

La estabilidad de los trabajadores de la salud en Ecuador a la luz de la sentencia 18-21-CN/21

María Vanessa Mendoza González
Coordinación de Posgrado
Maestría en Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Portoviejo, Manabí, Ecuador

RESUMEN

La Asamblea Nacional del Ecuador expidió la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19 (LOAH) con el objetivo de aminorar las consecuencias producidas por la pandemia. Uno de los artículos establecidos fue el artículo 25 referente a la estabilidad laboral de los trabajadores de la salud. La Corte Constitucional respondió dos consultas de norma con respecto al artículo 25, que derivaron en la declaración de inconstitucionalidad de esta disposición mediante Sentencia 21-CN/21. La investigación es analítica cualitativa, para esto, se realiza un análisis del derecho a la igualdad y no discriminación desde el ámbito teórico normativo, entrevistas a los profesionales de la salud y el estudio a la sentencia Nro. 18-21-CN/21 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. Considerando todos estos parámetros, se efectúa un análisis crítico para determinar si la sentencia Nro. 18-21-CN/21 vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación de los profesionales de la salud que trabajaron durante la emergencia sanitaria del Covid-19.

Palabras clave: inconstitucionalidad; LOAH; sentencia 18-21-CN/21; covid-19; trabajadores de la salud.

The stability of health workers in Ecuador in light of judgment 18-21-CN/21

ABSTRACT

The National Assembly of Ecuador issued the Organic Law on Humanitarian Support to Combat the Health Crisis Derived from Covid-19 in order to lessen the effects of the pandemic. One of the established articles was article 25 referring to the job stability of health workers. The Constitutional Court responded to two consultations on norms regarding article 25, which resulted in the declaration of unconstitutionality of this provision through Judgment 21-CN/21. The research is qualitative analytical, for this, an analysis of the right to equality and non-discrimination is carried out from the normative theoretical field, interviews with health professionals and the study of the sentence No. 18-21-CN / 21 issued by the Constitutional Court of Ecuador. Considering all these parameters, a critical analysis is carried out to determine if judgment No. 18-21-CN/21 violates the right to equality and non-discrimination of health professionals who worked during the Covid-19 health emergency.

Keywords: unconstitutionality; LOAH; judgment 18-21-CN/21; covid-19; health workers.

Artículo recibido: 03 marzo 2022

Aceptado para publicación: 20 marzo 2022

Correspondencia: mariamendoza@gmail.com

Conflictos de Interés: Ninguna que declarar

INTRODUCCIÓN

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud, declaró al SARS-CoV-2 como pandemia global. Mediante Acuerdo Ministerial número 00126-2020, el Ministerio de Salud Pública declaró la emergencia sanitaria en todos los establecimientos de salud. Durante la vigencia de esta emergencia, como medida de gratitud y reconocimiento, la Asamblea Nacional expidió la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19 (LOAH) que dispone en su artículo 25 lo siguiente:

“Art. 25.- Estabilidad de trabajadores de la salud.- Como excepción, y por esta ocasión, los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS) y sus respectivas redes complementarias, previo el concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso público, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo.” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020).

En cumplimiento a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19, las instituciones respectivas iniciaron los concursos de méritos y oposición de manera paulatina, de los profesionales de la salud que trabajaron durante la emergencia sanitaria. Esto ocasionó que el personal que no fue incluido en primera instancia presentara Acción de Protección por considerar que se estaban vulnerando sus derechos constitucionales.

Es así, que el 13 de abril de 2021, el juez consultante de la Unidad Judicial de Trabajo en Cuenca, Carlos Eduardo Cárdenas Rivera, suspendió la tramitación de una causa de Acción de Protección y presentó una consulta de constitucionalidad, la cual fue admitida el 20 de mayo de 2021. Con fecha 20 de julio de 2021, Mercedes Susana Cárdenas González, la jueza consultante de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en Cañar también suspende la tramitación de la causa y presentó una consulta de constitucionalidad, siendo admitida la consulta el 27 de agosto de 2021, disponiendo la acumulación al caso 18-21-CN por encontrar que las consultas de norma tienen identidad de objeto y acción.

Con fecha 29 de septiembre de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador mediante bib y acumulado analizó el artículo 25 que establece que la estabilidad de los profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria. El fin de este análisis fue concluir si el artículo es contrario a la disposición constitucional que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación y, si las normas de la Ley de Apoyo Humanitario que regulan ingreso al servicio público son contrarias a lo dispuesto en la Constitución sobre concursos de méritos y oposición (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

Dentro de esta sentencia, la Corte Constitucional del Ecuador afirmó que dichas normas son contrarias a la disposición constitucional que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación, ya que se impide el derecho a ejercer cargos públicos de todas las personas que quisieran participar en dichos concursos. La Corte también manifiesta que, mediante la LOAH, el legislador desconoció y evadió disposiciones constitucionales expresas y sobre todo que se desnaturalizó los concursos de méritos y oposición, ya que con esta norma se establece un régimen de excepcionalidad que impone un concurso cerrado y con un ganador predeterminado.

