



Universidad San Gregorio de Portoviejo
Departamento de Posgrado

Programa de Maestría en Derecho Procesal y Litigación Oral

Artículo profesional de alto nivel

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 25 DE LA
LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO**

Autor o autores: Marian Esveila Chamba Cuadros
Ney Christian Menéndez Moreira
Tutor: Abg. Ignacio Ángel Falcones Ferrín

Portoviejo, 2022

Consecuencias jurídicas de la inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario

Legal consequences of the unconstitutionality of article 25 of the Organic Law of Humanitarian Support

Autora

Chamba Cuadros Marian Esveila.

Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador. Diplomada en Tributación.

Magister en Derecho Penal Económico. Maestrante en Derecho Procesal y Litigación Oral.

Doctorando en Derecho.

Universidad San Gregorio de Portoviejo.

sveila@hotmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0677-4878>

Menéndez Moreira Ney Christian.

Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, Maestrante en Derecho

Procesal y Litigación Oral.

Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador

neycrismenendez@hotmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4402-8932>

Resumen

En el año 2020, el mundo entero se paralizó debido a la pandemia del Covid-19, conllevando a todas las legislaciones prácticamente a regular ciertas normas jurídicas con el objeto de mantener las actividades habituales de la sociedad, tomando las medidas de seguridad recomendadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), bajo esta premisa se crea en el Ecuador la ley de apoyo humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del Covid-19.

Dicha ley surge como iniciativa de las políticas públicas de Estado para incentivar a varios sectores sociales a seguir manteniendo la continuidad del trabajo, el estudio, el no incremento de servicios básicos, seguros de salud, prestaciones de salud, créditos para reactivar negocios, contratos especiales emergentes, reducción de la jornada de trabajo entre otras cosas también se incentivaba al personal de salud que había servido en los momentos más críticos de la pandemia a obtener nombramientos definitivos a través de concursos de méritos y oposición, aquello estaba contenido en el artículo 25 de dicha ley.

El artículo 25 ha sido declarado inconstitucional por la Corte Constitucional por contener normas contrarias a la constitución.

Palabras clave: Covid-19; estabilidad laboral; inconstitucionalidad; ley humanitaria salud.

ABSTRACT

In 2020, the entire world was paralyzed due to the Covid-19 pandemic, leading to practically all laws to regulate their legal standards in order to maintain the usual activities of society, taking the security measures recommended by the World Health Organization (WHO), under this premise, the humanitarian support law is created in Ecuador to combat the health crisis derived from Covid-19.

This law arises as an initiative of the public policies of the State to encourage various social sectors to continue maintaining the continuity of work, study, the non-increase of basic services, health insurance, health benefits, credits to reactivate businesses, special contracts emergencies, reduction of the working day, among other things, health personnel who had served in the most critical moments of the pandemic were also encouraged to obtain definitive appointments through merit and opposition competitions, that was contained in article 25 of said law.

Article 25 has been declared unconstitutional by the Constitutional Court for containing rules contrary to the constitution.

Keywords: *Covid-19; job stability; unconstitutionality; humanitarian law; health.*

Introducción

El presente estudio se basa en las consecuencias jurídicas de la inconstitucionalidad del artículo 25 de la ley orgánica de apoyo humanitario (LOAH), mismo que resultó ser muy controversial, pues una vez incluido, aquel prometía estabilidad laboral para los trabajadores y profesionales de la salud como excepción y por única vez a la prestación de sus servicios durante la emergencia sanitaria, sobre todo en los primeros meses de su aparición, lo que significaba un logro de reconocimiento al esfuerzo y dedicación de los mismos, cabe destacar que muchos de ellos perdieron la vida batallando con dicho virus.

Justamente fue el referido artículo el que causó un sinnúmero de demandas de acciones de constitucionalidad a nivel nacional, ya que, aunque se estipulaba que aquella disposición establecía una estabilidad laboral para aquellos que hubiesen sido parte del equipo de trabajo en aquellos tiempos, obviamente debiendo seguir las directrices que ordenaba la ley, no se daba un inmediato cumplimiento de aquello, argumentando las autoridades varias trabas administrativas para poder aplicar dichas disposiciones.

El complemento de aquel artículo se contenía en la disposición transitoria novena, de la misma ley, en la cual se señalaba el plazo de seis meses a partir de su entrada en vigencia para iniciar los concursos que otorgarían los respectivos nombramientos. Pero el tiempo pasaba y los servidores sanitarios no veían los resultados por iniciativa propia de sus superiores, por ende, prácticamente empezaron a reclamar dicho derecho.

Después de cuatro meses de publicada la ley de apoyo humanitario, se publica su reglamento, en el cual se da a conocer las directrices para la aplicación del artículo 25, previo a

otorgar los nombramientos según el cargo que desempeñaban los sanitarios, en el mismo se menciona que deberá planificarse territorialmente anteponiendo criterios técnicos y según las necesidades institucionales por territorio, entre otros considerandos como los criterios geográficos (Ormaza & Trelles, 2021).

Bajo estos argumentos varios servidores de la salud a nivel nacional se sintieron perjudicados e incluso invocaron violación del derecho fundamental al trabajo porque dicha norma al parecer de estos, no era aplicada tal cual se expresaba en la ley (Función Judicial 2021) ya que el reglamento pretendía obstaculizar el tiempo para el cual debía ejecutarse el concurso.

