. Siendo así, el derecho constitucional a la seguridad jurídica viabiliza el goce de otros derechos constitucionales, de ahí su interrelación con estos, puesto que, considerando el principio de interdependencia de los derechos, la violación a un derecho puede generar la vulneración sistemática de otros derechos. De lo señalado deriva su especial importancia en el modelo constitucional vigente. [1/4]°

Así mismo el Organismo Constitucional referente a este derecho se ha pronunciado de la siguiente manera:

^a [...]

se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela [...]°

La actual Corte Constitucional en Sentencia No. 1357-13-EP/20, al respecto dice:

^a [1/4]

53. Como ya se mencionó en el párrafo 44 supra, dentro de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, la seguridad jurídica no se ve afectada por el mero desacuerdo respecto a la aplicación de normas jurídicas, sino ante una actuación arbitraria de las autoridades que implique vulneración de derechos. [1/4]°

Debemos indicar en cuanto a los concursos de méritos y oposición, que la Corte Constitucional en Sentencia No. 226-18-SEP-CC, Caso No. 0110-12-EP, ha indicado que: ^a[¼] *ninguna entidad pública puede otorgar nombramientos, sin que previamente haya mediado un concurso de méritos y oposición, conforme lo determina el artículo 228 de la Constitución de la República.* [¼]°, el mismo Organismo Constitucional en la sentencia No. 014-17-SIS-CC, dictada en el caso No. 0047-14-IS determinó que: "[¼] *no es posible otorgar nombramientos definitivos; sin embargo, corresponde el reintegro al cargo de quien hubiere sido destituido hasta que se realice el correspondiente concurso de méritos y oposición, lo cual permite conceder posibilidades reales para el acceso al servicio público* [¼]° y en la Sentencia de la Corte en funciones No. 5-19-CN, ha indicado que: ^a[¼] *en el marco de un concurso de méritos y oposición se selecciona a la persona más idónea para ocupar un determinado cargo público*° *“las personas ganadoras de un determinado concurso de méritos y oposición son quienes tienen una legítima expectativa de ocupar el cargo público para el cual participaron y ganaron, y una vez nombrados adquieren el derecho de estabilidad para dicho cargo.* [¼]°.

Consta del proceso, un informe jurídico, elaborado por la Ing. Verónica Cargua, Analista de Talento Humano No. 3 del HGPDR, fs. 44 a 46, que consideramos es contradictorio, en las conclusiones se indica que en el presupuesto asignado para la contratación de la hoy accionante, pertenece a proyectos de inversión lo cual impide que se proceda con el trámite respectivo del concurso de merecimientos y oposición y luego se indica que, *a la servidora Viveros Alvira se la considerará en las próximas etapas de acuerdo al art. 25 de la Ley de Apoyo Humanitario.*

Al respecto debemos indicar que, ni la Ley de Apoyo Humanitario, el Reglamento o los Acuerdos Ministeriales que para el efecto se han dictado, contienen excepciones respecto al tipo de contrato otorgado para que una profesional de la salud, sea excluida, la ley es clara al indicar que tenga contrato ocasional o nombramiento provisional, no se dispone que se remita previamente a la LOSEP y el derecho a la seguridad jurídica como indicamos se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, de ahí que el Acuerdo Ministerial No. MDT-

2020-232, que viabiliza los concursos de méritos y oposición, determina los parámetros para la estabilidad laboral de los profesionales que trabajaron en pandemia y en la especie, se han aportado suficientes elementos probatorios que permiten establecer que Viveros Alvira Sorangela, si tenía derecho a participar en el concurso de méritos y oposición, por lo que se ha existido arbitrariedad de las autoridades al no haberla considerado como a otros profesionales de la salud que han estado en las mismas condiciones, de ahí que existe violación a la seguridad jurídica de una persona extranjera que tiene los mismos derechos, generándose también una violación a su *derecho constitucional a la participación*, consagrado en el art. 61, numeral 7 de la Carta Magna

6.7.- En el art. 11.2 inciso segundo de la Constitución, aparece el derecho a la no discriminación que tiene íntima relación al art. 66.4, esto es que se reconoce y garantiza a las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: ^a [1/4] El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al ius cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que pertenece a todo ordenamiento jurídico^{1/4} Así como, forma parte del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens [1/4]° (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 18 del 17 de septiembre del 2003, sobre condición jurídica de migrantes indocumentados párrafo 19.)

