

VISTOS:

I.

INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA.

1.1- Hechos.-

La ciudadana KASSANDRA VERONICA TOMALA GONZÁLEZ, presenta una demanda de acción ordinaria de protección, por presunta vulneración de sus derechos fundamentales por el acto administrativo de terminación de funciones, presentada el día 22 de septiembre de 2020, sorteado que fue la garantía constitucional corresponde a este Juez su competencia, se ha calificado la acción ordinaria y se ha enviado a citar a los demandados la Dra. María Monserrat Creamer Guillen Ministra de Educación; Román Andrés López Merchán en calidad de Jefe Distrital de TALENTO Humano; a la Mg. Mayra Consuelo Falconi Coronel Directora Distrital 09D01, y al delegado de la Procuraduría General del Estado

1.2.- Antecedentes específicos y pretensión de la parte accionante.-

En dicha demanda la parte actora sostiene como principal fundamento fáctico de la misma que

“... Laboré durante 6 años y 5 meses, sin haber sido sancionada en la Escuela de Educación Básica Fiscal de la ciudad de Ibarra, a órdenes de la Dirección Distrital 09D01 de la Subsecretaría de Educación del Distrito de Guayaquil – Zona 8, salí embarazada en el mes de Enero del año 2020, contagiándome de Covid- 19 en el mes de marzo del 2020, encontrándome en el listado de vulnerabilidad por estar en estado de Gestación conforme consta en la respuesta del oficio N° MINEDUC-CZ8-09D01-2020-3334-0, con fecha Quito, 10 de Septiembre del 2020, emitido y firmado por la Mgs. JULIA LORENA ZEBALLOS ZHANG, en calidad de DIRECTORA DISTRITAL DE EDUCACIÓN 09D01-XIMENA 1, SUBROGANTE , en dicho oficio se constata en su parte pertinente que me encontraba reportada y registrada en la matriz de vulnerabilidad que se envía mensualmente a la Subsecretaría de Educación del Distrito Guayaquil, desde el mes de marzo 2020 hasta 30 de abril 2020, fecha en que fue desvinculada, cabe indicar que durante el presente período lectivo 2020-2021 los docentes del régimen costa en donde está incluida la suscrita nos reintegramos a las instituciones educativas el 26 de marzo del 2020 bajo la nueva modalidad por la pandemia del Covid- 19 de Teletrabajo desde nuestras respectivas casas pero a pesar de mi estado de gravidez y vulnerabilidad por mi embarazo y estar enferma del Covid-19, procedieron a notificarme la cesación de mis funciones en mi correo ktogo@hotmail.es y kassandra.tomala@educación.gob.ec, el memorando N° MINEDUC-DDE-09D01-2020-430-0, notificación realizada a mi correo electrónico institucional y personal por parte del señor ROMAN ANDRES LOPEZ MERCHAN en

calidad de Jefe Distrital de Talento Humano 09D01, con Memorando N° MINEDUC-DDE-09D01-2020-430-0 del 30 de Abril del 2020, firmado electrónicamente por la señora Mg. Mayra Consuelo Falconí Coronel en calidad de Directora Distrital 09D01 Ximena 1-Educación, por medio del cual se me comunica la culminación de la relación laboral, memorando textualmente lo siguiente: “ En cumplimiento al memorando N° MINEDUC-NDTH-2020-01901-M de fecha 27 de abril del 2020 firmado por el Mg. Lenín Andrés López Andrade- Director Nacional de Talento Humano en el que manifiesta: A aquellos docentes que no participaron o no son ganadores del proceso de Concurso de Méritos y Oposición QUIERO SER MAESTRO 6 – EDUCA EMPLEO, que actualmente tiene nombramiento provisional o contrato de servicios ocasionales y cuya partida va a ser ocupada por un ganador de concurso, se emitirán inmediatamente las notificaciones en las que se indique que su relación laboral se dará por finalizada el día 30 de abril del 2020... Por lo consiguiente, se le realiza la notificación de terminación de su nombramiento provisional...”.

Acompañado de la Acción de Personal N° 5008957-09D01-RRHH-AP, con fecha 15 de Abril del 2020, firmada electrónicamente por la señora Mg. Mayra Consuelo Falconí Coronel en calidad de Directora Distrital 09D01 y el señor ROMAN ANDRES LOPEZ MERCHAN en calidad de Jefe Distrital de Talento Humano 09D01, por medio de la cual se me cesa de mis funciones y se declara terminado el nombramiento provisional, al enterarme de que fui cesada de mis funciones laborales en calidad de docente y al recibir esta mala noticia fui afectada en mi estado de salud tanto físicamente como emocionalmente lo cual se comprometió mi embarazo originando la pérdida de mi bebé.

Señor Juez constitucional, he sido discriminada por mi condición de persona vulnerable y al trabajo, ya que con fecha 30 de abril del 2020, me notificaron con la culminación de relación laboral, cesándome de mis funciones y dando por terminado mi nombramiento provisional conforme consta en el Memorando N° MINEDUC-DDE-09D01-2020-0430-0 y Acción de Personal 5008957-09D01- RRHH-AP, con lo antes expuesto ante todo soy una mujer con derechos tanto en mi vida profesional como docente educadora que he sido y además mi derecho a ser madre y poder engendrar los hijos que mi naturaleza humana me permita, amparándome los derechos humanos y los derechos que la Constitución de la República del Ecuador ampara y protege por sobre manera a la mujer que se encuentra en condición de vulnerabilidad por su estado de embarazo y más aún en mis condiciones de vulnerabilidad que me encontraba embarazada y había sido contagiada de virus Covid-19 y al recibir esta mala noticia posteriormente perdí a mi hijo que llevaba en mi vientre, afectando mi derecho a ser madre y a trabajar para poderle brindar los cuidados y atención que anhelaba darle a mi hijo que llevaba en mi ser y nada podrá reparar la pérdida de mi hijo que siendo una mujer vulnerable fue discriminada y afectada directamente por el Ministerio de Educación

que actuó y procedió de manera violatoria al cesarme de mis funciones y despedirme de mi cargo de docente a pesar de estar embarazada y ser parte del grupo de vulnerabilidad, siendo estos actos atentatorios y violatorios a los derechos que ampara la constitución del Ecuador, por lo que he sido discriminada en mi condición de mujer embarazada al despedirme bajo mi condición vulnerable, es claro y evidente que ninguna mujer puede ser discriminada por estar embarazada y más aun a ser despedida de su trabajo por la condición de vulnerabilidad que se encuentra, que más bien los derechos humanos, los tratados y convenios internacionales amparan y protegen sin distinción alguna a toda mujer sin importar su condición debido a que el simple hecho de ser una mujer embarazada tienen todos los derechos que la amparan y protegen por ser vulnerable y jamás por normas infra constitucionales o disposición de autoridad contraria a los derechos y garantías que la amparan no podrá afectar y vulnerar la protección y las garantías que la amparan por su condición de vulnerabilidad debe ser contrarrestado, por lo cual todo acto que afecte, violente, atente y vulnere de manera discriminatoria la condición de vulnerabilidad debe ser contrarrestado bajo las garantías jurisdiccionales de control constitucional, por lo cual recorro a la justicia constitucional para que esta violación constitucional a mi derecho de persona vulnerable y del derecho al trabajo sea reparada aunque la afectación y pérdida de mi hijo para mi como mujer y futura madre que esperaba ser es irreparable su pérdida.