Mediante sentencia Nro. 18-21-CN/21 y acumulado la Corte Constitucional, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, de la Disposición Transitoria Novena de la misma ley y declaró, por vinculación, la inconstitucionalidad del artículo 10 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID 19, la Norma técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25, el Reglamento para la Aplicación del Artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y el Artículo 10 de su Reglamento General.

El 1 de diciembre de 2021, se publicó en el Registro Oficial la Edición Constitucional N° 245 en el que consta la sentencia 18-21-CN/21 y acumulado en donde se declara la inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19 y de la Disposición Transitoria número 9 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19.

El problema radica en que durante la emergencia sanitaria del coronavirus los profesionales de la salud doblegaron sus esfuerzos con la finalidad de frenar esta

pandemia. Sin embargo, pese a trabajar en igualdad de condiciones no todos recibieron un nombramiento definitivo. Esto podría ocasionar un trato desigual entre los profesionales que obtuvieron una estabilidad laboral a través de un nombramiento definitivo y quienes, a pesar de haber laborado en los mismos horarios, con el mismo sueldo y denominación no lograron obtenerlo. Si bien es cierto, la Corte Constitucional realiza un análisis de acuerdo con la normativa jurídica y declara la inconstitucionalidad de la norma, nos encontramos frente a un problema ya que un grupo de profesionales de la salud salió favorecido con la Ley mientras estuvo vigente y otro grupo de trabajadores con la decisión de la Corte Constitucional quedó con la ilusión de poder tener un nombramiento definitivo.

El problema de esta investigación se resume en la siguiente pregunta: ¿La sentencia Nro. 18-21-CN/21 y acumulado vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación entre los profesionales de la salud que trabajaron durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19)? La investigación tiene como objetivo general determinar si la decisión de la Corte Constitucional con respecto a la sentencia Nro. 18-21-CN/21 vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación entre los profesionales de la salud que trabajaron durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19). Para obtener un análisis que permita cumplir el objetivo planteado, se realizará lo siguiente: (1) Analizar el derecho a la igualdad y no discriminación desde el ámbito teórico normativo, (2) Realizar el estudio a la sentencia Nro. 18-21-CN/21 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador y por último (3) Efectuar un análisis crítico respecto si la sentencia Nro. 18-21-CN/21 vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación de los profesionales de la salud que trabajaron durante la emergencia sanitaria del Covid-19.

Presentación del Problema Jurídico

El problema de investigación se resume en la siguiente pregunta: ¿La sentencia Nro. 18-21-CN/21 y acumulado vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación entre los profesionales de la salud que trabajaron durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19)? La investigación es analítica cualitativa puesto que se busca recopilar datos no numéricos que servirán para responder a la pregunta que se ha planteado.

El tema de investigación es de gran importancia porque permite, por un lado, realizar un análisis exhaustivo del principio de igualdad y no discriminación y a su vez, vincular este principio tan importante con la decisión de la Corte Constitucional con respecto a la

sentencia Nro. 18-21-CN/21 la misma que declara inconstitucional el artículo 25 y la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y sus normas conexas.

OBJETIVOS

Objetivo General

- La investigación tiene como objetivo general determinar si la decisión de la Corte Constitucional dentro de la sentencia Nro. 18-21-CN/21 vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación entre los profesionales de la salud que trabajaron durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19).

Objetivos Específicos

- Analizar el derecho a la igualdad y no discriminación desde el ámbito teórico normativo.
- Realizar el estudio a la sentencia Nro. 18-21-CN/21 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador.
- Efectuar un análisis crítico respecto si la sentencia Nro. 18-21-CN/21 vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación de los profesionales de la salud que trabajaron durante la emergencia sanitaria del Covid-19.

Aportes y valor de la investigación

En el presente caso se analizará de manera profunda distintos aspectos en un mismo fenómeno, dándole una perspectiva sociológica. Con el análisis teórico normativo del derecho a la igualdad y no discriminación, se busca tener un panorama más amplio que permita un mejor entendimiento al momento de desarrollar el análisis de la sentencia Nro. 18-21-CN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador. Además, con el estudio de la sentencia se logrará determinar los argumentos que utilizó la Corte Constitucional del Ecuador para declarar la inconstitucionalidad del artículo 25 de la LOAH en la que se otorgaba a los profesionales de la salud una estabilidad laboral previo a un concurso de méritos y oposición. Por último, se aplicarán entrevistas a seis profesionales de la salud que trabajaron durante la vigencia de la LOAH. Se utilizará un mismo banco de preguntas para los profesionales de la salud que se vayan a entrevistar. Las entrevistas a los profesionales de la salud que trabajaron durante la emergencia sanitaria servirán para obtener datos cualitativos y obtener diferentes opiniones sobre si la sentencia de la Corte

Constitucional vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación entre profesionales de la salud que trabajaron durante la emergencia sanitaria en igualdad de condiciones.

