



REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL
www.funcionjudicial.gob.ec

Juicio No: 10333202100565

Casillero Judicial No: 26

Casillero Judicial Electrónico No: 1002611646

maito-do@hotmail.com, maria.dominguez@iess.gob.ec

Fecha: martes 14 de septiembre del 2021

A: CARLOS LUIS TAMAYO DELGADO DIRECTOR GENERAL DEL IESS

Dr/Ab.: MARIA EUGENIA DOMINGUEZ OÑATE

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL, MERCANTIL, LABORAL, FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE IMBABURA

En el Juicio Especial No. 10333202100565 , hay lo siguiente:

VISTOS.- En lo principal, los señores doctores Wilian Jimenez Guerrero, Luz Angelica Cervantes; y, Mónica Sofía Figueroa Guevara (Ponente), en nuestras calidades de Jueces titulares del Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura; avocamos conocimiento de la presente causa en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Defensoría del Pueblo representando a la ciudadana doctora Lorena Tatiana Peñafiel Andrade en la acción de protección presentada en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante IESS), representando por su Director General y señor Procurador y en contra de la señora Subdirectora Nacional de Talento Humano de IESS, de la sentencia notificada por escrito el día viernes 14 de mayo del 2021, las 12h56, por el señor Juez doctor Pablo Enrique Vintimilla Parra que integra la Unidad Judicial Multicompetente Civil con sede en el Cantón Ibarra de Imbabura. Encontrándose la causa para resolver se hace las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- COMPETENCIA Y DEBIDO PROCESO.-

Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, tiene competencia para conocer la presente causa, de conformidad con la Resolución Nro. 64-2020, del Pleno del Consejo de la Judicatura de fecha 16 de junio del 2020, y en mérito del sorteo electrónico realizado, por lo cual de conformidad con los artículos 86 numeral 2, 3 inciso segundo y 186 de la Constitución de la República del Ecuador, 208.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con los artículos 8.8 y 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional queda garantizada la competencia de este Tribunal de la Sala.

El Tribunal ha verificado que la demanda cumplió con las prescripciones señaladas en la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 8 numeral 6 y artículo 10 en todos sus numerales.

El artículo 169 de la Constitución de la República, establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y que se harán efectivas las garantías del debido proceso. Por su parte, el artículo 75, supra, prevé el derecho gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita; mientras que el artículo 76, ibídem, garantiza que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones, se asegurará el derecho al debido proceso, que no es sino, el conjunto de garantías mínimas de carácter sustantivo y adjetivo, que precautelan derechos e intereses de quienes se ven exigidos a ejercer una acción judicial y de aquellos que son sometidos a juicio, a efecto de obtener de los órganos judiciales un proceso justo, expedito y transparente, razones por las que en este proceso constitucional se ha cumplido con las exigencias del Debido Proceso.

SEGUNDO.- DE LOS HECHOS HISTÓRICOS Y JURIDICOS.-

2.1. LA ACCIÓN PLANTEADA: Comparece al servicio de Administración de Justicia la señora doctora Lorena Tatiana Peñafiel Andrade, egresada de la especialidad de Anestesiología, en calidad de becaria devengante de anestesiología, patrocinada por la Defensoría del Pueblo de Imbabura; presenta acción de protección en contra del IESS representado legalmente por su Director General, Procurador de la Institución y en contra de la Subdirectora Nacional de Talento Humano del IESS.

En la demanda determina los hechos, el daño y los derechos vulnerados:

a) Descripción del acto violatorio del derecho que produjo el daño y la relación circunstanciada de los hechos:-

Que la doctora Lorena Tatiana Peñafiel Andrade inició sus estudios de posgrado para especializarse en la rama de Anestesiología el 3 de octubre de 2016 en el marco del programa de becas de pos grado para el fortalecimiento de Talento Humano del IESS.

De acuerdo a su contrato de financiamiento de Beca debe devengar el doble del tiempo del que cursó sus estudios laborando para cualquier unidad operativa del IESS.

En su segundo año de estudio se quedó embarazada y dio a luz a su hija Danna Raffaella Viteri Peñafiel, quien nació prematura, a las 36 semanas, con bajo peso, ictericia patológica y sepsis tardía por lo que tuvo que permanecer en el Hospital IESS Ambato por tres semanas. Dadas estas circunstancias, su hija requirió en ese momento y hasta la actualidad cuidados especiales de su madre y el apoyo familiar por su condición de doble vulnerabilidad por el grupo prioritario al que pertenece y el Trastorno del Espectro Autista que padece. Los estudios de posgrado de la Dra. Peñafiel los finalizó el 2 de octubre de 2019, resultado de los cuales obtuvo el título de Especialista en Anestesiología, sin embargo que en su contrato de financiamiento de beca se establecía que finalizados sus estudios tenía 30 días para que se inicie el periodo de devengación, fue recién el 29 de octubre de 2020 cuando la Dra. Peñafiel tenía su domicilio en Ambato junto a su esposo e hija que se le notifica a través de correo electrónico la convocatoria para asignación de plazas la que se realizó a través de sorteo.

El 3 de noviembre de 2020 la Dra. Peñafiel envió un correo a la dirección

electrónica: solucionesbecasiess@gob.ec informando del estado de salud de su hija a fin de que se considere las necesidades especiales de cuidado y atención que la niña requiere en la asignación de plazas El 4 de noviembre de 2020 a través de la Plataforma Microsoft Teams, sin que se considere el estado de salud de su hija, se realizó el sorteo de la plaza para devengar la beca, en el cual le correspondió en el Hospital General de Ibarra.

Ante lo cual, al no estar de acuerdo con esta asignación que no observa la doble vulnerabilidad de su hija, su derecho a atención prioritaria, su desarrollo integral y la protección de su familia, firmo, bajo protesta la misma, pues lo único que le indicaron fue que debía iniciar a devengar la beca a partir del 16 de noviembre de 2020 so pena de aplicar la cláusula de penalidad de su contrato en el que se establece que si no cumple con el devengamiento debe cancelar en un solo pago la cantidad invertida en la beca que asciende a 120.000 USD Dólares Americanos .

El 9 de noviembre de 2020 la Dra. Peñafiel presentó un oficio, con suficiente documentación de respaldo, a la Dra. Holanda Katuska Zapata Jacuago, Subdirectora Nacional de Talento Humano del IESS a fin de que por la condición de salud de su hija, la necesidad de atención especial y de la realización de sus terapias y la situación de su familia se le reasigne una plaza en la Unidad de Salud del Hospital del IESS de Ambato donde sí existe la necesidad de médicos especialistas en Anestesiología, sin obtener respuesta oportuna, el 16 de noviembre de 2020 la Dra. Peñafiel inicio trabajo en el Hospital de Ibarra, para cumplir con sus actividades tuvo que cambiar su domicilio y en la actualidad vive en esta ciudad de Ibarra la que tuvo que traer a su hija, intentar retomar sus terapias físicas, sensoriales y de rehabilitación, sin éxito pues los profesionales que le trataban se encuentran en Ambato y Quito, separarse de su esposo y sus padres quienes le brindaban apoyo en el cuidado de su hija mientras realiza sus labores como medica en el Hospital.