Por lo que solicita:

- a.- Que se declare la vulneración de mis derechos, a la igualdad y no discriminación por condición persona vulnerable
- b.- Que se declare la vulneración de mi derecho al trabajo
- c.- Que se declare la vulneración del derecho a la seguridad jurídica

1.3.- Antecedentes específicos y pretensión de la demandada.-

Loa accionados comparecen con su defensa técnica en representación de la Dra. María Monserrat Creamer Guillen Ministra de Educación; Román Andrés López Merchán en calidad de Jefe Distrital de Talento Humano; a la Mg. Mayra Consuelo Falconi Coronel Directora Distrital 09D01, y la Abogada de la Procuraduría General del Estado, en la contestación efectuada sobre los fundamentos de la acción, las entidades accionadas, han Ratificado las intervenciones por parte del Representante Legal en Ministerio de Educación y Procuraduría General del Estado.

1.4.- Audiencia Pública.-

Conforme lo dispuesto en la calificación de la demanda, en el día y hora señalados tuvo lugar la correspondiente audiencia pública, luego se ha suspendido para practica probatoria luego se ha reinstalado la misma, en la cual se escucharon las intervenciones tanto de la parte actora, como de las entidades demandadas, así como la prueba presentada por la parte accionante y accionada, dictándose la decisión correspondiente, y con la cual quedaron notificadas las partes en dicho acto, razón por la cual y teniendo en cuenta lo que establece el art. 76 numeral 7, literal “L” de la Constitución de la República del Ecuador; art.4 numeral 9, y 15 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se considera:

II. COMPETENCIA.

Conforme el sorteo efectuado, y, lo dispuesto en el Art. 86 numeral 2 de la Constitución de la República; art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; arts. 239 y 240 del Código Orgánico de la Función Judicial, Ab. Juan Carlos Paz Mena, por el sorteo de ley, en mi calidad de Juez Constitucional, conforme a la Resolución N° 155-2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura y Acción de Personal Nro. 8243-DNTH-2015-SBS; normas constitutivas mediante la cual se indica que ésta Judicatura es competente, para conocer, sustanciar y resolver la presente garantía jurisdiccional. Puesto en mi despacho por parte de la actuaria de la Unidad Judicial el 26 de octubre de 2020, se resuelve en esta fecha en razón además del permiso de tres días concedido por el Consejo de la Judicatura.

III. VALIDEZ PROCESAL.

La validez procesal consiste en la identificación y seguimiento secuencial – sistemático de un conjunto de normas de conducta y constitutivas, que se adscriben como pertenecientes a un determinado tipo de procedimiento de actuación, cuya prosecución en términos, plazos, etapas, aseguramiento y tutela de derechos y garantías, posibilitan la existencia de un debido proceso y seguridad jurídica, materializando como consecuencia el ejercicio práctico de la justicia formal.

En el presente caso, conforme la descripción de los antecedentes y objeto de la causa, se observa que se han seguido y cumplido con los elementos que caracterizan y garantizan la existencia de validez procesal respecto del procedimiento establecido en la Constitución de la República, como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, razón por la cual ésta Judicatura declara la validez procesal de la causa.

IV.

AUDIENCIA CONSTITUCIONAL:

PARTE ACCIONANTE:

La señora KASSANDRA VERONICA TOMALA GONZALEZ profesora cesada abusivamente y violada sus derechos constitucionales por el Ministerio de educación representada Dra. MARIA MONSERRAT CREAMER GUILLEN ; Señor ROMAN ANDRES LOPEZ MERCHAN en calidad de Jefe Distrital de TALENTO Humano; Sra. Mg. MAYRA CONSUELO FALCONI CORONEL Directora Distrital 09D01 siendo vulnerados sus derechos a la seguridad Jurídica el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral, por el embarazo y no discriminación ,señor juez debo indicar que mi representada ingreso en Noviembre del 2013 con Contrato ocasional al Ministerio de Educación, posterior a ello bajo la Acción de personal N 3712202-09-0D01- de fecha Agosto del 2016 firmada por Susana María Vera Jefa Distrital en calidad de Jefa Distrital de TALENTO Humano , y Mirna Geoconda Cepeda en Calidad Directora Distrital de Educación por medio del cual se le otorgo el nombre provisional como Docente Categoría G. Mi representada laboro durante 6 años y 5 meses, sin haber sido sancionada en la Escuela de Básica Fiscal Ciudad de Ibarra, a órdenes de la Dirección Distrital 09DO1 de la Subsecretaria de educación del Distrito de Guayaquil Zona 8, salió embarazada en el mes de enero del año 2020, contagiándose del Covid19 en el mes de marzo del 2020, encontrándose en el listado de vulnerabilidad por estar en estado de gestación conforme consta en la respuesta del oficio No. MINEDUC —CZ8-09DO1-2020-3334- O, con fecha Quito, 10 de septiembre de 2020, debo agregar que también esta presentado el certificado de embarazo , este oficio es emitido y firmado por la Mgs. JULIA LORENA ZEBALLOS CHANG, en calidad de DIRECTORA DISTRITAL DE EDUCACION 09DO1- XIMENA 1, SUBROGANTE, en dicho oficio se constata en su parte pertinente que me encontraba reportada y registrada en la matriz de vulnerabilidad que se envia mensualmente a la Subsecretaria de Educación del Distrito Guayaquil, desde el mes de marzo 2020 hasta el 30 de abril de 2020, fecha en que fue desvinculada, cabe indicar que durante el presente periodo lectivo 2020 — 2021 los docentes del régimen costa en donde está incluida la suscrita nos reintegramos a las instituciones educativas el 26 de Marzo del 2020 bajo la nueva modalidad por la pandemia del Covid 19 de Teletrabajo desde nuestras respectivas casas pero a pesar de mi estado de e gravidez y vulnerabilidad por mi embarazo y estar enferma de Covid-19, procedieron a notificarme la cesación de mis funciones en mi correo: kto@hotmail.es y kassandra.tomala@educacion.gob. Ec el Memorando No.

MINEDUC-DDE- O9DO1-2020-430-0, notificación realizada a mi correo electrónico institucional y personal por parte del señor ROMAN ANDRES LOPEZ MERCHAN en calidad de Jefe Distrital de Talento Humano O9DO1, con Memorando No. MINEDUC-DDE- 09D01-2020-430-O del 30 de Abril del 2020, firmado electrónicamente por la señora Mg. Mayra Consuelo Falconi Coronel en calidad de Directora Distrital O9DO1 Ximena 1 — Educación, por medio del cual se me comunica la culminación de la relación laboral, indicándome además en su parte pertinente, del indicado memorando textualmente lo siguiente: “En cumplimiento al memorando Nro.- MINEDUC-NDTH-2020-01901-M de fecha 27 de abril del 2020 firmado por el Mg. Lenin Andrés López Andrade - Director Nacional de Talento Humano en el manifiesta: A aquellos docentes que no participaron o no son ganadores del proceso de Concurso de Méritos y Oposición QUIERO SER MAESTRO 6 — QSM6, y que no accedieron a una vacante a través de la plataforma

EDUCA EMPLEO, que actualmente

tiene nombramiento provisional o contrato de servicios ocasionales, y cuya partida va a ser ocupada por un ganador de concurso, se emitirán inmediatamente las notificaciones en las que

se indique que su relación laboral se dará por finalizada el día 30 de Abril del 2020...