Capítulo 1: Principio de igualdad y no discriminación

1.1 Derecho a la igualdad y no discriminación en la Constitución

“[...] La igualdad como principio sirve de base para la creación del derecho conforme a la igualdad constitucional, así como su interpretación y, desde luego, como sustento para colmar lagunas o reparar la discriminación normativa. Asimismo, dado su carácter de derecho fundamental, supone el derecho a no ser discriminado (prohibición de discriminación) que resulta, por ello, exigible tanto a los poderes públicos como a los particulares [...]” (Landa, 2021). La Carta Constitucional reconoce y garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación, determinando de manera expresa condiciones cuya discriminación se prohíbe, así pues, el artículo 11 numeral 2, establece:

“2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La igualdad es un principio que corrobora que todas las personas nacen iguales y libres. Además, reconoce que todos los seres humanos tienen los mismos derechos y merecen ser tratados por igual (Navarretta, 2014). Esto figura que las leyes creadas y las políticas no deben ser discriminatorios, y también que las autoridades no deben aplicar o hacer cumplir leyes, políticas y programas de manera discriminatoria o arbitraria. La no discriminación es parte integrante del principio de igualdad y garantiza que a nadie se les nieguen sus derechos debido a factores de diferente índole (Nogueira Alcalá 1997). Es importante mencionar que el principio de igualdad puede, en ciertas circunstancias, exigir

que un Estado tome medidas afirmativas para disminuir o eliminar las condiciones que causan o ayudan a perpetuar la discriminación.

De igual manera, la Constitución, dentro de los derechos de libertad, en su artículo 66 numeral 4 reconoce y garantiza el “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”. La igualdad a la que se refiere la Constitución del Ecuador en su artículo 66 numeral 4, es a la igualdad de oportunidades de los ciudadanos ecuatorianos frente a la Ley y la no discriminación por cuestiones de pensamiento o creencias, pero por supuesto que esto no se refiere al nivel de conocimientos o de compromiso que cada ciudadano pueda aportar para beneficio de todos los ecuatorianos. El caso de los trabajadores de la Salud que, sin pensarlo dos veces, ofrendaron su vida para proteger al resto de ciudadanos, frente a una pandemia desconocida en ese momento sobre sus alcances, dimensiones y forma de enfrentarla, es igual a los servicios que un soldado brinda en el campo de batalla realizando actos heroicos. Por lo tanto, el derecho a la igualdad y no discriminación establecida en la Constitución de la República requiere de un análisis exhaustivo para su correcta evaluación en cuanto a la disposición de la estabilidad laboral del personal de salud.

1.2 Derecho a la igualdad y no discriminación en instrumentos internacionales

“Este principio supone que todas las personas son titulares de las garantías por el hecho mismo de pertenecer a la especie humana, en razón de ello, la igualdad y no discriminación conforma casi un binomio inseparable con la dignidad de la persona humana.” (Palacios, 2012). El derecho internacional de los derechos humanos ha consagrado el derecho a la igualdad y no discriminación, es así que, la reconoce en su artículo 24 "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". Por otra parte, OEA (2021) dispone en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo siguiente:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (art. 26).

El principio de igualdad y no discriminación ha sido desarrollado ampliamente por organismos internacionales, para esto es importante lo que manifiesta la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-18/03: “En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2019).

Es importante esta consideración que realiza la Corte Interamericana, al indicar que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al *jus cogens*, ya que esto implica que debe ser considerada por todos los estados, aun si estos no hayan ratificado las convenciones que lo contienen, convirtiéndose en un principio ineludible del derecho internacional. Esto se relaciona con lo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019), manifiesta dentro del Compendio sobre la igualdad y no discriminación:

“El principio de igualdad es uno de los principios rectores de todo el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, el derecho a ser tratado con igual consideración y respeto, a no recibir un trato discriminatorio y a que el Estado promueva las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, ocupa un lugar central en todo el *corpus iuris* internacional dado que se trata de un presupuesto necesario para el goce efectivo y universal de los restantes derechos humanos. Por esta razón, la igualdad tiene, en el derecho internacional, el doble carácter de principio rector y de derecho fundamental.” (art. 59).

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con

su única e idéntica naturaleza.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

Además, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Naciones Unidas (1948) examina el derecho a la igualdad y no discriminación, para lo cual se citan los siguientes artículos:

Art. 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Art. 2.- 1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Art. 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.” (Naciones Unidas, 1948).