El 30 de noviembre de 2020 mediante Oficio IESS-SDNGTH-2020-1561-OF se niega el pedido de reasignación de la Dra. Peñafiel aduciendo es improcedente pues la designación de plazas no atiende a los intereses de los profesionales y que la priorización de selección de plaza tiene como único criterio el mayor puntaje académico.

De la relación de los hechos descritos se puede deducir con claridad meridiana que son dos los actos y una omisión los que vulneran los derechos de la niña Danna Raffaella Viteri Peñafiel a atención prioritaria, a desarrollo integral y la protección de la familia, al ser núcleo esencial de la sociedad .Estos actos son:

1) Que el IESS no haya observado las necesidades especiales de cuidado, la doble vulnerabilidad de la niña Viteri Peñafiel en la asignación de la plaza para devengar la beca de su madre la Dra. Tatiana Peñafiel.

2) La negativa de reasignación de plaza contenida en el Oficio IESS-SDNGTH-2020-1561-OF y;

3)La omisión en la que el IESS incurre al no observar en la asignación de plazas para devengamiento de becas la situación familiar del profesional médico que si bien tiene la obligación de devengamiento por disposición contractual esta debe cumplirse bajo un enfoque integral de derechos humanos y atendiendo a los grupos de atención prioritaria.

b) IDENTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS VULNERADOS.

El derecho a atención prioritaria reconocido en nuestra Constitución, artículo 35, derecho que en términos de la CIDH se traduce en una protección especial reconocida a favor de toda persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad como lo ha señalado en el Caso Furlán y familiares vs Argentina, casos en los que El Estado no debe solo abstenerse de violar derechos sino que debe adoptar medidas positivas.

Medidas positivas que en el caso no fueron adoptadas por el IESS pues cuando llegó a su conocimiento el estado de salud de la hija de la Dra. Peñafiel se hizo caso omiso y se le asignó una plaza en Ibarra lejos de su Familia y de las terapias que eran necesarias para lograr su desarrollo integral. La Convención de los derechos del niño establece en el artículo 3 inciso 2, artículos 23 y 24 el derecho del niño impedido físico o mentalmente al disfrute pleno de sus derechos. En el caso que nos ocupa sr(a) juez(a) es necesario considerar la doble vulnerabilidad de la niña Danna Rafaela Viteri Peñafiel por su corta edad y por la discapacidad que tiene debido a su autismo, el que fue diagnosticado recientemente y se suma a las afectaciones de salud que padece desde su nacimiento.

En términos de la Ley Orgánica de Discapacidades, artículo 6 una persona con discapacidad es aquella que (...) Como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria(...) De conformidad con la Guía de práctica clínica de Trastornos del Espectro Autista en niños y adolescentes: detección, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y seguimiento, expedida por Acuerdo ministerial 127 estos Trastornos han sido definidos como: (...) un grupo de alteraciones del desarrollo que ocasionan deficiencia en diferente grado, de las habilidades e interrelaciones sociales (las cuales no están adaptadas al contexto social), alteraciones en la comunicación verbal y alteraciones en la comunicación no verbal de niños y adolescentes; manifestándose en todos los estratos económicos-sociales, sin distinción de raza, etnia y sexo. Teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley de la materia y en la Guía Clínica citada la niña Danna Rafaela Viteri Peñafiel es una persona con discapacidad, a favor de cual no solo que se debe tutelar su derecho a la salud, sino en general al pleno ejercicio de sus derechos que le permitan en un futuro bastarse a sí mismo y lograr su mayor grado de independencia y su inclusión activa en la comunidad como lo dispone la Convención de derechos de personas con discapacidad desde su Preámbulo, literal r), cuanto en sus artículos 6, 7, 19 y 26. Cuanto más nuestra Constitución reconoce a favor de los niños, niñas y adolescentes su derecho a desarrollo integral en el artículo 44.

En cuanto al derecho a la protección de la familia que se considera también vulnerado por los actos y omisión del se encuentra reconocido desde el enfoque amplio e integral de la Convención de derechos de personas con discapacidad. Este instrumento internacional señala en su Preámbulo: Los Estados Partes en la presente Convención, x) Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de

condiciones Con este reconocimiento la Convención determina el deber de los Estados de asegurar que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia como lo señala el artículo 23 nro. 3 en concordancia con el artículo 28 que se refiere a un nivel de vida adecuado no solo para la persona con discapacidad sino para su familia.

c) IDENTIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN CONCRETA.-

Se declare vulnerado los derechos de su hija Danna Rafaela Viteri Peñafiel a la atención prioritaria, al desarrollo integral y protección a la familia y como medidas de reparación integral se ordene:

1.-Que el IESS proceda con la reasignación de la plaza de la Dra. Lorena Peñafiel para que el devengamiento de beca lo realice en el Hospital del IESS en Ambato al que se le integre de forma inmediata, dada la necesidad que existe en esa casa de salud de un profesional de su especialidad.

2.- Que el IESS ofrezca disculpas públicas a través de su página web institucional por haber vulnerado los derechos de la niña Danna Rafaela Viteri Peñafiel a atención prioritaria, al desarrollo integral y protección a la familia.

3.- Que el IESS cree un instrumento normativo que deba aplicarse para que adelante se considere como criterio para la asignación de plaza a los profesionales médicos que devenguen una beca si pertenecen ellos o sus familias al grupo de atención prioritaria de conformidad con el artículo 35 de la Constitución y esto les permita tutelar de mejor forma sus derechos

2.2. CONTESTACIÓN DEL ENTE PÚBLICO ACCIONADO.-

Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no ha vulnerado derecho constitucional alguno, por el contrario ha ejecutado sus funciones y actos administrativos bajo el principio de legalidad, de conformidad con lo que establece el Art.- 3 Constitución de la República del Ecuador el cual establece que: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. ” en concordancia con el Art. 32 de la Constitución de la República del Ecuador el mismo que dispone; “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir .El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales ,culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.”

Es decir, el IESS ejerce sus funciones en aras de precautelar el derecho de sus afiliados y jubilados y sobre todo el derecho colectivo y universal de la salud. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social tiene la responsabilidad de asegurar ,universalizar y fortalecer los servicios de salud, es por esto que con el objetivo de potenciar el desarrollo de la política de la salud y con la finalidad de contribuir con el fortalecimiento y formación del talento humano en el área de salud ha realizado el otorgamiento de becas a profesionales de la salud para que realicen estudios de

especialidad y sub especialidad médica en las Instituciones de educación superior del país, que posean convenios de cooperación para el desarrollo de programas académicos con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Los beneficiarios de las becas otorgadas por el IESS, tienen la obligación de cumplir con el período de compensación de beca, con el fin de transferir los conocimientos adquiridos durante su periodo de formación, dicha compensación se realiza a través de la prestación de servicios en las Unidades Médicas del IESS de acuerdo con la necesidad institucional y especialidad en la que se realizó la formación de los profesionales.