Por lo consiguiente, se le realiza la notificación de terminación

de su nombramiento provisional...”. Acompañado de la Acción de Personal No. 500895 7- 09DO1-RRHH-AP, con fecha 15 de Abril del

2020, firmada electrónicamente por la señora Mg. Mayra Consuelo Falconi Coronei

en calidad de Directora Distrital de Educación O9DO1 y el señor ROMAN ANDRES LOPEZ MERCHAN en calidad de

Jefe Distrital de Talento Humano O9DO1, por medio de la cual se me cesa de mis funciones y se declara terminado el nombramiento provisional, señor Juez todos esos

Memorandum son las pruebas que he presentado a mi representada la señora Kassandra Tomalá al momento de recibir esta mala noticia le afecto en su estado de salud tanto física como emocional lo cual comprometió su embarazo originando la pérdida de su bebe por esta vulneración por esta discriminación señor Juez , cabe indicar señor Juez, que en relaciona la vulneración de los derechos de mi representada conforme hago relación de acuerdo a la Constitución medida el bienestar de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo,

en estado de lactancia, por lo cual son ubicadas dentro de los grupos

de atención prioritaria y se establecen como principales componentes del derecho al trabajo a ser protegidos durante el embarazo, la lactancia, la continuidad en el trabajo y el acceso, todo esto con el objeto de evitar tratos que pongan a dichas mujeres que trabaj

an en desventajas frente al resto de la sociedad, es decir, con el fin de garantizar la igualdad material.

Siguiendo la perspectiva

del derecho a la igualdad material, la Corte Constitucional del Ecuador, señaló en su sentencia No.- 002-13-SEP- CC, que “El concepto de igualdad no significara una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino mas bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferentes entre otras situaciones. ”

La

protección constitucional a la igualdad de las mujeres en periodo de embarazo se consolida a través del compromiso estatal de asegurar que estas reciban atención prioritaria y especializada en los ámbitos pñblicos y privados, y a través de derechos específicos, tales como: a) No ser discriminadas por su periodo de embarazo, en los ámbitos educativos, social y laboral; y, b) La protección

prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo.

Las sentencias de la Corte Constitucional Nos. 309-16-SEP-CC, caso No.1927-11-EP y 072-17-SEP-CC, caso No.1587-15-EP, determino de manera respectiva:

“ 5. Declarar la constitucionalidad condicionada del Art.58 de la LOSEP con el objeto de tutelar los derechos de este grupo de atención prioritaria, la Corte Constitucional emite esta sentencia aditiva, disponiendo que se incorpore a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia

dentro de las salvedades dispuestas en el iltimo inciso del Artículo 58 de la Ley Orgânica de Sewicio Publico

“ 4.- En ejercicio de la atribución establecida en el Art. 436, numeral 3 de la Constitución de la Republica, declarar la constitucionalidad condicionada del Art.60 de la Ley Orgánica de Servicio Público. Con el objeto de tutelar los derechos de este grupo de atencion prioritaria, la Corte Constitucional emite esta sentencia aditiva al amparo de lo previsto por el Art. 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, disponiendo que se incorpore a las mujeres embarazadas, aquellas que se encuentran gozando de su licencia de maternidad.

", todo esto en concordancia

SUBROGANTE, en dicho oficio se constata en su parte pertinente que me encontraba reportada y registrada en la matriz de vulnerabilidad que se envia mensualmente a la Subsecretaria de Educación del Distrito Guayaquil, desde el mes de marzo 2020 hasta el 30 de abril de 2020, fecha en que fue desvinculada, Acción de Personal No.37 12202-O9ODO1-RRHH-AP 21 de marzo del 2018 firmado por Susana Maria Vera

Santisteban en calidad de Jefe Distrital de Talento Humano

09DO1 y Mirna Geoconda Delgado Cepeda

en Calidad de Directora

Distrital de Educación O9DO1 Ximena 1 — Educación y Jefe de Talento Humano por medio del cual se me otorgo el Nombramiento Provisional como Docente categoría G hasta que concluya el Concurso de Méritos y Oposición.4.- Documento debidamente notariado de la Acción de Personal No. 5008957-O9DO1-RRHHAP, del 15 de abril del 2020 y que rige a partir del 30 de abril del 2020, firmada electrónicamente por la señora Mg. Mayra Consuelo Falconi Coronel en calidad de Directora Distrital de Educación O9DO1 y el señor ROMAN ANDRES LOPEZ MERCHAN en calidad de Jefe Distrital de Talento Humano O9DO1, por medio de la cual se me cesa de mis funciones y declara terminado mi nombramiento provisional.

PARTE ACCIONADA: abogada Laura Aguas en representación de los señores Ministerio de Educación Dra. MARIA MONSERRAT CREAMER GUILLEN ; Señor ROMAN ANDRES LOPEZ MERCHAN en calidad de Jefe Distrital de TALENTO Humano ; Sra. Mg. MAYRA CONSUELO FALCONI CORONEL Directora Distrital O9DO1, en vista de que anunciado la presunta violación a sus derechos constitucionales, indicando que existen dentro del mismo proceso administrativo y que la parte accionante menciona en su libelo de la demandada las dos acciones de personal conferidas a nombre de la señora KASSANDRA VERONICA TOMALA GONZALEZ que explícitamente indica en tal acción de personal signada con el N 371 2202-090do1-RRHH-AP 21 DE MARZO DEL 2018 indica expedir la acción de personal a la docente KASSANDRA VERONICA TOMALA GONZALEZ categoría G en Distrito de Educación O9DO1 Ximena 1 hago énfasis en esta frase “Hasta que concluya el concurso de mérito y oposición dicho concurso que se dio a inicios de acuerdo al Ministerio de educación MINEDUC-MINEDUC 2017 -00065 A DEL 20N DE Julio del 2017 mediante este concurso de mérito y oposición de Quiero ser maestro 6 se dio inicio para recopilar a los docentes que tengan todo el perfil para que pueda ocupar un nombramiento definitivo dentro del Ministerio de Educación mientras tanto estos eran utilizados por los nombramientos provisionales , este nombramiento provisional no constituye una estabilidad laboral de tal forma que la misma norma suprema en el Art 424 como supremacía de la norma y Art 228 de la Constitución indica el ingreso al servicio público , el ascenso y promoción a la carrera administrativa se realizara mediante concurso de mérito y oposición en la forma que determine la ley con excepción a los servidores públicos de elección popular. Señor Juez como norma suprema se ha escogido para determinar señor Juez que un nombramiento o una persona que ingrese al magisterio con un nombramiento definitivo, debe obligatoriamente cumplir con este requisito, debe haber participado en quiero ser maestro 6 de la misma manera el Art 424 indica que como servidores públicos tanto el Ministerio de educación y la sub secretaria de educación han ejecutado las disposiciones como la ley lo manda de acuerdo al Art. 226 de la Constitución, además a esto la misma Losep en el Art 17 literal b indica que los nombramientos provisionales no se da una estabilidad , lo mismo indica el Art 18 Literal C de la misma Losep que