Lo extraño del caso para muchos es que como así el reglamento era contradictorio con la misma ley, pues con todos los requisitos que este señalaba, para que los servidores sean clasificados o reclasificados debían esperar que se cumplan criterios de necesidad institucional y de presupuesto, cosa que en Ecuador se vuelve un impedimento, ya que las instituciones cuentan anualmente con un presupuesto que debe ser planificado en el ejercicio fiscal para que el mismo sea aprobado también se exigen que el requerimiento cuente con su respectivo estudio técnico y demás justificativos como la creación del puesto para aprobar la correspondiente partida presupuestaria (Ortíz & Fernández, 2021). Por lo general a pesar de que las instituciones manejan un presupuesto interno institucional, aquel no es suficiente para poder realizar un sinnúmero de contrataciones a la vez y mucho menos otorgarles nombramiento.

Una parte de la doctrina ha manifestado de manera directa que esta norma no contraviene, a pesar de su oscuridad, disposición constitucional alguna, toda vez y que de hecho, es concordante con aquella como un beneficio de un sector olvidado de la política pública que, sin lugar a dudas, fortalecerá las capacidades de respuesta y atención a los ciudadanos, teniendo en cuenta aún más durante el grave período de pandemia que vive el país y el mundo, es por ello y que de acuerdo a lo que determinan los artículos 3.1, 32, 358-362, 363.3, y 364-366 de la Constitución (Barrios, 2018).

Mediante la sentencia No. 18-21-CN/21 y acumulado la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 25 y la disposición transitoria novena de la Ley de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, no obstante antes de esta declaratoria debido a las múltiples demandas de acción de constitucionalidad propuestas tanto por trabajadores de la salud como por servidores públicos algunas fueron favorables para los mismos y otras fueron rechazadas ya que a criterio de los jueces no cumplían con los requisitos establecidos en la constitución y en la ley orgánica de garantías jurisdiccionales para ser consideradas en dicho rango (Corte Constitucional, 2021).

Entre los argumentos de la decisión la Corte alegó justamente que la normativa es contraria a la Constitución, la misma que establece que nadie podrá ser discriminado por distinción, personal o colectiva, temporal o permanente. Es decir que si bien es cierto aquellos servidores fueron esenciales para ayudar durante el evento del virus en su máximo apogeo no es

menos cierto que existen otros profesionales que también deberían tener las mismas oportunidades para concursar y obtener su nombramiento definitivo y lo mismo sucede con los trabajadores, ya que la norma suprema como es la carta magna lo establece de tal modo (Castro, 2021).

Sobre esa declaratoria de inconstitucionalidad existe un sector que se siente asimismo perjudicado, y es justamente aquel personal que ya había sido considerado para obtener los respectivos nombramientos bajo aquella norma.

Vale recalcar que lo dispuesto por la Corte Constitucional surtirá efectos a partir de la publicación del fallo en el Registro Oficial y no tendrá efecto alguno respecto a concursos realizados bajo régimen excepcional establecido en la norma, tanto aquellos terminados como los que se encuentran en curso. Es decir que se aplicará a futuro sin efecto retroactivo (Función Judicial, 2021).

En colegio de médicos del Guayas (CMG) en conjunto con la federación médica ecuatoriana (FME) y frente de profesionales de la salud, asimismo al no sentirse satisfechos con la decisión de la CC, presentaron a su vez una demanda de aclaración y revocatoria de dicha inconstitucionalidad.

Según el gremio que demanda, exponen que hasta el momento no se ha logrado dar estabilidad ni a la mitad de los profesionales que cuenta con labores dentro de los centros de salud, los que están con nombramiento provisional y bajo contrato. Menos aún se ha ejecutado las normas técnicas para garantizar a este personal. Más bien se han dado largas al proceso de aplicación directa del artículo 25 de la Ley Humanitaria (Fajardo, 2020).

Bajo esos contextos el Ministerio de Salud Pública del Ecuador (MSP), entre los pronunciamientos dados por la precitada sentencia, expone que:

Para garantizar la seguridad y permanencia del personal, independientemente de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, se impulsa una Política Nacional para los Recursos Humanos en Salud junto al Consejo Nacional de Salud (CONASA) y apoya técnicamente la construcción de la Ley de Carrera Sanitaria que se encuentra en análisis para segundo debate en la Asamblea Nacional (p. 1)

El Objetivo principal es realizar un análisis pormenorizado de la declaratoria de inconstitucionalidad del citado precepto legal.

Metodología

La presente investigación por tratarse de un nuevo concepto ha sido basada en los siguientes métodos: el método exploratorio, en primer lugar, porque se parte de un problema que no está claramente definido, por lo que se lleva a cabo la respectiva indagación en diversas

fuentes obviamente confiables para comprenderlo mejor, pero sin proporcionar resultados concluyentes.

El método hermenéutico, utilizado con el propósito de tratar de interpretar los aspectos relevantes y explicativos de la norma desde su mismo origen sin desnaturalizar su real esencia, lo cual se pone en evidencia en la presente investigación al partir del análisis de la normativa vigente en el país para analizar los hechos que han desembocado la eliminación del artículo discutido.

El método inductivo, pues este se presenta en tres pasos necesarios en toda investigación y contenido en otros métodos surgiendo como el principio del interés de lo que se pretende investigar con lo que se establece el patrón y finaliza con la construcción de la teoría, como comúnmente se conoce parte desde premisas particulares hasta alcanzar la generalidad o la realización del todo, este parte de la necesidad individual de resolver la situación laboral de los trabajadores de la salud hasta el impacto que reforma causa en los problemas jurídicos generales en la sociedad.