La accionante Dra. Lorena Tatiana Peñafiel Andrade, obtuvo una beca financiada por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para realizar el posgrado en la especialidad de Anestesiología en la Universidad Central del Ecuador, misma que inició el 03 de octubre de 2016 y finalizó el 31 de octubre de 2019. Por cual suscribió el Contrato de Financiamiento Nro.AR2Q- 000982-2016, el 05 de enero de 2017, cuya Cláusula Décima señala:“(...) **PERÍODO DE COMPENSACIÓN:** El/la becario/a una vez concluido sus estudios de posgrado, deberá realizar su período de compensación en la o las Unidades Médicas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, al/ a las que le sea asignado (...)” El artículo 32 de la Resolución C.D. No. 525 señala que el proceso de asignación de plazas será de acuerdo al puntaje académico obtenido por el posgradista durante su período de formación tomando en cuenta las siguientes consideraciones: “(...) a) El área responsable de Talento Humano a Nivel Nacional determinará las plazas para la Compensación de las Becas, que los/las becarios/as tendrán a disposición para su elección, que se darán en función de los mayores puntajes académicos; “b) Las prioridades se seguirán dando en forma descendente de acuerdo a las calificaciones antes indicadas, considerando hasta tres decimales (...) Con memorando Nro. IESS-DSGSIF-2020-7810-M de 27 de octubre 2020, el Director del Seguro General de Salud Individual y Familiar remite la matriz de distribución de plazas de compensación de beca para el año 2020, señalando que las plazas disponibles para los posgradistas de la Especialidad de Anestesiología de la Universidad Central del Ecuador son: CCQA HD Efrén Jurado, Hospital General Riobamba, Hospital Machala, Hospital General Ibarra (2), Hospital General San Francisco y Hospital Manuel Ignacio Monteros, siendo estas las plazas a escoger de conformidad con la necesidad institucionales es decir donde hace falta especialistas.

Las plazas que se habilitan para el período de compensación son identificadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a través de la Dirección General del Seguro de Salud Individual y Familiar, el cual se asegura de crear dichas plazas de compensación en función del acceso al derecho a la salud como un derecho constitucional para garantizar la prestación oportuna de servicios y una atención médica integral a toda la población protegida por el IESS .

Con oficio No. 1944 CSP 2019, de 27 de noviembre de 2019, la Universidad Central del Ecuador, remitió el listado de los posgradistas de la especialidad de Anestesiología, con las notas obtenidas por cada profesional durante el programa de posgrado, determinándose que la Dra. Lorena Tatiana Peñafiel Andrade se encontraba en séptimo lugar, la Subdirección Nacional de Gestión de Talento Humano del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de correo institucional efectuó la convocatoria oficial para el sorteo de plazas para la especialidad de Anestesiología de la Universidad Central del Ecuador, y se da a

conocer las plazas disponibles para compensación y la metodología designación de conformidad con la Resolución No. 525 emitida por el Consejo Directivo del IESS en la cual señala que la asignación de plazas para la compensación de las becas se realiza en consideración a las calificaciones académicas obtenidas en el posgrado, de acuerdo al lugar en que el posgradista se ubicó a la culminación de su período de formación.

La compensación de beca constituye una obligatoriedad para los becarios que concluyen sus estudios de posgrado y que deben iniciar su periodo de compensación, conforme lo estipula el literal a) del artículo 39 del Reglamento para el otorgamiento y Compensación de becas de Estudios de Posgrado en Medicina y Ciencias Afines: "(...) a) Cumplir el período de compensación de beca en las Unidades Médicas del IESS, según lo establecido en este Reglamento(...)" y la cláusula Décima del Contrato de Financiamiento que señala: El/la becario/a una vez concluido sus estudios de posgrado, deberá realizar su período de compensación en la o las Unidades Médicas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, al/ a las que le sea asignado (...). Posteriormente, a través de memorando No. IESS-SDNGTH-2020-12051-Mde 16 de noviembre de 2020, se realizó la notificación de asignación de plaza de compensación, señalando que la servidora deberá empezar sus labores en el Hospital General – Ibarra, para lo cual se suscribió el Contrato de Servicios Ocasionales por compensación de beca No. SDNGTH-BC-2020-00087, a fin de cubrir las necesidades institucionales a nivel nacional, en este contexto el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social conforme lo indica la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 370.- "El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados (...)", se encuentra obligado a precautelar los intereses de sus afiliados, y, en consecuencia basado en el principio del derecho a la salud que los asiste, se debe dotar de especialistas en las Unidades Médicas que así lo requieran .Con documento Nro. IESS-SDNGD-2020-29194-E de 09 de Noviembre de 2020, la Doctora Lorena Tatiana Peñafiel Andrade, médico devengante de beca de la especialidad de Anestesiología asignada al Hospital General Ibarra, solicitó: "(...) Por los antecedentes expuestos por la unidad familiar y por la enfermedad que viene atravesando mi hija menor de edad DANNA.RAFFAELA VITERI PEÑAFIEL quien requiere los cuidados directos de su madre, de manera fundamental tomando en consideración su tratamiento Médico, que tiene que realizarse sus terapias físicas, sensoriales y de Rehabilitación, que mi hogar lo tengo conformado en la Ciudad de Ambato, que en la Ciudad de Ibarra no tengo allegados ni familiares que me puedan ayudar con el cuidado de la niña; que mi esposo mantiene su trabajo y su domicilio en la Ciudad de Ambato, y que mi hija pueda recibir toda la atención y cuidado que un ser humano necesita de su madre a tan corta edad, solicito muy comedidamente se sirva reasignarme una plaza en una unidad de Salud del instituto Ecuatoriano de Seguridad Social que se encuentre en la Ciudad de Ambato, Provincia de Tungurahua (...)"Para lo cual la Subdirección Nacional mediante oficio Nro. IESS-SDNGTH-2020-1561-OF de 30 de noviembre de 2020, informa a la Dra. Peñafiel: "(...) debo manifestar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, respecto del orden jerárquico de las normas; y lo establecido en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Servicio Público, en virtud de que su formación en la especialidad

de Anestesiología fue financiada con recursos Estatales, se encuentra obligada a transmitir y poner en práctica los conocimientos adquiridos durante su formación. En este sentido, tomando en cuenta que el proceso de asignación de plazas de devengación/compensación se efectúa considerando la necesidad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y en total cumplimiento de la normativa legal vigente, por lo tanto, la Subdirección Nacional informa que la solicitud efectuada no es procedente. (...)”Mediante oficio Nro. IESS-SDNGD-2020-36301-E, de 21 de diciembre de 2020, la Dra. Lorena Tatiana Peñafiel Andrade, médico becario posgradista de la especialidad de Anestesiología, indica: “(...) En ningún momento he escogido la plaza, por ser la última en el sorteo y que no había otra disponible, la misma me fue asignada, lo cual considero que fue bajo presión, por cumplir una norma legal instituida por la Dirección Nacional de Gestión de Talento Humano del IESS (Dpto. becas) y al habernos hecho firmar una letra como garantía de más de cien mil dólares, que la falta de cumplimiento se veía obligada a ejecutar dicha letra. Solicito que, dejando copias a costa de la peticionaria se ordene el desglose de los documentos originales adjuntados a la petición antes descrita, la misma que se lo hará en forma oportuna y urgente (...)”Mediante oficio Nro. IESS-SDNGTH-2021-0010-OF de 08 de enero de 2021, la Subdirección Nacional informa: “(...) la asignación de plazas ha sido efectuada en orden a las calificaciones obtenidas en su formación de posgrado en la especialidad de anestesiología, dando prioridad al becario con mayor puntaje académico y siguiendo de forma descendente, de acuerdo lo establece la normativa legal vigente, en el cual la Dra. Peñafiel Andrade Lorena Tatiana obtuvo el séptimo lugar de siete becarios de la cohorte de anestesiología de la Universidad Central del Ecuador. Así mismo, es importante indicar que el valor de la letra de cambio pertenece a todos los valores desembolsados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en el transcurso del tiempo que duró sus estudios de especialista. (...)”

La Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar, elabora un estudio de detección de necesidades de especialistas en las áreas de salud a nivel nacional, a fin de contar con las plazas y partidas presupuestarias exclusivamente para devengantes de beca, la cual es de cumplimiento obligatorio .

Mediante INFORME TECNICO No. SDNGTH-IESS-SPDB-2021-036 de fecha 06 de abril del 2021 suscrito por la Dra. Holanda Katusca Zapata Jaguaco Subdirectora Nacional de Gestión de Talento Humano ha señalado que en el Hospital General – Ambato, laboran 14 profesionales bajo la denominación de Médico/a Especialista en Anestesiología 1, por tanto, de acuerdo con la Médico/a Especialista en Anestesiología 1, por tanto, de acuerdo con la Unidades Médicas del IESS a nivel nacional, las cuales serán asignadas de acuerdo a las necesidades de atención en salud identificadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Señor Juez de conformidad con lo establecido en el Código Civil: Art. 1561.-“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. ”Pues que más que evidenciado que la accionante conocía plenamente constatando la misma todas y cada una de las reglas y condiciones para su desarrollo así como los beneficios, deberes y obligaciones que adquiriría al firmar libre y voluntariamente el CONTRATO DE FINANCIAMIENTO PARA BECAS DE POSGRADO PARA EL FORTALECIMIENTO DEL TALENTO HUMANO DEL IESS EN EL ÁREA DE LA

SALUD NRO. ARSQ-000962-2016, así también la accionante firmo libre y voluntariamente el CONTRATO DE SERVICIOS OCASIONALES POR COMPENSACIÓN DE BECA con el cual devengaba su beca incluso con una remuneración y por un periodo de tres años, debiendo cumplir con su compromiso en el cual el estado ecuatoriano invirtió con miras a un interés colectivo general que es el de los afiliados y jubilados del IESS y los demás beneficiarios del servicio de salud.

Que la accionante ha manifestado que su hija también se encuentra al cuidado del cónyuge de la accionante y padre de la menor, refiere el principio de corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten. Es decir no se encuentra exclusivamente bajo el amparo y cuidado de la accionante. Así también ha manifestado que sus padres abuelos le ayudan con el cuidado también es necesario mencionar que mediante memorando Nro. Memorando Nro. IESS-HG-IB-UTH-2021-0312-M Ibarra, 13 de abril de 2021, suscrito por Ing. María Gabriela Romero Proaño RESPONSABLE DE TALENTO HUMANO HGI ha mencionado que Con respecto al horario laboral de la servidora PEÑAFIEL ANDRADE LORENA TATIANA, Médico devengante de beca de esta Casa de Salud, el área de anestesia ha establecido jornadas rotativas con la finalidad de solventar la necesidad del servicio, al ser un hospital de segundo nivel y al estar enfrentado la pandemia por el Covid 19, los horarios han sido modificados regularmente. Conforme al horario del presente mes de abril (documento adjunto) se puede observar que realizan jornadas de 24 horas con descanso de 3 días. En cuanto a los permisos solicitados me permito indicar que la Dra. Lorena Tatiana Peñafiel Andrade ingresó al Hospital General Ibarra como devengante de beca desde el 16 de noviembre de 2020, en la Unidad de Talento Humano se han registrado hasta la presente fecha 4 permisos por calamidad doméstica (enfermedad hija) y 1 permiso por enfermedad de la servidora. Es decir la institución ha prestado todas las facilidades para que la hoy accionante pueda cumplir con sus obligaciones en la institución como con su hija menor de edad.

Existe el Memorando Nro. IESS-HG-IB-DTMC-2021-0091-M Ibarra, 20 de abril de 2021, INFORME TECNICO RESPECTO A LA NECESIDAD DE ESPECIALISTAS EN ANESTESIOLOGIA POR ACCION DE PROTECCION suscrito por la Dra. Gabriela Eloísa Erazo Benavides COORDINADORA DE ANESTESIOLOGÍA – HGI en cual menciona la necesidad institucional de contar con la Dra. Lorena Tatiana Peñafiel Andrade devengante de beca y la factibilidad de que continúe con la prestación del servicio en el Hospital General Ibarra tomando en consideración el contexto de que se vive en el país

Que entienden la circunstancia personal de la Dra. Lorena Peñafiel; y se solidarizan por la misma razón se le ha colocado en horarios especiales jamás se le ha negado un permiso, se ha cubierto efectivamente sus ausencias; pero la situación que al momento están viviendo en el hospital IESS Ibarra es apremiante y más en el Centro Quirúrgico que es el motor hospitalario que resuelve todas las patologías quirúrgicas del Norte del país.

Que la presente demanda de Acción de Protección no reúne los requisitos del Art.40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y se halla inmersa en el Art. 42 numeral 1; numeral 3; numeral 4; y numeral 5 del mismo cuerpo legal.

PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO.-

En ese mismo sentido el señor Delegado de la Procuraduría General del Estado, señala, principalmente que la entidad hoy accionada otorgo una beca a varios profesionales de la salud, entre ellas a la hoy accionante .La compensación por la beca, luego de adquirir los conocimientos en la formación académica, debía compensarlo a través de la prestación de servicios en las Unidades Médicas del IESS de acuerdo con la necesidad institucional y especialidad .La hoy accionante concedora de las responsabilidades suscribió un Contrato de Financiamiento Nro. AR2Q- 000982-2016, el 05 de enero de 2017, cuya Cláusula Décima señala: "(...) PERÍODO DE COMPENSACIÓN: El/la becario/a una vez concluido sus estudios de posgrado, deberá realizar su período de compensación en la o las Unidades Médicas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, al/ a las que le sea asignado (...)". Es decir, dicho contrato es ley para las partes. Existe la Resolución No. C.D. 525 de 26 de mayo de 2016, referente al "Reglamento para el otorgamiento y Compensación de becas de Estudios de Posgrado en Medicina y Ciencias Afines", Art. 31. Periodo de compensación de beca.; el artículo32.- El proceso de asignación de plazas será de acuerdo al puntaje académico obtenido por el posgradista durante su período de formación. Hay un distributivo de plazas donde deben compensar las becas para el año 2020, dentro de la institución. El ordenamiento jurídico también lo regula en la Ley Orgánica del Servicio Público el Art. 73.- Efectos de la formación y la capacitación., en concordancia con el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 196.- De los objetivos de la capacitación y formación. En el segundo año de su formación ya se quedó embarazada, y que no comunico a la entidad hoy accionada. Por lo que ahora señalar que hay vulneración a la hija de la hoy accionante, cuando la misma está siendo atendida por el padre y familiares abuelos de la niña no puede señalarse limitación a la atención, es más, en el artículo 69 numeral 1 y 83 numeral16 de la Constitución, que hacer referencia a la corresponsabilidad tanto a la madre como al padre. También hay que señalar lo señalado el artículo 83 numeral 7 de la Constitución dela República del Ecuador promover el bien común y anteponer el interés general a interés particular. En cumplimiento con el principio de legalidad señalado el artículo226 Constitución, por lo que la reasignación de puestos esta dado en normativa infra constitucional y que de acuerdo al contrato suscrito por la hoy accionante. No hay vulneración a derecho constitucional alguno e incurre en la improcedencia del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