indica no generaran derechos al servidor el art 18 reglamento ibídem señala de la Losep en su literal c señala un puesto cuya partida estuviere vacante para obtener al ganador del concurso de mérito y oposición , de tal manera señor Juez Que en el mismo texto del Art 105 establece el caso de los nombramientos provisionales en Su Art 107 de la Losep cesaran de sus funciones una vez que concluya el periodo de temporalidad para los cuales fueron nombrados , una vez que se ejecuta quiero ser maestro seis al que accedieron más de doscientos mil docentes se dan ya los ganadores del concurso y obligatoriamente tenemos que principalizar a estos ganadores de concurso es más señor juez tuvimos una serie de demandas constitucionales de los ganadores de concursos que no eran principalizados a raíz de que se encontraban siendo sus partidas ocupadas por los nombramientos provisionales . Señor Juez debo indicar que en ningún momento la Subsecretaria de Educación tubo un documento en que la accionante indique específicamente la calidad de embarazo que ella alega no hubo un diagnostico concluyente , no hubo certificado de un ginecólogo que certifique tal embarazo , mucho menos documento en el que diga fecha con el que se dé un diagnostico concluyente de esta lamentable perdida señor Juez , además como Ministerio de Educación se ha respetado los derechos constitucionales de todos sus servidores públicos , tanto es así señor Juez que pongo a su vista el certificado que emite el departamento de desarrollo profesional educativo de la Subsecretaria de educación donde indica textualmente que la ciudadana KASSANDRA VERONICA TOMALA GONZALEZ no consta en los datos de participantes del concurso de mérito y oposición de quiero ser maestro 6 remitida por la subsecretaria de desarrollo profesional educativo, señor Juez hago la entrega documento que está suscrito por el señor Erick Javier Andrade Matamoros como Director Zonal de desarrollo profesional , como indico señor Juez y como garantita de los derechos de los servidores públicos que se encuentran en la rama educativa Ministerio de Educación a través de la Subsecretaria a respetado los derechos de sus servidores públicos y una vez que se ha finalizado el concurso de mérito y oposición se debe de obligatoriamente principalizar y entregar los nombramientos provisionales lamentablemente existieron muchos nombramientos provisionales que tuvieron que ser finiquitados para poder cumplir con el mandato Constitucional , como es el ART 228 DE LA Constitución ,además señor Juez debo citar lo que indica el Art 42 de la Ley Orgánica de garantías Constitucional en su Art 1 donde indica cuando los hechos no se desprenden de que ha existido una violación de derechos Constitucionales en su número 3 cuando en la demandad se impugne la Inconstitucionalidad de acto u omisión en su número 5 cuando sea vulneración de un derecho por lo tanto señor Juez no se configura una causa para iniciar esta Acción de Protección es más si la señora se sentía aludida en su derecho debió haber seguido una acción administrativa ante el organismo pertinente Por lo que solicito se declare sin lugar la presente Acción de protección propuesta por la señora Kassandra Tomalá

PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO: Se le concede la palabra a la Abogada de la Procuraduría quien manifiesta lo siguiente: Es improcedente porque se trata de asuntos de mera legalidad , la accionante sabía perfectamente bien que ella obtenía un nombramiento provisional en la cual significa al firmar ella su nombramiento que esa partida iba hacer ocupada hasta el momento de llamar a un concurso tenía pleno conocimiento de lo que firmo y al haber el concurso de maestro 6 ella tenía conocimiento que hasta ese momento es más ella podía haber entrado a participar en el concurso , para ella también poder ser ganadora puesto que ella adquirió la experiencia y conocimiento dentro de la Institución durante el tiempo que se llamó a concurso en otras palabras la entidad demandada en ningún momento ha violentado el debido proceso , la seguridad jurídica y menos quiso discriminar a la accionante que por consiguiente, ya que habla de la vulneración de derechos del trabajo, la vulneración a la vida, señor Juez la Acción de Protección es improcedente de acuerdo al Art 42 Num 1,4 de la Ley Orgánica de Garantías Y Control Constitucional

REPLICA DE LA PARTE ACCIONANTE:

Partiendo de la supremacía Constitucional en su Art 434 de la Constitución que reza claramente que es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra de orden jurídico , las normas y los actos del poder públicos deberán establecer de conformidad a las disposiciones Constitucionales en caso contrario carecerán de eficacia jurídica , conforme a lo que ha manifestado la procuraduría y la parte accionada ellos tratan de desvirtuar y hacer ver que es de carácter de mera legalidad , aquí no estamos hablando de mera legalidad aquí estamos hablando de una vulneración de un derecho a una mujer embarazada tratan de desvirtuar y a decir que ella jamás ha comunicado que estaba embarazada, lo he probado con el oficio MINEDUC-CZ8-09DO01-2020-3334-O que claramente la Directora Distrital de Educación Mg. Julia Zevallos Chang en Calidad de Directora Distrital de Educación 09DO1-Ximena 1 y de acuerdo ha este oficio que la documentación presentada por la señora Kassandra Verónica Tómalá Gonzalez , esta dirección Distrital procedió a reportarla en la matriz de vulnerabilidad que se envía mensualmente a la subsecretaria de Educación del Distrito Guayaquil desde el mes de marzo del 2020 hasta el 30 de abril que fue desvinculada en que fue cesada de sus funciones por supuesto procedimiento legalista que ellos habla pero jamás contemplaron que ella se encontraba en estado de vulnerabilidad , presento el certificado médico.

PREGUNTAS QUE ESTE JUZGADOR REALIZA

1.- Señora KASSANDRA TOMALA UD. PARTICIPO EN EL CONCURSO QUIERO SER MAESTRO? Si , No pude ingresar al quiero ser maestro 6 por que el mismo Ministerio no lo permitía porque yo estoy en otro concurso, no me permitía porque ya estaba en otro concurso y por eso no podía participar, el Ministerio ha hecho varios

concursos 1,2,3,4,5,6,si yo concurso en uno ya no puedo participar en otro ya que el mismo Ministerio no lo permitía

2.- Señora KASSANDRA TOMALA UD EN QUE MES PERDIO A SU HIJO? A finales de abril.

3.- Que médico le atendió? La Doctora Cecilia Amores de la Clínica Alcívar

4.- CUANTOS MESES DE EMBARAZO ESTARIA HASTA EL MOMENTO DE LA PERDIDA? 4 meses

PREGUNTAS PARA EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN:

1.- Tuvieron o no conocimiento como Ministerio del embarazo de la señora KASSANDRA TOMALA? Conforme lo indica el departamento de talento humano lo que se tuvo conocimiento es el documento que se encuentra en autos que es un documento de Aprovechamiento del 25 de enero del 2020

2.- Tuvieron Conocimiento la respuesta es si o no? En este documento no indica que exista un embarazo

3.- Porque estaba la señora accionante en la matriz de vulnerabilidad? Tendríamos que solicitar a Talento Humano

4.- Conocen la protección reforzada que tienen las mujeres embarazadas emitida por la Corte Constitucional? si señor Juez lo que indica la Corte Constitucional y la Constitución

5.- Lo aplican? Así es

6.- Explique en este caso cuando uds. Convocan a concurso quiero ser maestro por que quienes participan en un concurso no pueden participar en otro? En el momento que se apertura la plataforma puede ingresar todos los ciudadanos pero quienes ya tienen elegibilidad es porque ya han participado en otro concurso de mérito y Oposición el mismo que a la final concluyo o no fueron ganadores o está en proceso

7.- Cual es la prohibición? Que se encuentran elegibles en otros procesos y en este ya no pueden ingresar en todo caso es el departamento técnico quien le debería de dar ya que yo no me puedo referir a la parte técnica

8.- En la parte legal hay algún pronunciamiento de esta prohibición? Específicamente conozco de quienes son elegibles no pueden entrar a otra convocatoria por que ya tienen la potestad de elegibilidad

9.- Desde cuándo comenzó el concurso quiero ser maestro 6 en el cual se llena la vacante señora Kassandra Tomalá? Se emite acuerdo Ministerial MINEDUC-2017 del

20 de julio del 2017 a raíz de este acuerdo Ministerial ya que este contempla la matriz, ya que existe un cronograma hasta saber quién ganó el concurso

PRUEBAS ANUNCIADAS Y PRACTICADAS.