La teoría ha determinado que el derecho a la igualdad y no discriminación se regulan complementariamente por lo que, como ya se ha señalado en líneas anteriores, ninguna persona puede ser tratada de forma diferente ante la ley. O'Donnell (1989) menciona que el Comité de Derechos Humanos ha establecido que “El derecho a la igualdad ante la ley y a la igualdad de protección de la ley sin discriminación alguna, no hace discriminatoria todas las diferencias de trato”. La discriminación es un trato diferencial no permisible entre personas o grupos que tiene como resultado que una persona o grupo sea tratado de manera menos favorable que otros, en base a uno de los motivos prohibidos de discriminación, por lo tanto, cabe aclarar que no toda diferenciación de trato constituirá discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos.

Capítulo 2: Análisis de la sentencia Nro. 18-21-CN/21

El 19 de junio de 2020 se expidió por la Asamblea Nacional la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario con el fin de mitigar los efectos de la crisis sanitaria, económica y social que el país se encontraba atravesando. Esta ley tenía por objeto lo siguiente:

“Art. 1.- Objeto.- La presente Ley tiene por objeto establecer medidas de apoyo humanitario, necesarias para enfrentar las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, a través de medidas tendientes a mitigar sus efectos adversos dentro del territorio ecuatoriano; que permitan fomentar la reactivación económica y productiva del Ecuador, con especial énfasis en el ser humano, la contención y reactivación de las economías familiares, empresariales, la popular y solidaria, y en el mantenimiento de las condiciones de empleo.” (LOAH, 2020).

A partir de la aprobación de esta ley, se generaron controversias y un gran descontento social. La sentencia generada debido a este descontento social, específicamente se referirá al artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario que plantea lo siguiente:

“Estabilidad de trabajadores de la salud.- Como excepción, y por esta ocasión, los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS) y sus respectivas redes complementarias, previo el concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso público, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo” (LOAH, 2020, art.25).

La estabilidad en el empleo es la protección jurídica frente a la posibilidad de extinción de la relación laboral; requiere la permanencia del contrato de trabajo y no debe ser rescindido por causas no prescritas por la ley. Garnica (1986) establece que la estabilidad incluye el derecho de los trabajadores a conservar su puesto de trabajo indefinidamente, libre de errores predefinidos o sin circunstancias muy específicas. Las reglas y procedimientos sobre estabilidad laboral pueden estar consagradas en la ley o en contratos de trabajo colectivos o individuales. Además, la eficacia de la protección del empleo

también depende de factores adicionales, incluidas las interpretaciones judiciales de las disposiciones legislativas y contractuales.

El derecho laboral es una herramienta necesaria ya que su fin último es regular las relaciones con el fin de mejorar la calidad de vida de los sujetos (Izquieta, Franco, and Sequeira 2018). Por lo tanto, la institución de la estabilidad en el trabajo en el derecho laboral asevera la continuación de la relación laboral, siendo un derecho fundamental de los trabajadores. De esta forma, siendo el empleo un derecho social destacado, la sociedad en su conjunto junto con los organismos del Estado, deben contribuir a la creación de los medios adecuados para propiciar condiciones y oportunidades adecuadas de empleo con el fin de garantizar y hacer valer derechos como el de la estabilidad.

Los principales argumentos para declarar inconstitucional el artículo 25 se basan en dos normas constitucionales vulneradas:

El principal argumento para declarar inconstitucional el artículo 25 de la LOAH, está relacionado con el Art. 11. 2. Principio de igualdad y no discriminación de la Constitución. La declaración de la estabilidad de los trabajadores de la salud estaría aplicando una diferenciación “irrazonable” y “desproporcionada” (Sentencia Nro. 18-21-CN/21, 2021). Esta diferenciación se la señala de esta manera debido a que existen personas que podrían participar en dichos concursos, anulando su derecho a desempeñar un cargo o función pública, lo cual implicaría una discriminación.

La disposición citada de la Ley de Apoyo Humanitario infringiría también la disposición que vincula el ingreso al servicio público con un concurso de méritos y oposición que vulnera el Art. 228 de la Constitución de la República. “El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizará mediante concurso de méritos y oposición en la forma que determine la ley con excepción de las servidoras públicas de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 228).

Por lo tanto, el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición. La Corte Constitucional estableció como regla general que el acceso a la función pública es meritatorio y competitivo (bajo premisas constitucionales), salvo las excepciones previstas por la propia Constitución (por ejemplo, los servidores públicos son de elección popular

o de libre designación). Asimismo, la obtención de un nombramiento permanente sólo puede hacerse a través de este sistema constitucional de derechos humanos. Finalmente, señaló que no se permita a las autoridades judiciales, en el marco de la justificación de las garantías jurisdiccionales, dictar, como recurso universal, el otorgamiento de nombramientos ordinarios. Los precedentes judiciales son vinculantes para los jueces que dictan órdenes de jurisdicción.