El método deductivo, se ha usado para hacer referencia a la parte específica de lo que se pretende conocer partiendo de conclusiones lógicas y válidas, es la manera en la que enfocamos a la normativa general hasta la afectación de los individuos como parte de la sociedad en nuestra investigación.

Es importante comprender que la finalidad del método sintético es lograr una reconstrucción simplificada de una realidad, es decir un modelo teórico, lo que supone descartar todos aquellos elementos y relaciones que no resultan imprescindibles para un conocimiento suficiente del conjunto de esa realidad, esta nos lleva a establecer conclusiones claras en cuanto a la manera en que se modifica el constructo social en cuanto a lo ya previsto en los temas laborales de esta naturaleza, todo esto construido por la compilación de los métodos que se aplican.

La principal limitación del análisis, al igual que ocurre con el método descriptivo, es que el conocimiento que nos aporta está referido a una determinada realidad y, por consiguiente, la validez de ese conocimiento no es extrapolable a otras realidades sin aplicar previamente el método comparativo, lo que significa que la realidad jurídica de nuestro país y la tesis a sostener aplica únicamente para nuestro contexto científico jurídico.

Problema jurídico

El problema jurídico es realizar el análisis respecto a si al remover del ordenamiento jurídico una norma invocada en el Art, 25 de la LOAH, por ser supuestamente contraria a la Constitución, no se estarían vulnerando los derechos que se habían establecido en una Ley Orgánica y que incluso ya se venían accediendo a los mismos por los servidores de la salud

público, pues los derechos que son beneficiosos para un grupo no deberían ser movidos sino que estos deben adecuarse al mismo ordenamiento de la manera más justa (Ortiz & Fernández, 2020).

Respecto a la situación de los profesionales de la salud, en el momento que estaba aún en vigor el citado artículo, tampoco se dio fiel cumplimiento a la misma por parte del Ministerio de Salud Público, ni a lo previsto en su reglamento en la Transitoria Novena, a pesar de que muchos funcionarios de la salud trabajaron y trabajan en alguno de los hospitales que fueron fundamentales para la atención de pacientes con covid-19, desde el inicio y declaratoria de la pandemia, lo que genera una vulneración del derecho a la seguridad jurídica, según el análisis, pues no gestionaron en los tiempos correspondientes las gestiones pertinentes para convocar al respectivo concurso, atentando así el acceso al derecho al trabajo en torno a la garantía de la estabilidad laboral (García & Toledo, 2021).

En lo referente a la discriminación positiva o acciones afirmativas en el presente tema de investigación se destacan los aspectos normativos y legales que robustecen la comprensibilidad del argumento que se pretende dar a este análisis.

Objetivos

Principal

Comprender la inconstitucionalidad de la aplicación del Art. 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario.

Específicos

Desarrollar el contexto del Art. 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario.

Marco Teórico y Discusión

Poder interpretar la ley para un profesional del derecho en el Ecuador y en algunas partes del mundo prácticamente está prohibido por disposición legal, ya que el código civil claramente estipula que corresponde solo al legislador poder realizar dicha interpretación, así también aquella potestad la tiene el órgano jurisdiccional de la Corte Constitucional al declarar la inconstitucionalidad de las normas contrarias a la Constitución y de los tratados internacionales ratificados por el Ecuador, mediante un análisis prolijo a las normas, mismas que deben ser razonadas con lógica y comprensibilidad jurídica (Corte Constitucional, 2021).

La cuestión reviste una gran complejidad, pero cabe apuntar que, salvo en los inusuales casos donde el sentido del precepto jurídico aparece como único, en todo proceso interpretativo hay una cierta labor creadora, que implicará creación de nuevo derecho, en la medida en que el

propio ordenamiento atribuya al intérprete la potestad de adoptar decisiones vinculantes para terceros (Ávila, 2020).

Así sucede en el caso de que dicha interpretación venga realizada por los tribunales, o al menos por aquellos que se sitúan en la cúspide del sistema judicial.

Con lo expuesto, no queremos dar a entender que la CC, podrá intervenir o interpretar cualquier norma por disposición propia, pues con periodicidad encontramos en la doctrina jurídica una idea según la cual se debe reconocer *a priori* la existencia de ciertos principios considerados peculiares o exclusivos de la interpretación constitucional (Montaña & Porras, 2011).

De tal forma que cuando se trata de enunciar los principios constitucionales, generalmente se citan los siguientes: de unidad de la constitución, de armonización u optimización, de interpretación conforme a la constitución; Primero de funcionalidad, de eficacia o efectividad; Segundo de favor *libertatis*, de continuidad de la jurisprudencia, de presunción de legitimidad de las leyes, de prudencia; y tercero de fundamentalidad, limitación, responsabilidad, control, razonabilidad, perdurabilidad entre otros.

Destacándose que la CC, posee una amplia gama de principios que responden a los anteriores focos de significación, pero estos ameritarían un tratamiento aparte. La importancia de un trabajo en ese sentido estriba en el hecho de que, sin claridad sobre ellos, como dice Stern, la Constitución corre el peligro de no poder cumplir su función de estabilidad y orden, o bien el peligro de la supremacía de uno de los poderes constituidos dado que no existiría un orden material y estructural fundamental (Ulloa & Ledesma, 20014).