En la audiencia pública llevada a cabo en la presente causa conforme lo dispuesto en el art. 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se anunció y practicó como pruebas, lo siguiente:

- Prueba practicada por la parte actora:

4.1.- Documental. se practicó la prueba documental de la parte actora anexa al proceso con la presentación de la demanda esto :

4.1.1.— Nombramiento Provisional Docente categoría G hasta que concluya el concurso de merecimientos y oposición la Acción de Personal Neo. 3712202-090D01-RRHH-AP del 21 de marzo de 2018 firmado por Susana María Vera Santisteban en calidad de Jefa Distrital de Talento Humano 09D01 y Mirna Geoconda Delgado Cepeda en calidad de Directora Distrital de Educación 09D01 Ximena 1 – Educación y Jefe de Talento Humano

4.1. 2.- Cesación de funciones, Documento debidamente notariado de la Acción de Personal Nro. 5008957-09D=¡-RRHH-AP del 15 de abril de 2020 y que rige a partir del 30 de abril del 2020 , firmada electrónicamente por la Ing. Mayra Consuelo Falconi Coronel en calidad de Directora Distrital de Educación09 D01 y por el Ing Román Andrés López Merchán como Jefe Distrital de Talento Humano.

4.1.3.- Notificación por correo electrónico de terminación del nombramiento provisional firmado por la Ing. Mayra Consuelo Falconi Coronel en calidad de Directora Distrital de Educación09 D01 y por el Ing Román Andrés López Merchán Jefe Distrital de Talento Humano con fecha 30 de abril de 2020.

4.1.4.- Certificación Laboral del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de fecha 11 de septiembre de 2020 en donde se registra la afiliación y el último aporte de seguridad donde consta como cesante.

4.1.5.- Copia notariada de Oficio Nro. MINEDUC- CZ8-09D01-2020-3334-O en donde consta que la accionante se encuentra registrada en la matriz de vulnerabilidad.

4.1.6.- Copia notariada de aviso de salida del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

4.1.7.- Certificado Médico otorgado por Cecilia Amores Gutiérrez en donde se indica el estado de embarazo de la accionante Kassandra Verónica Tomala González en donde también se indica la situación de perdida de vida del producto del saco gestacional.

4.2.- Documental.-

- Prueba practicada por la parte entidad accionada

4.2.1.- Memorando Nro. MINEDUC-CZ8-DZDPE-2020-0075-,MEMO del 28 de septiembre de 2020 donde se detalla que la accionante se encuentra en base de datos de participantes de concurso de merecimientos y oposición QSM6, esto es esta en el banco de elegibles para el proceso de Recuperación de Elegibilidad del QSM del 1 al 5.

4.2.2.- Memorando Nro. MINEDUC-CZ8-DZDPE-2020-0081-,MEMO del 12 de octubre de 2020 en donde consta las fechas del concurso Quieo ser Maestro, las razones por las que la accionante NO pudo participar en el concurso, así como el cronograma de fechas del concurso.

PROBLEMAS JURIDICOS:

¿La Notificación a la accionante de la terminación de sus funciones constituye una violación a su derecho constitucional al trabajo siendo una mujer en situación de embarazo?

¿Si al conocer o no, el estado de embarazo la parte accionada violento al notificar la culminación de la relación laboral violento la seguridad jurídica de la accionante?

SOBRE LA ACCION DE PROTECCIÓN:

La acción de protección es una garantía jurisdiccional la cual tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos que poseen el carácter de fundamentales según nuestro ordenamiento jurídico, no puede converger con vías judiciales diversas, por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley. En éste sentido, no se da la concurrencia entre éste y la acción de protección porque siempre prevalece -con la excepción dicha la acción ordinaria. La acción de protección y las demás garantías jurisdiccionales destinadas a la tutela de derechos fundamentales no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto.

Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de medio de protección, precisamente incorporado a la misma con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos fundamentales;

Sin embargo de lo expuesto, es importante señalar que la Corte Constitucional en su jurisprudencia más reciente, ha considerado que el centro de análisis de la acción de protección no es la naturaleza jurídica del acto u omisión impugnado, sino si este afecta

o no derechos constitucionales, “...al considerar que la naturaleza jurídica del acto no determina la competencia de los jueces al conocer una acción de protección, sino que el fundamento de la demanda sea la existencia de una vulneración de derechos constitucionales” Corte Constitucional del Ecuador sentencia No. 307-10-EP/19

En éste sentido, cabe realizar varias consideraciones sobre la alegación respecto de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados: señalados durante esta argumentación

Desde el derecho comparado: En el caso de análisis debemos señalar que la Corte Constitucional de Colombia en una causa ha señalado en su apartado “...3.1.2. La estabilidad ocupacional reforzada es la concreción de diferentes mandatos contenidos en la Carta, para proteger a aquellas personas susceptibles de ser discriminadas en el ámbito laboral y que se concreta en gozar de la posibilidad de permanecer en su empleo, a menos que exista una justificación no relacionada con su condición. Tal figura tiene por titulares, entre otras, a personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud.[66] El sustento normativo de esta protección especial se encuentra en los principios de Estado Social de Derecho,[67] igualdad material[68] y solidaridad social, consagrados en la Constitución Política. Estos mandatos de optimización resaltan la obligación constitucional del Estado de adoptar medidas de protección y garantía en favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta..”¹

LA NO DISCRIMINACIÓN y La protección a la mujeres embarazadas en tratados e instrumentos internacionales: Es claro que el estado debe proteger y reforzarse la misma a las mujeres embarazadas y en situación de lactancia, pues la misma es reconocida por diversos instrumentos internacionales, tales como: (i) la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos establece que la maternidad y la lactancia tienen derecho a cuidados y asistencia especial (artículo 25.2); (ii) el Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que los Estados parte tienen el deber de garantizar la protección efectiva contra cualquier clase de discriminación por motivos de sexo (artículos 4 y 26); (iii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales señala que se debe conceder especial protección a las madres antes y después del parto, otorgarles licencia remunerada y otras prestaciones, si trabajan (artículo 10); (iv) la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer determina que los Estados tienen la obligación de evitar el despido por motivo de embarazo, además de prestar protección especial a la mujer gestante (artículo 11.2 Lit. a); (v) el Convenio 183 de la OIT atribuye a los Estados el

¹ Sentencia T-284-2019 Corte Constitucional de Colombia

deber de lograr la igualdad real de la mujer trabajadora, “*atendiendo su estado de discriminación, por el hecho de la maternidad*” (artículo 8 y siguientes); (vi) el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el derecho a la seguridad social de las mujeres en estado de embarazo, cubre la licencia remunerada antes y después del parto (artículo 9.2); y, (vii) el Convenio número tres de la OIT, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto.

Es claro que la mujer recepciona a nivel internacional para si también una fuerte carga de protección en materia de tratados e instrumentos internacionales constituyéndose parte de la Constitución a través del control de Convencionalidad, en tal sentido debe observarse para garantizar derechos fundamentales también este aspecto importante del derecho, la discriminación nace al momento de conocer que se encuentra la servidora en estado de gestación y fruto de esto y a pesar de este conocimiento realizaron la terminación de sus funciones constituyéndose en ese momento una forma de discriminación por su condición de vulnerabilidad, en tal sentido violenta un parámetro Constitucional de igualdad no sólo formal más si material, que precisamente eso es lo que busca la accionante con este garantía jurisdiccional.

Lo que ha señalado la Corte Constitucional en el tema: La Corte Constitucional en fallos diversos (sentencia Nro. 048-17-SEP.CC) ha señalado la Protección reforzada que se debe realizar y garantizar a la persona que se encuentra en situación de grupo de atención prioritario, a saber personas con discapacidad, mujer embarazada o en lactancia, así además lo sostiene la Ley de Servicio Público en su actual Art. 58, al señalar la protección a las personas que se encuentra en dicha situación y que se debe garantizar su permanencia al año fiscal que concluya la lactancia.