2.3.- IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA IMPUGNADA:

El señor doctor Pablo Enrique Vintimilla Parra, Juez que integra la Unidad Judicial Multicompetente Civil con sede en el Ibarra, de Imbabura, notifica por escrito el día viernes 14 de mayo del 2021, a las 12h56, (constancia procesal segundo cuerpo del expediente físico de primera instancia a partir de la foja 125 a fojas 133) la sentencia escrita en la declara improcedente la presente Acción Constitucional de Protección, las razones:

"En la especie, la doctora Lorena Tatiana Peñafiel , libre, espontánea y voluntariamente, haciendo uso de su derecho a la autodeterminación, siendo acreedora a una beca que preveía una ayuda económica mensual por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la cual se encuentra normada en el

Convenio Interinstitucional y Reglamento antes referidos., el Reglamento para el Otorgamiento y Devengación de Becas de Postgrado en Medicina y Ciencias Afines, expedido por el Consejo Directivo del IESS, donde entre otras cosas, expresamente se reguló la obligación del postgradista de devengar la beca que se le concedió con recursos públicos. Los beneficiarios de las becas tienen la obligación de cumplir con el periodo de compensación de beca, dicha compensación se realiza a través de la prestación de servicios en las Unidades Médicas del IESS de acuerdo a la necesidad Institucional. El art 32 de la Resolución C.D No 525 señala que el proceso de asignación de plazas será de acuerdo al puntaje académico obtenido por el posgradista durante el período de formación tomando en cuenta las siguientes consideraciones: El área responsable de talento humano a nivel Nacional determinará las plazas para la compensación de las becas que los becarios tendrán a disposición para su elección que se darán en función de los **mayores puntajes académicos** (negrilla es mía). Con fecha 27 de Octubre 2020 el Director del Seguro General de Salud Individual y Familiar remite la matriz de distribución de plazas de compensación de becas para el año 2020 señalando las plazas disponibles siendo Hospital General de Riobamba, Machala, Ibarra etc... determinándose que la mencionada profesional se encontraba en el séptimo lugar. Con fecha 4 de Noviembre de 2020 la Subdirección Nacional de Gestión de Talento Humano realizó e sorteo de asignación de plazas a través de la plataforma virtual..., en dicho evento se contó con la presencia de la Dra. Lorena Tatiana Peñafiel Andrade quien selecciono el Hospital General del IESS Ibarra como plaza de devengación. Con fecha 16 de Noviembre de 2020 se suscribió el Contrato de Servicios Ocasionales por compensación de beca. Posteriormente la Dra. Lorena Peñafiel solicita que por la enfermedad que viene atravesando su hija menor solicite se le reasigne a la ciudad de Ambato a la Unidad del IESS en dicha ciudad. Dicha solicitud de conformidad con lo establecido en el art 425 de la Constitución de la República y lo establecido en el art 73 de la ley Orgánica de Servicio Público en virtud de que su formación el especialidad Anestesiología fue financiada con Recursos Estatales y tomando en cuenta que la asignación de plazas se efectúa considerando la necesidad del IESS y en total cumplimiento de la normativa legal vigente por lo tanto la Subdirección Nacional niega la solicitud presentada por improcedente. En la especie resulta claro que no existe una vulneración de derechos constitucionales la situación de la niña Danna Raffaella Viteri Peñafiel al ser objeto del cuidado especiales por su condición esta en este momento con su madre conforme a señalado la Doctora en la Audiencia además el Hospital ha sido flexible en su horario laboral por la situación de vulnerabilidad de la menor, también la Dra. Peñafiel firmo un Contrato con el IESS y este es ley para las partes debiendo devengar dicha beca que la profesional escogió dentro de las alternativas que se le dio (plazas), en ningún momento se le impuso siendo su especialidad necesaria en el Hospital del IESS de Ibarra, en tiempo de pandemia. Por lo antes expuesto, quedo demostrado que existe un compendio normativo que regula la beca a la que informada, libre y voluntaria aplicó la accionante; así como, que la concesión de estas becas busca mejorar el servicio público de salud que ofrece el IESS, por lo que prima el interés general sobre el particular (..)

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece normas previas, claras, que regulan y especifican la vía judicial y su procedimiento

*adecuado y eficaz para la tutela de derechos. Por tanto, la acción de protección no puede invadir las atribuciones que atañen al control de la legalidad, ni extiende para actos u omisiones que incumplen las disposiciones constitucionales, legales o contractuales de cualquier índole, pues para tales casos, el ordenamiento jurídico provee la acción pertinente ante la autoridad competente. Por tanto, se descarta que la acción de protección sea procedente en asuntos de estricta legalidad, ni mucho menos vía para conocer y resolver la aplicación o cumplimiento de las disposiciones contractuales, cualquiera que sea su naturaleza(..) , 3.9.- Una vez aclarado el ámbito de aplicación de las acciones constitucionales, se concluye que no es procedente entablar una acción de protección cuando se determine que no existe una violación de un Derecho Constitucional al establecerse que no se está afectando los derechos de la niña Danna Rafaela Viteri Peñafiel ya que esta se encuentra bajo cuidado de su madre Doctora y el IESS en ningún momento ha inobservado las necesidades especiales y cuidado que requiere la menor. Garantizados en el art 67 de la Constitución. **PARTE RESOLUTIVA:** Por las consideraciones expuestas, y por cuanto no se ha evidenciado ni comprobado vulneración alguna a los derechos constitucionales del accionante, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 88 de la Constitución de la República, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 39, 40 número 1 y 42 números 1 y 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, se **RECHAZA** la Acción de Protección planteada por la Dra. Lorena Tatiana Peñafiel Andrade en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS debidamente representado por su Director General Mgs. Carlos Luis Tamayo Delgado y el Procurador de la Institución Dr. Álvaro Mauricio Galarza Rodríguez y Doctora Holanda Katuska Zapata Jacuago Subdirectora Nacional de Talento Humano de IESS . **Por improcedente (..)**".*

TERCERO.- EL MARCO JURIDICO DEL DEBIDO PROCESO Y DEL RECURSO DE APELACIÓN.