Por la misma razón resultaría útil saber cuáles son, cuál es la función y en qué consisten los principios constitucionales: en ellos están contenidas las bases de la institucionalidad, los fundamentos político económico-sociales, las garantías fundamentales de los ciudadanos, las disposiciones acerca de cómo debe operar el sistema jurídico y las disposiciones rectoras de las relaciones internacionales. Todo el sistema político y jurídico ecuatoriano, puede decirse con certeza, está ligado a la existencia de unos principios (Moncada, 2014)

Siendo entonces la Corte Constitucional el órgano de mayor relevancia en un Estado constitucional, más aún cuando se trata de la revisión de derechos y garantías jurisdiccionales, correspondió a aquella la revisión del control abstracto de constitucionalidad en el Art. 25 de la LOAH.

En torno al tema de esta investigación existen algunas opiniones doctrinales de juristas ecuatorianos que tienen puntos de vistas opuestos. Pues si bien por un lado la Constitución

¹representa la máxima norma jerárquica en relación a las demás leyes que rigen un Estado, también es indiscutible que las leyes secundarias podrían ser utilizadas para no mermar los derechos fundamentales que más beneficien a la parte que pretenda reclamarlos, para lo cual deberán aportar las pruebas suficientes que corroboren el derecho presuntamente afectado.

El Art. 1 de la Carta Magna a su vez es expreso al señalar que: el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución (Constitución, 2008).

Pudiéndose comprender que, si el pueblo es el soberano y que los órganos en funciones del poder público deberán acatar ese manifiesto popular, quizás el órgano legislativo debió llamar al pueblo a ser partícipe a través del órgano electoral a consultar si era procedente o no que dicha norma continuara o no en vigencia (Guerreo, 2014).

Otro asunto que es controvertible es el conflicto relacionado con la misma constitución en un Estado social de derechos que consiste en poder encontrar un significado entre la interrelación entre el momento conflictual y el garantista, es decir en la protección del Estado como tal por asuntos netamente de salvaguardar los intereses de la misma economía, o la protección al trabajo de aquellos que por derechos han sido beneficiarios del mismo, (OIT, 2020), siendo importante que la CC encuentre un equilibrio moral, pues si bien es cierto los preceptos legales no concuerdan al cien por ciento con las pretensiones de aquella ley, tampoco es menos cierto que la constitución si tiene definido aquel respeto y protección al trabajo, y que no solo es la constitución sino también los tratados internacionales que protegen esta garantía como un derecho fundamental (Ministerio de Trabajo, 2020).

Los autores (González & y Trelles, 2021), destacan en su Artículo denominado “Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria del Covid-19 y su posible vulneración a los derechos laborales”, que, el Artículo 33 de la Constitución de la República del Ecuador, refiere que “El Estado garantiza a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido y aceptado” (Asamblea Constituyente, 2008).

Tomando dicha cita, quizás el legislador se basó en aquella premisa constitucional, y por ello en un primer momento decide otorgar los nombramientos definitivos a aquel personal del área de la salud que estuvieron brindando todo su contingente humano en plena crisis sanitaria.

¹ CRE.- Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecen de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público

De tal forma que no existió el debido análisis normativo correspondiente para no incluir aquel artículo, que al inicio se escuchaba agradable, obedeciendo no sólo a la gratitud a ellos sino también era un modo de reconocimiento a la gran labor realizada, olvidando en dicho momento que no todos los servidores de la salud son médicos, sino que tienen diferentes perfiles ocupacionales.

De tal forma que, al estar todas las personas, autoridades e instituciones sujetas a la Constitución, nadie puede desconocer su fuerza. Es así que las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente (Corte Constitucional, 2016).

Lo anotado se trae en referencia porque durante el tiempo que estuvo vigente el Art. 25 de la LOAH, no todos los jueces al resolver las sentencias lo hacían con el mismo criterio, sino que algunos coincidían que si existía la vulneración de derechos fundamentales, mientras otros coincidían que no se podía demostrar dicha vulneración porque se trataban de actos administrativos que debían ser ventilados en sede administrativa o judicial, por no cumplir tal demanda los requisitos de rango constitucional, lo que al parecer ha llegado a ser el criterio de la misma CC (Función Judicial 2021).

Al mismo tiempo, resulta sorprendente que la CC, haya declarado la inconstitucionalidad del Art. 25 de la LOAH, cuando es la misma Corte la llamada a defender y mantener los preceptos constitucionales (Corte Constitucional, 2016).

De lo expresado podemos acotar que el juez constitucional como garantista del debido proceso deberá actuar conforme lo ordena la ley y la constitución, de tal forma que cuando se trata de justicia constitucional no nos encontraremos frente a un juez que incumbirá en balancear el equilibrio de las normas, sino encontraremos a aquel juzgador que solo aplicará lo establecido en las normativas jurídicas adecuadas que no menoscaben derechos sino que devuelvan derechos, retrotrayendo si es posible el tiempo para salvaguardar el respeto a la aplicación del acto omitido.

No obstante, al encontrarse en dicho rol, el juez constitucionalista también es analítico y respetuoso a las demás materias que rigen los diversos conflictos, por ello ha existido quizás criterios opuestos en cuanto si dicho artículo era aplicable o no (Quintero & Zamora, 2013).

El tema central de este análisis guarda estrecha relación con el reclamo presentado por los funcionarios de la salud por el trabajo realizado durante la pandemia en su mayor apogeo o presentación inicial, cuando existía un desconocimiento mundial de cómo brindar una asistencia médica eficaz para lograr salvar las vidas de las personas con mayor afectación de virus.