Capítulo 3: Análisis del principio de igualdad y no discriminación y la emisión de la Sentencia 18-21-CN/21

En el contexto que atravesaba el Ecuador, caracterizado por una gran crisis económica, sanitaria y social, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario (LOAH) atravesó una serie de obstáculos, enmarcados mayoritariamente dentro del ámbito económico y político. Debido al descontento que generó el artículo 25 de la norma, colectivos del personal médico en el país, se pronunciaron en contra del cumplimiento de esta, la ley ocasionó grandes inconformidades debido al otorgamiento de nombramientos a un grupo seleccionado. Esta serie de inconformidades se cristalizaron en las acciones constitucionales de protección emitidas. Estos actos han puesto en cuestionamiento el sistema político y el sistema jurídico al establecer disposiciones de leyes no sustanciadas en normas legales superiores y ser dictadas por la Corte Constitucional.

La intencionalidad intrínseca de la Asamblea Nacional al establecer artículos como el N° 25 de la LOAH, era reconocer actuaciones heroicas de los trabajadores de la salud que, exponiendo su propia vida, evitaron la propagación de la pandemia, jamás se quiso vulnerar los derechos de otros y así debió ser entendido. La última palabra tuvo la Corte Constitucional y lo resuelto por este organismo en este tema fue la declaración de la inconstitucionalidad de las disposiciones mencionadas. Uno de los principales argumentos al declarar inconstitucional este artículo fue que la disposición iba en contra del principio de igualdad y no discriminación ya que se anula el derecho a otras personas que trabajaron en la pandemia arriesgando su vida, de participar en estos concursos. Además, al expedir esta sentencia, a primera vista se puede considerar otro problema con respecto al principio de igualdad y no discriminación: un grupo de profesionales médicos se benefició de la ley cuando estaba en vigencia mientras que, al expedir y aprobar la Sentencia, otro grupo (en igualdad de condiciones) quedó a la espera de un supuesto nombramiento.

Según el artículo 11.2, existen tres elementos importantes para establecer la existencia o configuración del trato discriminatorio: comparabilidad, constatación de trato diferencial y verificación de resultados (Constitución de la República del Ecuador, 2008; Sentencia Nro. 18-21-CN/21, 2021). La comparabilidad hace referencia a la existencia de dos titulares de derechos en condiciones idénticas o similares. En este caso, existen dos grupos de titulares de derechos comparables. En el primer grupo se encuentran los trabajadores y profesionales sanitarios que han prestado servicios a la red sanitaria pública durante la pandemia y tuvieron un nombramiento cuando la LOAH entró en vigencia; el segundo grupo incluye a los trabajadores y profesionales de la salud que prestaron sus servicios durante la pandemia y que, hasta el momento de expedir la Sentencia, no se les aplicó el régimen que establecía la Ley de Apoyo Humanitario.

El segundo elemento es la constatación de trato diferencial para uno de los grupos a los que se refiere y la verificación de los resultados debido a la diferencia de trato y si se trata de una diferencia razonable o una diferencia discriminatoria. “Sí puede haber trato diferenciado sin transgredir el principio de igualdad y no discriminación cuando el mismo tenga una justificación objetiva y razonable” (Lucero, 2019). El trato diferenciado se verifica distinguiendo entre los dos grupos sobre la base de ciertos requisitos, lo que significa que solo el primer grupo pudo participar en los concursos de méritos y oposición y tener un nombramiento que se traducirá en estabilidad laboral, mientras que el grupo de trabajadores que se encontraban en igualdad de condiciones, no tuvieron estos nombramientos.

El tercer elemento es la verificación del resultado por el trato diferenciado. Para verificar si dicha diferenciación tiene justificación es necesario verificar la proporcionalidad de la medida. Cabe recalcar que la diferencia razonable se produce cuando se respetan los derechos, y la distinción es discriminatoria cuando conduce al debilitamiento o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Debido a que el principio de supremacía constitucional es lo que constituye un estado como lo es Ecuador, la sentencia expedida fue un acto de declaración de un estado jurídico emanado de una autoridad pública, que constituye una parte del poder del Estado que ha conferido este derecho y debe ejercerlo bajo su autoridad, la cual puede ser extinguida, modificada o reconocida. Herrera Carbuccion (2008) afirma acerca de la sentencia lo siguiente:

“La sentencia, entendemos que es un acto jurídico procesal que dirime un conflicto, reconoce, declara o extingue una situación jurídica con implicaciones sociales directas a través de un representante de un poder del Estado obligado a respetar la legalidad, seguridad jurídica y los derechos fundamentales del hombre dentro de un marco normativo establecido.”

La doctrina que rige la legitimidad de la acción del gobierno, e implica algo mucho más importante que la idea de legalidad que exige que la conducta oficial se ajuste a normas jurídicas prefijadas es el constitucionalismo (Lascarro-Castellar and Turizo 2019). En este tercer elemento, no existiría la verificación del resultado por trato discriminatorio ya que, como estado constitucional que es Ecuador, la Sentencia se da como un acto jurídico procesal con el fin de evaluar la constitucionalidad de leyes expuestas, y dictar una Sentencia que nace debido a irregularidades descritas en la LOAH. “La motivación de las sentencias se ha erigido en una verdadera garantía inherente al debido proceso” (Valenzuela, 2020). Por lo tanto, no estaría conduciendo al debilitamiento o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de los trabajadores de la salud que, por una u otra razón, no fueron partícipes en el primer llamado del concurso. Debido a que no se cumple un trato diferenciado discriminatorio, no se puede afirmar que el principio de igualdad y no discriminación se vulnera al momento de expedir la Sentencia Nro. 18-21-CN/21.