SOBRE EL DERECHO AL TRABAJO: En cuanto al derecho al trabajo como derecho fundamental, éste constituye un “derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía (...)”, el cual garantiza a los trabajadores “(...) el respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.”, de acuerdo a lo establecido en el art. 33, y su garantía correspondiente determinada en el art. 325 de la Constitución de la República.

El derecho al trabajo como un derecho fundamental, en su aspecto sustancial se constituye en un principio axiológico de “trascendental importancia”², el cual sustenta entre otros principios el carácter “social” del Estado Ecuatoriano, en cuanto constituye un factor básico de la organización social y económica del mismo, el cual al encontrarse sustentado en la prestación de los servicios libres, lícitos y personales por parte del trabajador o trabajadora, servidora o servidor público, no sólo contribuye a su

² Sentencia Corte Constitucional del Ecuador, **093-14-SEP-CC**, pág. 20.

desarrollo y dignificación personal, sino también al progreso de la sociedad en calidad de actores sociales productivos, bien que se trate de una actividad independiente o subordinada (art. 1 y 33 Constitución de la República);

Siendo necesario considerar que el derecho al trabajo como derecho fundamental posee por ende una dimensión individual y colectiva. Individual, en cuanto la Constitución de la República garantiza conforme el contenido de las disposiciones jurídicas mencionadas la posibilidad de acceder en igualdad de condiciones a un determinado empleo, siempre y cuando se cumplan las condiciones y/o requisitos para su acceso, extendiéndose el derecho y la consecuente garantía a ser dispensada por el Estado a la existencia de condiciones adecuadas y propicias que materialicen no sólo un ambiente y vida dignos (remuneración suficiente), sino también a la dación y existencia de condiciones que favorezcan la estabilidad en el empleo a desempeñarse (art. 33 y 326 Constitución de la República);

En cuanto a la dimensión colectiva, el derecho al trabajo como un derecho fundamental se proyecta a los poderes públicos como un mandato, a fin de generar las condiciones de pleno empleo y eliminación de subempleo y del desempleo, así como el reconocimiento, aseguramiento, protección y tutela de las distintas modalidades de trabajo (art. 325 Constitución de la República).

Deviniendo como consecuencia de ésta doble dimensión individual y colectiva, el carácter además positivo y negativo del derecho al trabajo como derecho fundamental también de libertad, el cual se encuentra sustentado en la autonomía de la voluntad como presupuesto inherente (art. 33 y 66 numeral 16 y 17 Constitución de la República en concordancia con lo establecido en el art. 6.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³; 23 numeral 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴). En su dimensión de derecho de libertad positiva, implica la posibilidad de realizar una acción⁵, siendo respecto del derecho al trabajo la potestad del individuo de escoger y permanecer en un determinado empleo u ocupación, “por lo que, salvo las restricciones legales, consiste en la realización de una actividad libremente escogida por la persona dedicando a ella su esfuerzo intelectual o material, sin que puedan impedirselo los particulares ni el Estado a quien, por el contrario, le compete adoptar las políticas y medidas tendientes a su protección y garantía”;

³ “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”

⁴ “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.”

⁵ Robert Alexy, , Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pág. 190.

En su dimensión de derecho de libertad negativa (art. 66 numeral 17 Constitución de la República; art. 8 numeral 3 literal (a) y (c) del Pacto de derechos Civiles y Políticos⁶), el derecho al trabajo plantea como correlato “la alternativa de una acción”⁷, entendiéndose por tal motivo, la potestad de un individuo no sólo de escoger y permanecer en un determinado empleo u ocupación, sino también la potestad de desvincularse del mismo, no pudiendo el Estado o particulares impedir u obstaculizar tal elección, siempre y cuando bajo los procedimientos y normas correspondientes se pueda ejercer tal derecho;

SOBRE SEGURIDAD JURIDICA: En éste sentido, y teniendo en cuenta además la presunta vulneración al derecho a la seguridad jurídica, es pertinente manifestar que conforme lo establecido en el art. 82 de la Constitución de la República: “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”; Del texto constitucional descrito se observa que los y las ciudadanas deben contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas. Este debe ser estrictamente observado por los poderes públicos para brindar certeza a las personas de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad.

En este sentido, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de respetar las disposiciones constitucionales y de aplicar la normativa que corresponda a cada caso concreto, ya que de esta forma se evita la arbitrariedad en la actividad jurisdiccional y se garantiza certeza jurídica a las partes procesales.

La seguridad jurídica también contiene una dimensión del precedente constitucional y la jurisprudencia emitida por está al determinar directrices o reglas normativas de accionar en ciertos temas, como en el presente , en donde la Corte ha emitido varios pronunciamientos sobre la protección reforzada a mujeres en estado de embarazo.

Por lo tanto, la importancia del derecho a la seguridad jurídica radica en que el Estado al hacer uso del poder con el que cuenta, cuando realiza cualquier acto de autoridad a través de los distintos órganos que lo componen, de alguna u otra manera afecta la esfera jurídica de los gobernados, por lo cual, deben contar con las garantías mínimas de certeza y confianza de que el propio Estado se somete a los diversos lineamientos que integran el ordenamiento jurídico a través del cual se legitima su accionar. De esta manera, las garantías de certeza que constituyen a la seguridad jurídica son el conjunto

⁶ a) “Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio”

⁷ Robert Alexy., op cit. 190.

de condiciones, elementos, requisitos o circunstancias previas a las cuales debe sujetarse el Estado para generar una afectación válida a los intereses de los gobernados y al conjunto de sus derechos⁸

La Corte Constitucional en la sentencia N. 0 027-13-SEP-CC, en cuanto a la seguridad jurídica, se ha pronunciado en los siguientes términos: "La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad en su protección y reparación; en resumen, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente"⁹

La Corte Constitucional, dentro del análisis de la seguridad jurídica y su alegación en el ámbito constitucional, ha reconocido en este derecho un carácter bidimensional, considerando que la seguridad jurídica implica la preexistencia de cualquier norma y constituye en sí misma la reivindicación de las normas y los mecanismos judiciales establecidos como formas de garantía de la tutela judicial efectiva, tanto si nacen de una norma contenida en la Carta Suprema, como de la legislación secundaria. Por lo tanto, la seguridad jurídica puede ser protegida a través de su aplicación, tanto en sede constitucional como ordinaria, dependiendo de la fuente del derecho que se vea vulnerada.

ULTIMO CRITERIO DE CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE MUJERES EMBARAZADAS Y EN PERIODO DE LACTANCIA

Sentencia 3-19-JP/20: La titular 132. Las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia tienen derecho al cuidado en el ámbito laboral. El derecho al cuidado permite aglutinar todas las obligaciones que se derivan del derecho a tomar decisiones sobre la salud y vida reproductiva, a la intimidad, al trabajo sin discriminación, a la protección especial y a la lactancia materna. El reconocimiento de la titularidad al derecho al cuidado no debe entenderse como una forma de disminución de autonomía o capacidad sino como una forma de protección especial.

El obligado u obligada 133. La obligación de generar el ambiente de cuidado y cuidar, cuando las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia lo requieran, en contextos laborales, corresponde al empleador o empleadora, al personal de talento humano y a las personas que trabajan en ese lugar.

134. El Estado tiene la obligación de proteger a las mujeres embarazadas, en maternidad o en periodo de lactancia en el contexto laboral, de acuerdo con varias

⁸ Ignacio Burgoa Orihuela, Las garantías individuales 7ma edición, México DF., Editorial Ponúa, 1972, página 502.