El esfuerzo humano indudablemente debió y debe ser reconocido no sólo en la ley sino también en la sociedad, incluyendo el mismo dentro de las políticas públicas que rigen un país, ya que no se puede desmerecer la ardua labor realizada por aquellas personas que se desempeñaron en el ámbito de la salud, pero asimismo no olvidemos que aquello corresponde al riesgo que corre el profesional para con su trabajo, y aquel trabajo también debía estar asegurado por sus empleadores, con los equipos de seguridad necesarios para evitar tales riesgos laborales, pues uno de los preceptos que se realza en la constitución es que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación (Jaramillo, 2018).

Considerándose por otro lado que la administración pública, debe de cumplir con lo establecido expresamente en la ley, por lo que enmarcándose en la LOAH, debió cumplir con planificación y posterior creación de puesto para proceder con el concurso de mérito y oposición; siendo preciso señalar que conforme a lo establecido en esta normativa principalmente la transitoria novena, teniendo en cuenta la fecha que se promulgó, la misma que en lo medular indica que en los seis meses posteriores tenían que convocar al concurso de merecimiento y oposición, para posteriormente conferir los nombramientos definitivos, esto obedece a que en efecto los concursos debieron iniciarse de manera inmediata una vez promulgada la Ley en el Registro Oficial y vigencia de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, es decir a partir del 22 de junio del 2020, lo que simplemente a la presente fecha no se ha cumplido, a pesar que se ha otorgado nombramientos definitivos a otros profesionales de la salud, excluyendo a muchos profesionales de salud de aquel beneficio, aquello si resulta una clara vulneración a derechos constitucionales (Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020).

De lo manifestado, también se precisa que el ascenso en el sector público según la ley de la materia deberá realizarse por concurso de mérito y oposición, de tal forma que quien pretenda ingresar y obtener estabilidad en dicho sector deberá obligatoriamente concursar con otros postulantes para la carrera que se pretenda (Fajardo, 2020). Porque no se podría realizar un concurso cerrado ya aquello si sería motivo de discriminación laboral.

Según el criterio de (Loor, 2021) en la que hace una analogía entre el derecho al trabajo y un átomo con su estructura, canalizando este a su vez que: si imaginamos el derecho al trabajo como un átomo que está rodeado de discos concéntricos hacia fuera, debemos entender que los discos más grandes representan los niveles que permiten una restricción que no anula el derecho al trabajo. De esta manera, el más grande se refiere a las condiciones de acceso al cargo dentro de la carrera administrativa.

Por lo que el autor citado manifiesta que la autoridad puede, con un nivel de discrecionalidad adecuado, establecer los perfiles técnicos, de experiencia y especialidad con bastante libertad. No obstante, no se puede solicitar requisitos imposibles o que no tengan un fin

constitucionalmente válido. Es decir, desde un punto de vista idealista lo acotado por dicho autor resultaría sencillo de cumplir y de efectivizarse, pero no solamente aquello depende de la autoridad de turno, sino que cualquier acto administrativo debe ceñirse estrictamente a la constitución y a la ley.

Otros autores como (Ormaza & Trelles, 2021) concuerdan con el Dr. Freddy Carrión, Presidente de la Defensoría del Pueblo, quien manifiesta que esta ley va en contra de lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador; y por tanto, es incompatible con los objetivos del milenio que tiene el gobierno consiguiendo dar paso a la inequidad entre empleados y empleadores, disminución de salarios, fomentación de despidos intempestivos, y con ello la inestabilidad del país desde lo laboral llegando a violentar algunos de los derechos por los cuales se ha luchado.

En sí no queremos salir de contexto, pero no sólo es el Art. 25 de la LOAH, el que desnaturaliza las estipulaciones constitucionales sino la ley en sí por las incompatibilidades existentes con la carta magna.

De tal forma que para poder discernir el artículo 25 de la LOAH, resulta importante hacer una corta remembranza de los aspectos básicos de la pandemia del Covid-19 y de sus repercusiones en la salud de los ecuatorianos.

En un estudio realizado por (Ortiz & Fernández, 2021), publicado en la Revista ecuatoriana de neurología, destacan que hasta el 20 de julio de 2020 se estimaban alrededor de 25,000 muertes en exceso.

En definitiva, en la investigación citada, refiere que el virus de la pandemia se propagó primero por las ciudades más grandes de la costa como: la provincia del Guayas principalmente en la ciudad de Guayaquil, considerada el epicentro de la pandemia, luego recorrió a Manabí, Esmeraldas y posteriormente se extendió a otras ciudades de la costa, no obstante, el virus también fue avanzando a la sierra, principalmente en ciudades como Pichincha, Azuay, Chimborazo entre otras (García & Toledo, 2021).

En cuanto a la información del área geográfica, en el Reglamento de Aplicación al Art. 25 de la LOAH, específicamente el art. 10 se hace referencia a las directrices de aplicación para poder otorgar los nombramientos al personal de salud que brindó auxilio en la pandemia en el tiempo de su mayor propagación.

Es decir que si calculamos solo a breves rasgos los sectores donde se propagó más rápido la enfermedad debieron darse los nombramientos inmediatos a aquellas ciudades donde los médicos y demás personal de salud trabajaron con mayor sacrificio. Si se ve de aquella forma lo prometido en la ley resultaría ser un concurso, pero no de méritos sino de exposición por alcanzar la estabilidad.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante LOGJCC, señala entre los principios de la justicia constitucional, aquel que estipula sobre la aplicación más favorable a los derechos, y manifiesta si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja a los derechos de las personas.