En cuanto a los entrevistados, existieron tres personas que se beneficiaron de la ley cuando se encontraba en vigencia, mientras que los otros tres entrevistados, que igualmente trabajaron durante el periodo de la pandemia prestando sus servicios y arriesgando su vida, no fueron parte de estos nombramientos (Anexo 1). Todos los participantes de la entrevista afirmaron que tenían conocimiento del contenido del artículo 25 de la LOAH y afirman que era un tema que llenó de expectativas a los trabajadores en cuanto a tener un nombramiento y así garantizar su estabilidad laboral. Con respecto a su posición frente a la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones mencionadas y la expedición de la Sentencia, en general existe un consenso de que fue una decisión injusta, pues consideran que se vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación ya que bajo las mismas condiciones, solo un grupo seleccionado fue parte de los concursos de méritos y oposición, otros se encontraban en proceso y existían

muchos aspirantes a participar por estos nombramientos, pero al expedir la sentencia, estos profesionales que aspiraban a un nombramiento y aún no entraban a concurso, se encuentran fuera de este privilegio. Mediante las entrevistas no podemos afirmar que el principio de igualdad y no discriminación después de expedir la Sentencia, está siendo vulnerado, pues estas opiniones no pueden ser generalizadas. No obstante, son opiniones válidas para analizar diferentes criterios con respecto a las posiciones generadas debido a la declaración de inconstitucionalidad del artículo en mención.

CONCLUSIONES

Reconocer la contribución de los trabajadores de la salud durante la pandemia al sistema de salud pública es una meta factible y constitucionalmente válida, no obstante, esto no se puede realizar a expensas de otros que también pueden demostrar su trabajo, fuera del sector público, en relación con la pandemia. Para disponer artículos que promuevan la estabilidad de los trabajadores, se debe realizar un análisis exhaustivo de las normas superiores como la Constitución. La Corte Constitucional como órgano supremo de control constitucional, estuvo obligado a ejercer el correspondiente análisis de las normas dispuestas en la LOAH, declarando la inconstitucionalidad del artículo 25 basado en dos argumentos principales: La vulneración del principio de igualdad y no discriminación y la vulneración a la disposición del ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa mediante concurso de méritos y oposición. La disposición expedida por la Asamblea Nacional era beneficiosa solamente para un grupo determinado de profesionales y se la consideró gravosa para todos los profesionales que por algún motivo no pudieron trabajar en la red pública durante la pandemia. Además, se desnaturalizó al derecho a acceder a un puesto mediante concurso de méritos y oposición al establecer un concurso cerrado con ganador predeterminado.

Los concursos de méritos y oposición deben asegurar que todos los ciudadanos tengan iguales posibilidades de acceso a un nombramiento en el sector público, y que en igualdad de derechos tengan las mismas oportunidades de demostrar que son idóneos en este tipo de concursos. Dentro de la LOAH, el Legislativo estableció un concurso cerrado de merecimientos, concursos cerrados que siempre han existido y siguen existiendo en las entidades estatales y que de manera directa favorecen a los empleados públicos que han adquirido experiencia dentro de las instituciones públicas, algo que se justifica desde el punto de vista administrativo, ya que, si la institución invirtió tiempo y dinero en la

capacitación de un ciudadano, es justo que utilice las nuevas habilidades y capacidades de ese ciudadano en beneficio de la Institución. La Corte Constitucional manifestó que el concurso cerrado es un concurso con ganador predefinido, lo cual no está apegado a la verdad, pues los concursos cerrados son, o deberían ser, concursos con varios participantes, con resultados no direccionados.

Las medidas y disposiciones establecidas en leyes decretadas por la Asamblea Nacional no pueden contener disposiciones que transgredan los principios y derechos consagrados en la Constitución. Con respecto a la determinación de si la decisión de la Corte Constitucional en relación a si la emisión de la sentencia Nro. 18-21-CN/21 vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación entre los profesionales de la salud que trabajaron durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19), se realizó un análisis de la teoría y la sentencia establecida para llegar a una conclusión. La Constitución de la República del Ecuador determina que “nadie podrá ser discriminado [...] por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.11.2). Este artículo establece tres ejes principales para establecer si existe o no discriminación de por medio: (1) comparabilidad (2) trato diferenciado y (3) consecuencia o resultado. Se concluye que el grupo no favorecido para concursar por un nombramiento después de la expedición de la sentencia no tuvo un trato discriminatorio.