⁹ Corte Constitucional del Ecuador Sentencia Nro. 027-13-SEP-CC

normas constitucionales, entre ellas está la prohibición de discriminación por embarazo en el ámbito laboral (artículo 43.1), el garantizar igual remuneración a trabajo de igual valor, promover ambientes adecuados de trabajo que garanticen su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar (artículo 326), garantizar un salario digno que cubra las necesidades básicas de la trabajadora y las de su familia (artículo 328), garantizar la remuneración equitativa, a la adopción de medidas necesarias para eliminar las desigualdades, la prohibición de discriminación, acoso o violencia (artículo 331) y la prohibición del despido asociado a su condición de embarazo y maternidad o discriminación vinculada con roles reproductivos (artículo 332).

Obligaciones durante el embarazo 135. Con independencia de la situación laboral de las mujeres, las personas obligadas al cuidado, durante el embarazo, deben al menos:

- Tratar a las mujeres con dignidad.
- Permitir el acceso a todo servicio de salud que sea necesario. Todas las mujeres deberían realizar como mínimo ocho visitas a un profesional de la salud, recomendando su primer contacto a las 12 semanas de embarazo, y los contactos posteriores a las 20, 26, 30, 34, 36, 38 y 40 semanas de embarazo.⁸⁰ Situación que podrá variar dependiendo del tipo de embarazo de cada mujer.
- Adaptar el espacio físico para que sea un ambiente seguro, adecuado y de fácil acceso.
- Tomar medidas administrativas para prevenir, investigar y sancionar cualquier tipo de estigmatización, acoso o discriminación por su condición.
- Atender cuando la mujer tenga algún tipo de dolor o malestar, en el caso de que lo solicite.
- No interferir en la vida íntima y en las decisiones relacionadas con la salud reproductiva de las mujeres.
- Brindar la atención emergente, que puede incluir traslados a hospitales o centros de salud, si fuere necesario.
- Respetar los horarios de alimentación y promover la hidratación adecuada.
- Evitar exposición a sustancias químicas, vapores tóxicos, radiación o cualquier otra situación semejante que afecte a su salud.
- Promover pausas activas.
- Evitar exigencias físicas inadecuadas.
- Asegurar el acceso y uso al baño sin limitaciones.
- Evitar horarios de trabajo inadecuados: facilitar otras modalidades de trabajo.

La notificación del embarazo 151. La protección especial para las mujeres embarazadas comienza el momento mismo del embarazo. Las obligaciones de cuidado comienzan con la notificación del embarazo, para que los obligados ejerzan su rol de cuidado cuando las mujeres lo requieran o sus circunstancias de salud así lo ameriten. El conocimiento del embarazo de las trabajadoras no es requisito para establecer si existe o no protección especial, sino para determinar la obligación de los deberes de cuidado. La falta de conocimiento imposibilita el ejercicio del rol de cuidado al empleador o empleadora.

152. La mujer embarazada para ejercer el derecho al cuidado en el trabajo deberá notificar tan pronto tenga conocimiento del embarazo. La notificación deberá realizarse a la persona encargada del talento humano, quien comunicará al jefe inmediato y a las

personas del trabajo para efectos de cumplir con sus obligaciones de cuidado, si es que así lo deseara la mujer. En caso de que la mujer solicite confidencialidad, el empleador o empleadora garantizará este derecho hasta que la mujer lo decida. En cuanto a la forma de notificación, si es que la mujer no lo hiciera por escrito a talento humano, esta podrá realizarse por cualquier otro medio disponible.

153. La falta de notificación por parte de las mujeres embarazadas no acarrea responsabilidad alguna para ellas.

3.5. Las modalidades de trabajo en el sector público 168. De los casos seleccionados, se identifica que todas las mujeres trabajaban, al momento de los hechos, en instituciones del sector público bajo las siguientes modalidades: i) contratos de servicios ocasionales, ii) nombramientos provisionales, y iii) cargos de libre nombramiento y remoción.

169. La Corte considera que los contratos ocasionales, los nombramientos provisionales y los cargos de libre remoción no deben cambiar de naturaleza jurídica, sino que tienen un régimen especial debido al derecho a la protección especial, a la no discriminación y al derecho cuidado que tienen las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia.

Nombramientos provisionales 178. Los nombramientos provisionales son aquellos que se expiden para ocupar temporalmente un puesto determinado de un servidor o servidora i) suspendido en sus funciones o destituido, ii) en licencia sin remuneración, iii) en comisión de servicios sin remuneración o vacante, iv) quienes ocupen puestos dentro de la escala jerárquica superior; y v) de prueba. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, mientras sean evaluados en un periodo máximo de 6 meses. El artículo 18 del Reglamento a la LOSEP señala que para este tipo de nombramientos tiene que existir la partida correspondiente y no se puede dar nombramientos provisionales a través de la celebración de contratos de servicios ocasionales.

179. Estos nombramientos, cuando se trata de partidas vacantes, terminan cuando se haya llamado a un concurso de méritos y oposición y se designe al ganador o ganadora.

180. La Corte considera que los nombramientos provisionales, en atención al derecho al cuidado, deberán renovarse hasta la terminación de la protección especial (periodo de lactancia), por lo que la respectiva Unidad de Talento Humano tomará en consideración dentro de su planificación a las mujeres que se encuentren en estado de gestación, en licencia de maternidad o en periodo de lactancia bajo esta modalidad.

181. La entidad pública suspenderá y declarará desierto el concurso de méritos y oposición para cubrir una vacante que estaba provisionalmente ocupada por la mujer

embarazada o en período de lactancia. Una vez que culmine el periodo de lactancia de la trabajadora, se planificará el concurso para que pueda participar en igualdad de condiciones si así la trabajadora lo quisiera. Si se convocare a concurso para ocupar dicha vacante dentro del periodo de embarazo o lactancia, el concurso será nulo.

Terminación de los contratos 186. Ningún contrato podrá terminar por razón del embarazo o lactancia. 187. En todo tipo de contrato, las mujeres en estado de gestación tendrán protección especial hasta que termine el periodo de lactancia. La protección especial consiste en garantizar la misma remuneración a la percibida antes del embarazo o una mejor, el respeto de la licencia de maternidad y el permiso de lactancia, además de la obligación que tiene el empleador de generar un ambiente laboral adecuado, acorde a sus necesidades específicas.

188. Independientemente de la causal por la que se separa a la trabajadora de sus funciones, no pierde su derecho a recibir una compensación económica hasta que finalice su periodo de lactancia, además de la liquidación que por ley le corresponda, salvo en los casos de remoción por faltas graves y de los contratos de libre remoción cuando se trata de una nueva administración o de una nueva persona con competencia para designar a personas de libre remoción.

189. Si se produjo la desvinculación del trabajo por las causales leves contempladas al momento que asumió el cargo y la mujer se encontraba embarazada con anterioridad, pero no dio aviso, si fuere posible se le contratará nuevamente, de lo contrario se le otorgará la compensación para el derecho al cuidado, lo cual abarca el tiempo desde que fue notificada hasta que culmine su periodo de lactancia.

190. En caso de que se produzca la desvinculación de la trabajadora por embarazo o lactancia, por estar expresamente prohibida la discriminación en el ámbito laboral, conforme con el artículo 43 (1) de la Constitución, esta desvinculación se considerará una falta grave por parte del empleador, y el despido carecerá de validez. Por lo que la mujer podrá reincorporarse inmediatamente a su puesto, o en caso de no desearlo así, además de su derecho a la compensación, se establecerán las medidas de reparación según corresponda la circunstancia en cada caso.