Por otro lado, podemos notar que la ley que regula el proceso para la presentación, desarrollo y decisión de la acción de inconstitucionalidad señala específicamente los plazos, las reglas generales, los sujetos que intervienen y el contenido de la decisión. No obstante, las sentencias permiten constatar que, los plazos procesales no se cumplen a raja tabla, y que, en ocasiones, no se permite a los legitimados activos desistir de la demanda de inconstitucionalidad (Ávila, 2008).

A través de la sentencia No. 18-21-CN/21, y acumulado nuestra Corte Constitucional, declaró la inconstitucionalidad del artículo 25 y la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19. Dicho análisis precisaba que aquellas normas no guardaban relación con el texto constitucional en cuanto al derecho de igualdad y no discriminación, pues se debía determinar sobre la permanencia de los servidores de la salud que hubieren trabajado durante la emergencia sanitaria; y, si regular el concurso de méritos y oposición se contraponen a lo dispuesto en la constitución sobre el ingreso al servicio público (Corte Constitucional, 2021).

Del análisis también se desprende que se deberá considerar la existencia o no de una discriminación, esto en cuanto a uno de los casos concretos que menciona que se han discriminado sus derechos fundamentales como el trabajo y a la participación.

La comparativa es el acceso a los derechos de participación de dos o más grupos en concretos. De tal forma existen dos grupos comparables, el de los trabajadores y profesionales de la salud que prestaron sus servicios durante la crisis del COVID-19, ya sea por contrato ocasional o nombramiento provisional y el segundo grupo en el que se encuentran trabajadores y profesionales de la salud que no prestaron servicio durante los acontecimientos de la crisis (Lynch, 2021).

Para ello, se deben comparar el acceso a los derechos de participación de dos o más grupos en concreto. Así presenta que existen dos grupos comparables, el de los trabajadores de la salud que prestaron sus servicios durante la crisis del COVID-19, ya sea por contrato ocasional o nombramiento provisional. Y, un segundo grupo en el que se encuentran trabajadores y profesionales de la salud que no prestaron servicio durante los acontecimientos de la crisis.

Efectivamente según el análisis motivado de la Corte, la norma si se contraponen al precepto constitucional, pues estos concursos no incluirían a todos aquellos profesionales y trabajadores que cumplan con el perfil para concursar y lograr un nombramiento en los diferentes centros de salud del Ecuador, pues ya no existiría la oposición y sería un concurso interno.

Cabe destacar que no sólo se declaró la inconstitucionalidad de dicho artículo sino también de los demás que guarden relación con el mismo.

Luego de la sentencia acotada, varias personas presentaron recurso de aclaración y ampliación a la misma, por lo que la Corte explica que: “La Constitución establece que las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables” (Constitución, Art. 440). De tal forma se imposibilita una aclaración en ese sentido.

Según Armijos (2021) la LOAH en su magnitud no ha respetado los principios, reglas y derechos constitucionales, al mismo tiempo que, al tratarse de una iniciativa del Ejecutivo, el Estado ha incumplido con el deber de respetar y hacer respetar los derechos, por lo cual estos artículos no han contemplado las disposiciones constitucionales.

Según criterio del análisis constitucional en relación a la prohibición de discriminación establecida en la carta magna, deberá cumplir con tres elementos para que se configure dicho acto.

En primer lugar, se necesita un escenario donde intervengan dos personas o entes sujetos de derechos que se encuentren en similar o igual condición, en segundo lugar, se deberá constatar la existencia de un trato diferenciado al trato que realmente merecen, según las condiciones o hechos; en tercer lugar, se deberá verificar el resultado de aquel trato diferenciado, aquella diferencia puede ser justificada y en caso de no justificarse se conjetura que es un trato diferenciado discriminatorio (Torres, 2021). La diferencia justificada se presenta cuando se promueven derechos, y la diferencia discriminatoria cuando tiene como resultado el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de aquellos derechos

En la doctrina también se ha reconocido que la vulneración debe estar orientada a atacar la dimensión constitucional del derecho: “Esto significa que, para que proceda la acción de protección, la violación del derecho necesariamente debe afectar el contenido constitucional del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado por acción u omisión de autoridad pública” (Ramiro, 2011).

En ese sentido la línea de razonamiento seguida es la siguiente: la doctrina establece como método de interpretación constitucional el método sistemático, el cual permite que el intérprete pueda entender a la Constitución como un todo orgánico (Tapia, 2009).

La inconstitucionalidad del artículo de estudio, con el fin de mantener la seguridad jurídica y la protección del orden social, la misma no afecta las situaciones jurídicas del pasado que se han cumplido o quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles frente a aquélla no aplicación de dicho artículo para el futuro. Es decir que los hechos o actos jurídicos cumplidos en una fecha anterior a su declaratoria de inconstitucionalidad siguen siendo válidos (Ormaza & Trelles, 2021).

Con el fin de evitar el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas y los derechos adquiridos con justo título bajo la vigencia de una ley ya insubsistente y en aras de la seguridad jurídica se deja claro que no existirá irretroactividad de derechos.