1.- El artículo 76 de la Constitución ha previsto que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier índole, se debe asegurar el derecho al debido proceso; mandato que es correlativo con las garantías básicas previstas por la misma norma; una de ellas se relaciona con el derecho a recurrir de un fallo o de una resolución previsto por el artículo 76 letra m) de la Constitución. Afianzando la idea que el fundamento para la existencia de los medios de impugnación, devienen de una norma constitucional, que garantiza el derecho de defensa, y permite el control de las decisiones para evitar errores y posibles abusos. A su vez, la Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, en sentencia No. 095-14-SEPCC, dictada el 4 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP, ha señalado que: "La facultad de las partes procesales de recurrir ante un fallo representa un valor de suma importancia en el Estado constitucional de derechos y justicia, dado que permite a los ciudadanos contar con la posibilidad de obtener de tribunales de justicia superiores, sentencias y resoluciones que evalúen por segunda ocasión aquellos elementos resueltos en una judicatura de primera instancia, y a partir de aquello, confirmen o revoquen aquella decisión." En este contexto la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se vincula

inescindiblemente con el derecho constitucional a recurrir que para las garantías jurisdiccionales esa posibilidad se halla prevista en el artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador "(...) Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución ". También este derecho de recurrir, se halla regulado en el artículo 8.2.h), de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que dice. "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

2.- La ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 24 ha previsto que "Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito. La apelación será conocida por la Corte Provincial; si hubiere más de una sala, se radicará por sorteo. La interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia, cuando el apelante fuere la persona o entidad accionada.

Cuando hubiere más de una sala, la competencia se radicará por sorteo. La Corte Provincial avocará conocimiento y resolverá por el mérito del expediente en el término de ocho días. De considerarlo necesario, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a audiencia, que deberá realizarse dentro de los siguientes ocho días hábiles; en estos casos, el término se suspende y corre a partir de la audiencia"

El recurso de apelación, es un medio de impugnación ordinario, del cual pueden hacer uso los sujetos procesales en general, y en especial aquel que se siente perjudicado con la resolución del juez o tribunal de instancia, a efecto que sea revisada en su integridad por un juez o tribunal de "alzada", para determinar posibles yerros y entonces, según el caso, revocar, reformar o confirmar el fallo del inferior.

3.- El Art.75 de la Constitución de la República, nos habla sobre la tutela judicial efectiva cuando señala: *"Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedara en indefensión, El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley."*

La tutela judicial efectiva, es el derecho a acudir al órgano jurisdiccional del Estado a fin de que el mismo disponga una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada, al acceso debe corresponder una decisión sobre el fondo del asunto, que reúna los requisitos constitucionales y legales del caso, la tutela judicial se lo efectiviza mediante un proceso, que debe reunir condiciones mínimas, para que el proceso se justo y que la resolución que se dicte asegure su eficacia y ejecución, para que la decisión no quede en una mera declaración de buenas intenciones, es decir el derecho a la tutela judicial efectiva cumple con su esencia con el acceso gratuito a la jurisdicción, un proceso justo y equitativo, con el debido derecho a la defensa, sin dilaciones innecesarias, a una sentencia debidamente motivada con observación especial a la casuística del tema y las normas aplicables al mismo, y finalmente dicho derecho toma vida con la ejecución de la sentencia, ya que, sin la ejecución no se estaría garantizando la efectividad de la tutela judicial. En el caso la parte accionante está ejerciendo su derecho a la tutela judicial efectiva, a través de la presente acción de protección, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia Nro. 3-19-JP/20 y acumulados, es la vía adecuada para atender las pretensiones de las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, sin que esto impida que las personas puedan utilizar vías administrativas u otras vías

jurisdiccionales que consideren idóneas y eficaces.

CUARTO. -LA MOTIVACIÓN EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL:

El Art. 1 de la Constitución del Ecuador manifiesta: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”. Concordante a garantizar lo prescrito en este modelo de Estado, en los artículos 75 y 76 de la Constitución del Ecuador, para cumplir con el objetivo fundamental de garantizar al ciudadano usuario del sistema de justicia, una tutela judicial efectiva de sus derechos, se ha establecido contenidos mínimos, que el deben ser considerados como esenciales: 1) Acceso a la justicia; 2).- Defensa del procesado; 3).- El derecho a una resolución motivada; y, 4).- Que esas decisiones sean ejecutables.

Para garantizar el cumplimiento de los derechos que han sido vulnerados se han establecido las garantías constitucionales; en particular las jurisdiccionales, dentro de la cuales consta la Acción de Protección, que la encontramos establecida en el artículo 88 de la Constitución Política del Ecuador y al respecto manifiesta:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación; así en la sentencia No. 153-18-SEP-CC, Caso N.0 1672-12-EP, se anota: “El artículo 88 de la Constitución de la República determina que la acción de protección tiene como objetivo proteger los derechos reconocidos en la Constitución, cuando exista una vulneración de estos. Aquella norma constitucional, textualmente dispone:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación

La Corte Constitucional en varias de sus decisiones, ha sostenido que la acción de protección constituye la garantía más eficaz y adecuada en los casos en que de forma evidente se haya vulnerado derechos constitucionales, por parte de autoridades públicas o privadas. Es por ello, que el juez constitucional, una vez que haya sustanciado la acción, debe identificar y sustentar si el acto u omisión demandado vulnera derechos constitucionales o no. Por lo tanto, el análisis que debe realizar el juez constitucional que conoce acciones de protección, se basa en la verificación de la vulneración de derechos constitucionales, puesto que su finalidad es reparar el daño producido por aquella vulneración. En efecto, esta Corte ha establecido como regla jurisprudencial, lo siguiente:

Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección,

deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto.

Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido 5 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.0 001-16-PJO-CC dentro del caso No 0530-10-JP.

En tal sentido, se entiende que el juez luego de un exhaustivo análisis del caso concreto, debe determinar si se encuentra o no ante un derecho constitucional vulnerado, y si el proceso no recae en una vulneración de derechos, se podrá establecer que existen otras vías para solucionar las pretensiones de las partes...”.

QUINTO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE APELACIONES.-

5.1.- PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER.-

El acto administrativo de asignación de plazas de devengación/compensación de beca de la especialidad de anestesiología de la Universidad Central del Ecuador por parte de la doctora Lorena Tatiana Peñafiel Andrade, en el Hospital General de Ibarra del IESS, ubicado en el cantón Ibarra provincia de Imbabura luego la negativa de reasignación de plaza, ¿vulneran los derechos constitucionales de la igualdad material, derecho al cuidado, desarrollo integral y protección familiar de su hija menor de edad que es una persona con discapacidad?

5.2. NORMATIVA SELECCIONADA PARA RESOLVER EL CASO.-

Constitución de la República del Ecuador.

-Desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes.-

Art. 44. El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre

de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

-Derecho a la atención prioritaria.-

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

-Derecho al cuidado.

Art. 43. 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.

-Derecho de las personas con capacidades limitadas y las obligaciones de hacer del Estado.

Art. 47.5 “ El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social. Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos: 5. El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas”

-Derecho a la igualdad material.-

Art. 66.4 “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”.