El objetivo de la emisión de la Sentencia Nro. 18-21-CN/21 fue garantizar los derechos de las personas y a su vez resarcir cualquier daño causado o derecho vulnerado. “Las sentencias de término constituyen las decisiones jurisdiccionales más importantes de los tribunales constitucionales, tanto desde un punto de vista jurídico como de su trascendencia política, ya que dicha decisión se refiere a la Constitución *Política* del Estado, como asimismo, porque tales decisiones determinan el sentido y alcance de valores y principios constitucionales que modelan y determinan el contenido de la normativa infraconstitucional.” (Nogueira,2004). La Sentencia Nro. 18-21-CN/21 se da con el fin de analizar la constitucionalidad de las disposiciones mas no con el fin de no otorgar futuros nombramientos. La diferencia entre el grupo de personas favorecidas con nombramiento y el grupo de personas que no pudo concursar debido a la aprobación de la sentencia, puede definirse como razonable mas no como discriminatoria. Además, es

necesario considerar que el Ecuador es un país regido por un estado constitucional, donde prevalece la democracia. Con la Constitución de la República del Ecuador se puede lograr la ordenación de los derechos en el país, para evitar violaciones de derechos y proteger a las personas con medidas pertinentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Anónimo. (febrero de 2021). *Entrevistas a los trabajadores de la Salud*. (V. Mendoza, Entrevistador)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2019. *Compendio Igualdad y No Discriminación Estándares Interamericanos*.
- Corte Constitucional del Ecuador. 2021. “Sentencia No. 18-21-CN/21 y Acumulado.” 82(18):17.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2019. “Cuadernillo de Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 14: Igualdad y No Discriminación.” 189.
- Ecuador. 2008. “Constitución de La República Del Ecuador.” *Registro Oficial 449 de 20-Oct.-2008* 219.
- Ecuador. 2020. “Ley Orgánica de Apoyo Humanitario.” *Registro Oficial Suplemento 229 de 22-Jun.-2020* 21.
- Garnica, Federico Zegarra. 1986. “La Estabilidad Laboral.” *Derecho PUCP* 40:309–28.
- Herrera Carbuccia, Manuel Ramón. 2008. “La Sentencia .” *Gaceta Laboral* 14:133–56.
- Izquieta, Hugo Gabriel Chiriboga, Elizabeth Jiménez Franco, and Paola María Toscanini Sequeira. 2018. “El Derecho Laboral Como Herramienta Política, Una Mirada Histórica.” *Universidad y Sociedad* 10(1):226–31.
- Landa Arroyo, César. (2021). El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. *Estudios constitucionales*, 19(2), 71-101. Epub 31 de diciembre de 2021. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002021000200071>
- Lascarro-Castellar, Diemer, and Jorge Mejía Turizo. 2019. “Nuevo Constitucionalismo En Latinoamérica : Perspectivas Epistemológicas.” *Revista de La Facultad de Derecho*.
- Lucero Vargas, Chantal. (2019). Último párrafo del artículo 32 constitucional. Su discrepancia con los estándares internacionales de derechos humanos con relación

- al derecho a la igualdad y no discriminación. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 52(154), 383-407. Epub 12 de mayo de 2020. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14147>
- Navarretta, Emanuela. (2014). Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato. *Revista de Derecho Privado*, (27), 129-154. Retrieved March 15, 2022, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662014000200007&lng=en&tlng=es.
- Naciones Unidas. 1948. “Declaración Universal de Derechos Humanos.”
- Nogueira Alcalá, Humberto. 1997. “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional.” *Ius et Praxis* 2(2).
- Nogueira Alcalá, Humberto. (2004). Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur. *Ius et Praxis*, 10(1), 113-158. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122004000100005>
- O’Donnell, Daniel. 1989. *Protección Internacional de Los Derechos Humanos*.
- OEA. 2021. “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”
- Palacios Sanabria, María Teresa. (2012). La aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los trabajadores migratorios. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 12(22), 77-92. Retrieved March 15, 2022, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-89532012000100006&lng=en&tlng=es.
- Valenzuela Piroto, Gastón Fernando. (2020). Enfoque actual de la motivación de las sentencias. Su análisis como componente del debido proceso. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, (21), 72-90. Epub 01 de junio de 2020. <https://dx.doi.org/10.22235/rd.vi21.2103>

ANEXOS

Anexo 1

P1: ¿Cuántos años tiene usted laborando en esta casa de salud?					
Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5	Entrevistado 6
1 año 8 meses	1 año 5 meses	2 años 5 meses	7 años	11 años	6 años