Cabe detallar que, la acción de inconstitucionalidad es una garantía jurisdiccional que obviamente se presenta para remover del ordenamiento jurídico una norma que, por la forma o por el fondo, es contraria a la Constitución o al bloque de constitucionalidad.

Dicha herramienta judicial puede ser ejercida por cualquier persona y su resolución es exclusiva de la CC. A través de esta acción y en respeto a la supremacía de la misma, los jueces realizan un control abstracto de la norma impugnada que, al tiempo, forma parte del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, y con la misma intención podemos observar la constitucionalidad de una norma, en Ecuador se reconoce el llamado control concreto de constitucionalidad, el mismo que, por disposición del Art. 428 ibidem, exige a los jueces ordinarios a suspender un determinado proceso judicial de llegarse a considerar que la norma a ser aplicada al caso concreto que se está ventilando, pueda ser contraria a la norma suprema o bien, antepuesta a cualquier norma que integra el bloque de constitucionalidad (Ambrocio, 2016).

Definitivamente el Art. 25 de la LOAH, fue muy controversial por las diferentes opiniones tanto de jueces y abogados en el libre ejercicio, ya que la academia no se pronunció de forma categórica sobre su planteamiento y respectiva ejecución.

Y respetando todos los criterios se coincide con la Corte que el referido artículo era contrario a la constitución ya que la ley de la materia responde a las competencias internas en la misma, la efectividad de los derechos indudablemente se desarrolla con base en dos cualidades: la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos (Jaramillo, 2018).

Siendo claro que la interpretación de la Constitución es una tarea compleja y realmente incurso de dificultades, relativas al "cómo" y al "quién". Siendo este un proceso que comparte algunas características con la interpretación de diversa otra norma, pero que reviste a su vez también notorias peculiaridades (Ortíz & Fernández, 2021).

Derivando aquellas, en buena medida, de las características de la propia norma constitucional; en especial su generalidad, ambigüedad, politicidad y carácter axiológico, así como de la notable presencia de principios en la norma fundamental. Por ello, sin perjuicio de la aplicabilidad a la Constitución de los criterios o elementos habitualmente utilizados en la interpretación jurídica, se han propuestos diversos métodos específicos para la interpretación

constitucional, como la concretización, el método tópico, o la ponderación. Pero todos ellos presentan alguna carencia cuando se les quiere utilizar como un método global y universal de interpretación constitucional (Valenzuela, 2019).

En tanto que, a los sujetos, se sostiene que, privados o públicos, pueden realizar esa labor, pero están en una posición especial el legislador y el juez; en especial el juez constitucional. El trabajo se centra en el análisis de la posición especial del Tribunal Constitucional o la jurisdicción constitucional específica equivalente como intérprete supremo de la Constitución.

En dicha condición, sus decisiones tienen un valor especial, vinculante para todos los jueces y tribunales, e incluso en algunos casos poseen efectos erga omnes o derogatorios de las leyes. Eso es lo que da a la jurisprudencia constitucional el valor de una fuente del derecho, y al Tribunal Constitucional, una posición de poder de gran relevancia, en la cual puede enfrentar a los otros intérpretes constitucionales. En su condición de delegado del poder constituyente, su poder es grande, aunque sobre el mismo, todo sistema ha de establecer algunos controles.

Conclusiones

A pesar que se ha declarado la inconstitucionalidad del Art. 25 de la LOAH, es preciso que se establezcan los parámetros para los concursos de mérito y oposición para el personal de salud del Ministerio de Salud Pública del Ecuador, ya que muchos servidores reclamaban sus derechos amparados en este artículo porque ya llevan muchos años trabajando bajo la misma nominación y con el mismo salario.

Aunque la aplicación del Art. 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, provocó que un grupo representativo de servidores de la salud ejecuten un sinnúmero de Acciones Constitucionales para acceder a dicho derecho, beneficiándose a su vez de aquello, otro grupo que pretendía asimismo realizar las reclamaciones quedan en el limbo lo que pone en evidencia que no existió equidad para todos los trabajadores.

Aunque varios trabajadores y profesionales de la salud, antes de la entrada en vigor del Art. 25 de la Ley de Apoyo Humanitario habían cumplido con las estipulaciones legales en tiempo y permanencia en la institución para ser llamados a concurso de mérito u oposición, podemos notar que no se ha podido probar por parte que otros servidores que resultaron beneficiados que hayan podido cumplir con esas previsiones legales, por lo que antes de haber publicado dicha ley el legislador debió ser más responsable con sus estipulaciones y no aprobar un texto legal a la ligera.

A través del análisis y exposición del presente trabajo queda demostrado que existió una violación a la constitución que converge en la inconstitucionalidad del Art. 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario pues contraría desde cualquier punto de vista a los estamentos jurídicos contemplados en la Constitución, siendo lo más saludable haber establecido una

reforma que clarifique los procedimientos para acceder al nombramiento apegado a la carta magna y a las leyes vigentes.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Referencias bibliográficas