En este punto, es importante recordar el limitante que debe observar la producción normativa de un Estado en relación a la igualdad, sobre todo a la igualdad de trato, y se concentra en: ^a [1/4] la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance general del principio de igualdad al menos en su acepción de igualdad de trato, del cual se desprenden dos normas que vinculan los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hechos equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. Sin embargo, este segundo contenido no tiene un sentido tan estricto como el primero, sobre todo cuando va dirigido al Legislador, pues en virtud de su reconocida libertad de configuración normativa, este no se

encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias, por el contrario se admite que con el objeto de simplificar las relaciones sociales, ordene de manera similar situaciones de hecho diferentes siempre que no exista una razón suficiente que imponga la diferenciación [1/4]° (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-250-12. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-25012.htm#_ftnref99).

La Corte Constitucional ha dicho que ^a [1/4] El derecho a la igualdad, proyecta dos mandatos distintos: *la igualdad ante la ley* y *la igualdad en la ley*. El primero se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de igualdad en la aplicación de la administración de justicia, y en relación a sus particulares. El segundo nivel, alude al carácter que define al derecho como fundamental, es decir con eficacia vinculante frente al legislador [1/4]° (R.O. S. No. 577, 24 de abril del 2009, págs. 4 a 11.)

Así mismo el Organismo Constitucional, en Sentencia No. 002-14-SIN-CC, Caso No. 0056-12-IN y 0003-12-IA ACUMULADOS, respecto a la igualdad, indica:

^a [1/4]

Pues bien, en lo que concierne a la igualdad, la Constitución consagra en el artículo 11 numeral 2 el derecho por el cual se establece que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades, sin que nadie pueda ser discriminado por motivos tales como etnia, religión, sexo, filiación política, orientación sexual, condición socio-económica, entre otros.

Igualmente, es preciso anotar que existe una distinción entre la denominada igualdad formal o igualdad ante la ley, y la igualdad material o igualdad real. En términos jurídicos ambos tipos de igualdad poseen un mismo núcleo común que consiste en la comparabilidad de ciertas características para establecer su aplicación; no obstante, divergen en sus efectos, enfocándose el primer tipo en la restricción de la discriminación y el segundo en el respeto a la diferencia. Así, la igualdad formal tiene relación con la garantía de identidad de trato a todos los destinatarios de una norma jurídica, evitando la existencia injustificada de privilegios, mientras que la igualdad material no tiene que ver con cuestiones formales, sino con la real

posición social del individuo a quien va a ser aplicada la ley, con el objetivo de evitar injusticias. Esta clasificación se encuentra contenida en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución, que consagra el derecho de las personas: "[...] a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación [1/4]".

La Segunda Sala de la Corte Constitucional, en Resolución No. 0119-09-RA, pp. 9-10, acertadamente citan al tratadista Bernal Pulido, señala:

"[1/4]

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud) [1/4]°

En este sentido, la Corte Constitucional señaló mediante la sentencia No. 002-13- SEP-CC, que: ^a [1/4] Por tanto, el concepto de igualdad no significará una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones [1/4]° Asimismo, en las sentencias 117-13-SEP-CC y 258-13-SEP-CC, del Organismo Constitucional ha demarcado las dos dimensiones del derecho a la igualdad: ^a [1/4] a) La *dimensión formal*, se expresa por la misma Constitución en su artículo 11 numeral 2 primer inciso, cuando se la define como un principio de aplicación, en el siguiente enunciado: ^a Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades°. De acuerdo con la Norma Fundamental, entonces, la igualdad formal implica un trato idéntico a sujetos individuales o colectivos que se hallan en la misma

situación. b) *La dimensión material*, en cambio, se establece en el tercer inciso del numeral 2 del artículo 11 de la Constitución, al señalar: ^aEl Estado adoptara 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 que se hallen en condiciones diferentes, (...) requieran un trato distinto, que permita equiparar el estatus de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos. [1/4]°

Por su parte la *discriminación*, es una actitud, una conducta, una praxis sistemática e injusta contra un determinado grupo humano, que deteriora la convivencia y da paso a la violencia, a la marginalidad y a la formación de subculturas. La discriminación rompe el principio de igualdad entre los sujetos en base a un motivo prohibido, por eso el significado de discriminación tiene íntima relación con el de igualdad ya que la misma Constitución refiere que todas las personas son iguales ante la ley.