P2: ¿Durante la emergencia sanitaria del Coronavirus Covid-19, qué actividades realizó usted?					
Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5	Entrevistado 6
Tecnólogo Médico en Imagenología 1, la función era realizar placas de rayos x a pacientes con patología de COVID 19, inclusive fui contratada por la emergencia sanitaria	Medico/a General en Funciones Hospitalarias, fui contratada por la institución y me asignaron al proceso de emergencia en donde atendía a todo tipo de pacientes que no se presumiera que tuviera COVID-19.	Tecnólogo Médico en Rehabilitación y Terapia Física, durante la emergencia sanitaria mi función era realizar terapia a los pacientes que estaban hospitalizados en el proceso de triaje respiratorio por COVID-19.	Me desempeñe como Tecnólogo Médico en Rehabilitación y Terapia Física y realizaba terapias a pacientes hospitalizados en todas los procesos y en triaje respiratorio por COVID-19.	Me desempeñe como Medico/a General en Funciones Hospitalarias, atendiendo a pacientes en el área de triaje y de triaje respiratorio a pacientes con COVID-19.	Me desempeñe como Medico/a Especialista en Pediatría 1 mi función es atender a pacientes pediátricos en consulta externa, emergencia y hospitalizados.

P3: ¿Fue usted considerado en el concurso de mérito y oposición para otorgar el nombramiento definitivo que establecía la LOAH?					
Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5	Entrevistado 6
No, la institución nunca me realizo convocatoria, porque manifestaban que solo tenía contrato de servicio ocasional	No.	No, me informaron que yo cumplía los requisitos pero tenía que esperar el nombramiento provisional.	Si a mí en diciembre del 2020 me llamaron a concurso.	Si claro.	Si recién ahora me convocaron para el concurso de méritos y oposición.

P4: ¿Interpuso alguna acción judicial para que se le reconozca los derechos que otorgaba la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario?					
Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5	Entrevistado 6
No, en realidad pensé que por mi derecho me iban a dar el nombramiento.	No, yo pensé que no era necesario seguir un juicio a la institución ya que la ley era clara.	No, me informaron que yo cumplía los requisitos pero tenía que esperar el nombramiento provisional.	No, ya que yo fui considerada desde la primera instancia.	No, no fue necesario.	Si, una vez que salió la sentencia no dudamos en interponer una acción de protección en conjunto con otros compañeros.

P5: ¿Tenía conocimiento del contenido del artículo 25 la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y el artículo 10 de su reglamento de aplicación?					
Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5	Entrevistado 6
Si, este tema era muy tratado por mis compañeros y en realidad nos generaba esperanzas de tener estabilidad laboral.	Si, este tema me hacía pensar que iba a poder tener una estabilidad laboral.	Si claro.	Si, por supuesto ya que gracias a esto tuve mi estabilidad laboral.	Si, por supuesto.	Si, por supuesto este tema desde que estaba en debate nos llenó de mucha expectativa, ya que era una forma de reconocer nuestra labor en la emergencia sanitaria.

P6: La Corte Constitucional resuelve declarar la inconstitucionalidad del artículo 25 y la Disposición Transitoria Novena de la LOAH, por conexidad, la inconstitucionalidad del artículo 10 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID 19, la Norma técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25, el Reglamento para la Aplicación del Artículo 25 y Artículo 10 de su Reglamento General. ¿Cuál es su posición frente a esta decisión?

Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5	Entrevistado 6
Injusta, porque muchos compañeros al igual que yo trabajamos en las mismas condiciones y a unos si les dieron el nombramiento y a otros no, causando realmente un trato desigual entre nosotros mismos.	Esta decisión me pone en una posición desigual a las de mis compañeros ya que yo no pude tener mi estabilidad laboral.	Me parece injusta, en mi proceso de Rehabilitación y Terapia Física somos tres y todos hicimos lo mismo, a dos de mis compañeros le dieron un nombramiento por esa misma ley y ahora por esta decisión yo no pude tener el mismo beneficio que los otros.	Me parece injusta, ya que muchos compañeros a causa de esta decisión se quedaron si su nombramiento definitivo.	Yo leí esta sentencia y me parece más bien que la Corte Nacional vulnera el derecho de muchos profesionales de la salud, ya que muchos de los profesionales de la salud por esta ley tenemos nuestro nombramiento definitivo.	Me parece desigual. No es justo que se haya resuelto esto ya que la sentencia más bien vulnera el derecho de muchos de nuestros compañeros que si laboraron que si arriesgaron su vida en la emergencia sanitaria, yo creo que no se hizo un análisis minucioso al tema.

P7: ¿La institución para la cual usted labora, le ha proporcionado estabilidad laboral a través de un nombramiento definitivo?					
Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Entrevistado 5	Entrevistado 6
No, aún sigo laborando un contrato de servicio ocasional.	No, aún sigo laborando un contrato de servicio ocasional.	No, ya que manifestaron que como se declaró inconstitucional y yo no interpusi acción judicial ya no podían darme el nombramiento definitivo.	Si, yo ya tengo un nombramiento definitivo desde enero del 2021.	Si, en enero de 2021 me otorgaron mi nombramiento definitivo.	Aun no pero ya la institución nos convocó al concurso y estoy próximo a recibir mi nombramiento.

Gráfico 1: Entrevistas a los trabajadores de la Salud

Año 2021