-Convención sobre los derechos del Niño:

Artículo 3.1.2

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o

los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

-Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, en la que de identifica tres obligaciones que se imponen frente al derecho a la salud sexual y a la salud reproductiva de personas trabajadoras:

“ 58. El derecho a la salud sexual y a la salud reproductiva respecto de personas trabajadoras impone tres obligaciones específicas: respetar, proteger y cumplir. La obligación de respetar exige que el Estado como empleador se abstenga de injerir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva en el trabajo, o de promulgar leyes y políticas que obstaculicen su acceso. La obligación de proteger requiere que el Estado adopte medidas para evitar que terceros, entidades públicas o personas, limiten, restrinjan o anulen el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva en el contexto laboral. Por último, la

obligación de cumplir requiere que el Estado adopte medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud sexual y reproductiva. En este caso en concreto, como parte del Estado, la Corte Constitucional desarrolla mediante esta sentencia el alcance y el contenido de algunos de estos derechos. Estas obligaciones específicas no excluyen la adopción de otras medidas generales que fueren necesarias y no previstas en esta sentencia para hacer efectivos estos derechos”

-Reconocimiento al derecho al cuidado, en la sentencia de Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados,

3.2. El reconocimiento del derecho al cuidado

100. La Constitución reconoce el cuidado en varios de sus artículos. Cuando trata de adultos mayores, en su artículo 38 (8), establece que el Estado tomará medidas de “Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.” Cuando trata de mujeres embarazadas, en su artículo 43 (3), determina que el Estado garantizará “La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto”. Cuando trata de las niñas, niños y adolescentes, en su artículo 45, reconoce y garantiza “la vida, incluido el cuidado...” y,

reconoce en su artículo 46 (9), la “protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.” Cuando trata de personas privadas de libertad, en su artículo 51, reconoce el derecho a contar con medidas de protección a favor de niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores “que estén bajo su cuidado y dependencia.” Cuando trata de la familia, en su artículo 69, el Estado debe promover la maternidad y paternidad responsable y que la madre y el padre “estarán obligados al cuidado” de hijos e hijas. Cuando trata del derecho al trabajo, en su artículo 325, establece que el Estado debe garantizar toda modalidad de trabajo incluso “labores de autosustento y cuidado humano”; en el mismo sentido, en su artículo 332, “se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano que se realiza en los hogares”. Cuando trata de jóvenes, en su artículo 329, garantiza el derecho de ser sujetos activos en la producción, “así como en las labores de autosustento, cuidado familiar e iniciativas comunitarias.” Cuando trata de grupos de atención prioritaria, en su artículo 363 (5), determina que el Estado tiene la obligación de “brindar cuidado especializado.(..)”

-Desarrollo del contenido al derecho al cuidado:

124. Por el derecho a cuidar una persona cuenta con el tiempo necesario y suficiente para desarrollar vínculos con otra que necesita cuidado. El derecho a cuidar es una manifestación de respeto, consideración, y empatía a otra persona o ente vivo.

125. Por el derecho a ser cuidado, una persona requiere ser atendida en relación con una necesidad por carecer de autonomía, tener su autonomía disminuida o no contar con las condiciones para ejercer el autocuidado. Este derecho es evidente en casos de personas recién nacidas, adultos mayores, personas que tienen cierto tipo de discapacidad o personas con ciertas enfermedades. Esto no significa de modo

alguno que el cuidado es un derecho particular de esas personas.

-Sentencia Nro. 388- 16-SEP-CC. Caso Nro.2006-16EP, del 12 diciembre del 2016.

“ (..) Por lo tanto, un acto administrativo unilateral que tenga por objeto o resultado el afectar directa o indirectamente el domicilio habitual de una persona que cumple deberes fundamentales con su prole y más si se encuentra separada del otro progenitor o progenitora-, debe ser precedido de la consideración más cuidadosa, con el objetivo de obtener la decisión que salvaguarde de mejor manera el interés superior del niño”

“ (..) La falta de justificación de la medida en función de la salvaguarda del interés superior del niño, por sí sola, constituye una vulneración de los derechos constitucionales del hijo de la accionante. Es así que esta Corte no puede, de la lectura del acto puesto en conocimiento a la accionante, evidenciar por qué razones era necesario que ella y su hijo se trasladen fuera de su domicilio para cumplir con la devengación de la beca (..)”

-Ley Orgánica de Discapacidades, LOD.-

Una persona con discapacidad de conformidad con el la Ley Orgánica de Discapacidades, LOD, es aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria. Esta condición la califica como una persona que pertenece a los grupos de atención prioritaria conforme se afirma en el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador.

Este derecho al trabajo debe ser visto en un sentido amplio que exige considerar a los “ sustitutos”, conforme al artículo 48 de la Ley Orgánica de Discapacidades, LOD:

“ (..) Se considerarán como sustitutos a los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales. De existir otros casos de solidaridad humana, la autoridad nacional encargada de la inclusión económica y social validará al sustituto, de Conformidad al reglamento (..) “ .

5. 3. INFERENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.-

En el presente caso a partir de la prueba aportada y los hechos probados se advierte que:

- a. Son hechos no controvertidos: Que la doctora Lorena Tatiana Peñafiel Andrade, devenga en el Hospital del IESS- Ibarra, de la provincia de Imbabura, la beca concedida por el Estado para sus estudios de posgrado en la especialidad de Anestesiología en la Universidad Central del Ecuador durante el período comprendido entre los años 2016 y 2019, según lo establecido en el contrato de financiamiento suscrito el 05 de enero 2017. (documental a partir de fojas 57 del expediente físico de primera instancia)
- b. Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para el devengamiento de becas, aplica el Reglamento para el Otorgamiento y Devengación de Becas de Postgrado en Medicina y Ciencias Afines, expedido por el Consejo Directivo del IESS.
- c. Que los beneficiarios de las becas tienen la obligación de cumplir con el periodo

de compensación de beca, dicha compensación se realiza a través de la prestación de servicios en las Unidades Médicas del IESS de acuerdo a la necesidad Institucional.

- d. El Art 32 de la Resolución C.D No 525 señala que el proceso de asignación de plazas será de acuerdo al puntaje académico obtenido por el posgradista durante el período de formación tomando en cuenta las siguientes consideraciones: El área responsable de talento humano a nivel Nacional determinará las plazas para la compensación de las becas que los becarios tendrán a disposición para su elección que se darán en función de los **mayores puntajes académicos**
- e. Que el 27 de Octubre 2020 el Director del Seguro General de Salud Individual y Familiar remite la matriz de distribución de plazas de compensación de becas para el año 2020 señalando las plazas disponibles siendo Hospital General de Riobamba, Machala, Ibarra etc... determinándose que la mencionada profesional se encontraba en el séptimo lugar.
- f. Que el 4 de Noviembre de 2020 la Subdirección Nacional de Gestión de Talento Humano realiza el sorteo de asignación de plazas a través de la plataforma virtual con la presencia de la Dra. Lorena Tatiana Peñafiel Andrade quien selecciona el Hospital General del IESS Ibarra como plaza de devengación, **sin embargo la doctora el martes 3 de noviembre del 2020 notifica al departamento de Becas de la Subdirección Nacional de Gestión de Talento Humano IESS- Quito, que es madre de una niña de un año nueve meses quien en ese momento presenta displasia de caderas, pie equino-varo, retardo psicomotriz, como parte del tratamiento requiere terapia física y sensorial, controles médicos continuos, dejando claro su desacuerdo con cualquier cambio de su actual domicilio en la ciudad e Ambato.** (documento a fojas 4 del expediente físico de primera instancia) (énfasis del Tribunal)
- g. Que el 16 de Noviembre de 2020 se suscribió el Contrato de Servicios Ocasionales por compensación de beca con un periodo de compensación de seis años, pero aplicando la disposición general Séptima, inciso 2 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la Crisis Sanitaria derivada del COVID-19, **es 3 años** (a fojas 87 del expediente),
- h. Que la Dra. Lorena Peñafiel requiere en forma insistente por escrito se considere la enfermedad de su hija menor de edad su reasignación al Hospital de la ciudad de Ambato, provincia de Tungurahua, por ser ese su domicilio y el de sus progenitores(certificados médicos de la niña a fojas 9 a 12 del expediente físico constitucional de primera instancia)
- i. Que la reasignación de plaza para devengar la beca es negada por la Subdirectora Nacional de Gestión de Talento Humano, mediante oficio Nro. IESS-SDGTH-202-1561-0F, del 30 de noviembre de 2020 (fojas 13- 16)
- j. Que la niña Diana Raffaella Viteri Peñafiel en la actualidad de 2 años, presenta