El tratadista Luis Cueva Carrión, al respecto dice: ^a[1/4] La discriminación se clasifica: en directa, indirecta e inversa. Se denomina discriminación directa a toda norma o acto jurídico público o privado, que establezca una norma distinta basada en la pertenencia a una categoría general de un grupo humano para causarle perjuicio. Existe esta clase de discriminación cuando se trata a un sujeto en forma menos favorable que a otro en una situación similar por motivos raciales, religiosos, sexuales o por sus convicciones, discapacidades, edad u orientación sexual. La discriminación indirecta es una discriminación de hecho. En esta discriminación no se tiene en cuenta la intención del autor, solamente cuenta el resultado actual o potencial. El concepto de discriminación indirecta hace posible descubrir las discriminaciones disimuladas, no muy visibles, es una herramienta epistemológica, para descubrir la realidad. La discriminación inversa o positiva a la implementación normativa, nacional o internacional, de ciertas medidas y políticas que suponen un trato desigual pero favorable para los grupos humanos, que, históricamente, han sufrido discriminación por razones económicas, sociales, religiosas, de nacionalidad, de raza, sexo, o de deficiencia física [1/4]°.

A nivel internacional, existe pronunciamiento de la no discriminación, en La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, No. OC-18-03, de 17 de septiembre del 2003.

En la especie, se aprecia que la accionante ha sido tratada de manera desigual en sentido formal, ya

que encontrándose en la misma situación que los otros profesionales de la salud, (médico, contrato de servicios ocasionales y haber atendido en época de pandemia), sufre discriminación y queda en condiciones de desigualdad frente a otros servidores que han laborado en el periodo de pandemia y que si han sido acreedores a un nombramiento definitivo, por mantener contrato ocasional con otro tipo de partida presupuestaria como se afirmó.

VII

DECISIÓN:

Sin más disquisiciones que realizar, **^a ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA^o**, se resuelve:

a) Declarar procedente la acción de protección propuesta por VIVEROS ALVIRA SORANGELA al determinarse que efectivamente se afectaron sus derechos constitucionales conforme el art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como es a la seguridad jurídica, a la igualdad formal, a no ser discriminada y a la posibilidad de desempeñar empleos y funciones públicas con la debida estabilidad;

b) Como medidas de reparación se dispone: **1.-** Que el contrato de servicios ocasionales a favor del legitimada activa, se mantenga sin ninguna clase de acoso hasta que se convoque al correspondiente concurso de méritos y oposición en base al principio de planificación; **2.-** Los funcionarios que provocaron estas violaciones constitucionales esto es el *Gerente y Representante Legal del Hospital General Docente de Riobamba* y la *Coordinadora de Talento Humano*, mediante oficio dirigido al accionante, dentro de los cinco días hábiles posteriores a la notificación de esta sentencia, procedan a ofrecerle las correspondientes disculpas por su actuación.

El control de estas medidas se delega a la Delegación de la Defensoría del Pueblo de Chimborazo, para lo que se emitirá la correspondiente comunicación.

c) En virtud de la *apelación presentada en forma oral* por el Dr. Ángel Alfredo Vizuite Rodríguez, Procurador Judicial del Gerente y Representante Legal del Hospital General Docente de Riobamba Roberto Isaac Costales Montenegro, el Dr. Héctor David Pulgar, Coordinador Zonal 3, Salud Chimborazo; y, Dra. Leonor Holguin Bucheli, Directora Regional Chimborazo de la Procuraduría General del Estado, de conformidad al art. 86.3 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador, en relación al art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se lo admite a trámite y se lo concede para ante una de las Salas de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, a donde acudirán las partes hacer valer sus derechos. El actuario del despacho, remita los autos debidamente organizado a la oficina de sorteos del Tribunal Provincial, a la brevedad posible. **Comuníquese y cúmplase.-**

CALDERON ARRIETA CARLOS ARMANDO

JUEZ