En la presente causa la accionante se encontraba al momento de ser cesada en sus funciones en una situación de embarazo, situación esta que tenía conocimiento el Ministerio de Educación, significa entonces que la accionante se encontraba en su condición de mujer embarazada con derechos reforzados, es verdad que la accionante perdió al fruto del embarazo, sin conocer las circunstancias sobre este hecho, sin embargo esa pérdida también abre una ciertas situaciones de afectación emocional por tal perdida la misma que debe ser también considerada por este operador de justicia.

La mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación, salud, vestuario, vivienda, atención del parto, puerperio, y durante el período de lactancia por un tiempo de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija; si la criatura muere en el vientre materno, o el niño o niña fallece luego del parto, la protección a la madre subsistirá hasta por un período no mayor a doce meses contados desde que se produjo la muerte fetal o del niño o niña. Determina el Art. 148 del Código de la Niñez y Adolescencia. Entendiendo que esto debe ser considerado en temas de alimentos para mujer embarazada sin embargo y en razón de la circunstancia especial que no se encuentra determinada directa o indirectamente por una regla normativa para este tipo de situaciones debe buscarse la que se pueda acercar a la realidad del caso.

Es claro que el Ministerio de Educación tuvo conocimiento del embarazo de la servidora pública hoy accionante y que aún NO conociéndolo, sus derechos fundamentales YA se encontraban protegidos y debían ser observados y evitar la angustia en la accionante de hasta llegar a perder la vida de su hijo.

SOBRE LA VIA CONSTITUCIONAL PARA PROTEGER DERECHOS FUNDAMENTALES ARGUMENTADA POR LA DEFENSA DE LA PROCURADURÍA:

Es por ello necesario establecer una digresión entre el carácter de derecho fundamental y los de estricta configuración legal, razón por la cual, y conforme lo señala Ferrajoli “son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo de una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autos de los actos que son ejercicio de éstas.”¹⁰. De igual manera, Robert Alexy ha señalado que: “(...) las normas de derecho fundamental son aquellas que se expresan mediante disposiciones iusfundamentales, y las disposiciones iusfundamentales son exclusivamente los enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental (...)”¹¹;

Derechos que presentan características correspondientes a su naturaleza y carácter de fundamentales como lo son: inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes, conforme lo establecido en el art. 11 numeral 6 de la Constitución de la República

¹⁰ Ferrajoli Luigi, Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2007, pág. 19

¹¹ Robert Alexy, op cit. 190.

Por las razones expuestas, en caso de existir un mecanismo ordinario de defensa, si éste no resulta efectivo o idóneo para evitar un perjuicio irremediable al titular del derecho, es procedente como mecanismo transitorio, correspondiéndole entonces al juez realizar un análisis razonable y ponderado en cuanto a la validez y efectividad de dicho medio judicial alternativo, lo cual no se ha efectuado en el presente caso al no haberse demostrado la ineficacia o no idoneidad de la vía ordinaria;

En este sentido, el único perjuicio que habilita la procedencia transitoria de la acción de protección es aquel que cumple las siguientes condiciones: 1) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; 2) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; 3) su ocurrencia sea inminente; 4) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, 5) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la acción de protección como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos fundamentales;

De éste modo, los criterios señalados anteriormente se han demostrado, en tal sentido debe ser protegido el derecho fundamental de KASSANDRA VERONICA TOMALA GONZÁLEZ a ejercer sus derechos de mujer embarazada con protección reforzada y que dicho derecho debe extenderse incluso hasta finalizar el tiempo de lactancia, situación que en el presente caso no es posible por la especial situación acaecida.

REPARACIONES

Todo daño provocado al titular de un derecho reconocido en la Constitución; por un acto u omisión antijurídico que disminuya, menoscabe, o anule un derecho fundamental; genera la obligación correlativa de reparar el daño causado; en consideración a lo dispuesto en el art. 86 numeral 3 de la Constitución de la República; 6; 17 numeral 4; 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Daño entendido como la disminución, menoscabe, o anulación de un derecho fundamental, en virtud de la acción u omisión regresiva en su contenido, que, a consecuencia de una acción u omisión determinada, sufre una persona o colectivo;

Así lo ha señalado la Corte Constitucional en su jurisprudencia Sentencia No. 260-13-EP/20 CASO No. 260-13-EP respecto de las medidas de reparación se ha pronunciado en que estas no consisten únicamente en la revocatoria del fallo impugnado, sino que deberá considerar las especiales circunstancias de cada caso. En este sentido, la Corte Constitucional ha indicado que la emisión de una sentencia que declare vulneración de derechos constitucionales “debe ser considerada (en sí misma) como una forma de reparación”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado en el caso Garrido y Baigorria vs. Argentina - (reparaciones) que: “La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida (...); siendo de ser posible cumplir la regla de (*restitutio in integrum*)¹², que consiste en la restitución del derecho a la situación anterior a su vulneración, siempre que sea posible, en relación a lo establecido además en el art. 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹³

Esta debe ser entendida en sus varias formas , para lo cual es importante entender que al existir una violación del derecho fundamental de la accionante el mismo debe repararse a través de sus parámetros que contiene criterios de hechos de medidas de no repetición, restitución, rehabilitación, satisfacción . En el caso de estudio es claro que si es posible en parte corregir la violación y restituir el mismo

VI.

PARTE RESOLUTIVA.

RESUELVO:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA”

- Declarar CON lugar la demanda de acción de protección
- Declarar la violación de los derechos de la seguridad jurídica y violación al derecho al trabajo y no discriminación por su estado de embarazo.
- De conformidad a lo dispuesto en el art. 86 numeral 5 de la Constitución de la República de ejecutoriarse la presente sentencia, se remitirá por secretaría copias certificadas a la Corte Constitucional;
- En conformidad al Art. 21 de la Ley de garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, para el cumplimiento efectivo de esta sentencia ofíciase a la Defensoría del Pueblo, a quien se dispone realice el seguimiento respectivo.
- Sin costas ni honorarios que regular.

¹² Sentencia Corte Interamericana: **Caso Velásquez Paiz Y Otros Vs. Guatemala**, pag.80.

¹³ “(...) La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación (...)”

REPARACIONES:

- a.- Esta sentencia constituye la verdad procesal, en tal sentido para la justiciable forma parte de la reparación integral.
- b.- Medida de Restitución: El Ministerio de Educación deberá de forma inmediata Reintegrarle a la accionante KASSANDRA VERÓNICA TOMALA GONZÁLEZ en su calidad de docente (con la misma remuneración en un espacio laboral similar del que fue reemplazado) por el lapso mínimo de un año desde la fecha que perdió el fruto de su embarazo (30 de abril de 2020); así como deberán cancelar los valores que dejo de recibir producto de la terminación de relación laboral.
- c.- Como medida de No repetición: Se dispone al Ministerio de Educación Sede Guayas en el plazo de 90 días a partir de la notificación de esta decisión, realice una planificación y ejecución del mismo sobre capacitación a los funcionarios/as quienes tienen atribuciones y manejo de talento humano, en especial el manejo adecuado de norma interna y jurisprudencia constitucional y precedente Constitucional sobre mujer en estado de embarazo y la protección reforzada, emitirán un informe sobre el cumplimiento de esta medida.
- d.- Como medida de satisfacción el Ministerio de Educación la máxima autoridad a través de una vía accesible (personal o de forma telemática) pedirá una disculpa pública por las acciones realizadas en donde vulnera los derechos de la accionante y expresados en esta Acción de Protección.

VII.

ACTUACIONES PROCESALES VARIAS.

- Notifíquese con la sentencia a las partes procesales intervinientes en el proceso.