discapacidad Psicosocial en un porcentaje del 65%, conforme al carné conferido por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador- Dirección Nacional de Discapacidad (fojas 29 expediente físico de segunda instancia) y que requiere tratamientos específicos a su condición.

k. Informaciones sumarias con las que se justifica el abandono de su cónyuge (a partir de la foja 31 a fojas 38)

5.4.- Conforme al problema jurídico planteado, el proceso de asignación de plazas según el Reglamento para el Otorgamiento y Devengación de Becas de Postgrado en Medicina y Ciencias Afines, expedido por el Consejo Directivo del IESS, no está en cuestionamiento; lo que se reflexiona a partir de la normativa constitucional, tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, son los derechos de la mujer en su etapa reproductiva, entre ellos el derecho al cuidado en el contexto laboral público y su íntima relación e interdependencia con los derechos de su pequeña niña en situación de discapacidad.

5.5.- El ente público del sector de salud al momento de asignar la plaza para devengar las becas a pesar que la doctora Peñafiel Andrade, el martes 3 de noviembre del 2020 notifica al departamento de Becas de la Subdirección Nacional de Gestión de Talento Humano IESS- Quito, que es madre de una niña de un año nueve meses quien en ese momento presenta displasia de caderas, pie equino-varo, retardo psicomotriz, como parte del tratamiento requiere terapia física y sensorial, controles médicos continuos, dejando claro su desacuerdo con cualquier cambio de su actual domicilio en la ciudad e Ambato, no aplica un enfoque de género para particularizar necesidades de las profesionales de salud que articulan su labor productiva con las tareas reproductivas, simplemente aplican un condicionante general a hombres y mujeres “el puesto por la nota obtenida”, este trato que no es diferenciado respecto a otros becarios que no se hallan en la misma situación y condición vulnera el principio a la IGUALDAD MATERIAL, reconocida y garantizada a las personas por la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 66. 4 “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”.

5.6.- La niña Diana Raffaella Viteri Peñafiel, sujeto de derechos, hija de la ciudadana accionante requiere ser protegida por el estado a partir de acciones positivas que están relacionadas en forma directa con las actividades laborales de su progenitora la doctora Lorena Tatiana Peñafiel Andrade, ciudadana que justifica que su domicilio lo tiene en la ciudad de Ambato provincia de Tungurahua, que en esta ciudad viven familiares directos que pueden apoyar en la tarea de cuidado de su hija, garantizar su protección y desarrollo integral, que exige atenciones médicas y atención especializada, situación que no es analizada, menos considerada por el ente público accionado a pesar que fue notificado oportunamente sobre la situación de la hija de la doctora becaria, luego, requerido para una reasignación la que es negada, esta posición vulnera los derechos relacionados a su hija, respecto al desarrollo y protección integral porque simplemente no considera el “ interés superior del niño” en la toma de decisiones, privilegia el “ interés institucional” sobre los derechos de personas que integran grupos de atención prioritaria como es el caso de la hija de la ciudadana accionante.

SEXTO.- RESOLUCIÓN.-

Con los antecedentes expuestos, este Tribunal Constitucional de la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, en base de los razonamientos realizados y en uso de sus atribuciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA CONSTITUCIONAL, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:**

1.- **ACEPTA**, el recurso de apelación interpuesto por la ciudadana doctora Lorena Tatiana Peñafiel Andrade.

2. Aceptar la acción de protección planteada, como consecuencia jurídica, declarar la existencia de vulneración de derechos constitucionales entre ellos: desarrollo integral y protección familiar de su hija, consagrados en los artículos 44,45 y 69.4 de la Constitución de la República del Ecuador. Derecho constitucional a la igualdad material

3. Como medidas de reparación integral se dispone:

3.1. Revocar la sentencia del viernes 14 de mayo del 2021, las 12h56, emitida por el señor Juez que integra la Unidad Judicial Multicompetete Civil con sede en el cantón Ibarra de la provincia de Imbabura

3.2 Dejar sin efecto el acto administrativo de asignación de plazas para el periodo de compensación de las becas del IESS finalización de estudios 02 de octubre de 2019, suscrito por la Subdirectora Nacional de Gestión de Talento Humano, de fecha 04 de noviembre de 2020, las 15h15, respecto a la doctora Lorena Tatiana Peñafiel Andrade por no considerar la situación de su hija.

3.3. Para el cumplimiento de la devengación de la beca de la doctora Lorena Peñafiel Andrade por el tiempo que le resta, se proceda administrativamente a la reasignación de plaza en la ciudad de Ambato provincia de Tungurahua en el plazo de 30 días.

3.4. Se extienda disculpas públicas a la doctora Lorena Peñafiel Andrade, a través de la página web oficial del IESS, por un tiempo de 30 días, remitiendo a esta Judicatura evidencia del cumplimiento de esta medida.

3.5. Se requiere que a los funcionarios que integran el departamento de Becas de la Subdirección nacional de Gestión de Talento Humano del IESS de Quito garanticen los derechos constitucionales de sus becarios e hijos que presenten situaciones particulares como el presente caso, a través del análisis con un enfoque de género y aplicación del interés superior del niño.

3.6. Se capacite a los funcionarios que integran la Dirección Nacional de Gestión de Talento Humano del IESS-Quito, en género y derechos de la niñez y la adolescencia, para concientizar sobre la obligación de su aplicación en las decisiones administrativas. Se remitirá a este Tribunal evidencia del cumplimiento de esta medida en el término de 90 días.

3.7. De conformidad a la disposición del Art. 25 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, una vez que se encuentre ejecutoriada la presente sentencia remítase a la Corte Constitucional, en el término de tres días una copia original para su conocimiento y eventual selección y revisión-

NOTIFÍQUESE. -

f).- CERVANTES RAMIREZ LUZ ANGELICA, JUEZ; JIMENEZ GUERRERO WILIAN JOSELITO, JUEZ;
FIGUEROA GUEVARA SOFIA, JUEZ.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

MORAN JIMENEZ GALO ALFONSO
SECRETARIO RELATOR