- Ambrocio, G. (2016). Control concreto de constitucionalidad. *Revista DerechoEcuador*. Obtenido en: <https://derechoecuador.com/control-concreto-de-constitucionalidad/>.
- Armijos, P. (2021). Análisis de la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID 19 en el ámbito laboral. <http://201.159.223.180/handle/3317/16739>.
- Ávila, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Obtenido en: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2358/3C2008CA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Ávila, L. (2020). *Acción de incumplimiento Ecuador*. Instituto Interamericano de Investigación Jurídica. Obtenido en: <https://revista.sangregorio.edu.ec/index.php/REVISTASANGREGORIO/article/view/1455>.
- Barrios, A; y Vásquez, G. (2018). *Supremacía Constitucional: Enfoque teórico del conflicto de jerarquía y competencia. Volumen 10 número*. Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos. ISSN: 2218-3620. Obtenido en: <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/775>
- Calduch, R. (2014). *Métodos y Técnicas de investigación Internacional*. Madrid. Obtenido en; <https://www.ucm.es/data/cont/docs/835-2018-03-01-Metodos%20y%20Técnicas%20de%20Investigacion%20Internacional%20v2.pdf>.
- Castro, A. (2021). *La acción por incumplimiento como garantía constitucional de aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos en el Ecuador*. Obtenido en: <https://www.fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/468>.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Asamblea Nacional. Obtenido de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>.
- Corte Constitucional. (2016). *Sentencia No. 001-16-P.JO-CC - Relevancia Constitucional*. <https://www.calameo.com/books/006116658b02836361782>.
- Corte Constitucional. (2021). *Sentencia: No. 18-21-CN/21. Auto de aclaración No. 18-21-CN/21 y acumulado. 17 de noviembre de 2021*. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaCausa.aspx?numcausa=18-21-CN>.
- El diario (2021). *Preocupación en médicos que aún no reciben su nombramiento*. <https://cronica.com.ec/2021/10/08/preocupacion-en-medicos-que-aun-no-reciben-su-nombramiento/>.
- Fajardo, H. (2020). *Análisis de constitucionalidad de la Ley Humanitaria en las medidas para apoyar la sostenibilidad del empleo*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Recuperado de: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/15685>.
- Función Judicial (2021). *Sentencia Acción de Protección*. Obtenido de <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2021/06/SENTENCIA-ACCION-PROTECCION-03283202100489.pdf>.

García, V., Toledo, I. (2021). *Restricciones en el acceso a la justicia en el Contexto de la Pandemia por Covid-19 en Ecuador*. Revista San Gregorio. vol.1 no .45. Obtenido en: <https://doi.org/10.36097/rsan.v0i45.1455>.

González, C; Trelles, D. (2021). *Análisis de la “Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del Covid-19” y su posible vulneración a los derechos laborales*. <https://orcid.org/0000-0003-2593-876X>.
<https://www.fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/download/391/697/>.

Guerreo, C. (2014). *La acción de inconstitucionalidad: una acción de defensa y un medio de depuración del sistema jurídico*. Obtenido en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4772/1/T1784-MDE-Guerrero-La%20accion.pdf>

Jaramillo, C., (2018). Efectos del decaimiento del acto administrativo. Recuperado. <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/efectos-del-decaimiento-del-acto-administrativo-2792397>

Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. (2020). Asamblea nacional. Obtenido de https://www.emov.gob.ec/sites/default/files/transparencia_2020/a2_41.pdf.

Loor, Y. (2021). *Derecho al trabajo en la función pública*. Revista DerechoEcuador.com. <https://derechoecuador.com/derecho-al-trabajo-en-la-funcion-publica/>.

Lynch, M (2021). *Revisión al Control Abstracto de Constitucionalidad para la Ley de Apoyo Humanitario*. Caso: Sentencia 18-21-CN/21. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/17544>.

Ministerio de Trabajo (2020). Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-232. <https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2020/11/Acuerdo-Ministerial-MDT-2020-232.pdf?x42051>.

Ministerio de Trabajo (2020). *Directrices para la aplicación del teletrabajo emergente durante la declaratoria de la emergencia sanitaria*. https://www.tfc.com.ec/uploads/noticia/adjunto/664/DIRECTRICES_PARA_LA_APLICACION_DEL_TELETRABAJO_EMERGENTE.pdf.

Moncada, J., (2014). *Principios para la interpretación de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Revista Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/7216294.pdf>.

Montaña, P; Juan (2011). *Apuntes de derecho procesal constitucional: parte especial: garantías constitucionales en Ecuador, t. 2*. Juan Montaña Pinto; Angélica Porras Velasco, eds. 1ª ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Cuadernos de Trabajo, 2). Obtenido en: http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Apuntes_2/Apuntes_derecho_procesal_constitucional_2.pdf

MSP. (2021). *MSP garantiza estabilidad, tras sentencia de la Corte Constitucional*. Obtenido de <https://www.salud.gob.ec/msp-garantiza-estabilidad-tras-sentencia-de-la-corte-constitucional/OIT>. (2020). Organización Internacional del Trabajo. *Covid-19 y el mundo del trabajo*. <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/lang--es/index.htm>.

OIT. (2020). Organización Internacional del Trabajo. *Por qué la desigualdad está en el punto de mira de la Conferencia Internacional del Trabajo*. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/video/institutional-videos/WCMS_829585/lang--es/index.htm.

Ormaza-Ulloa, E., y Trelles-Vicuña, D., (2021). *Inconstitucionalidad del Reglamento de la Ley de Apoyo Humanitario en relación la normativa laboral*. DOI: <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v6i4.478>. <https://fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/478/834>.

Ortiz-Prado, E., y Fernández-Naranjo E. (2020). *Impacto de la COVID-19 en el Ecuador: De los datos inexactos a las muertes en exceso. Impact of COVID-19 in Ecuador: From inaccurate data to using excess mortality*. <http://revecuatneurol.com/wp-content/uploads/2020/11/2631-2581-rneuro-26-02-00008.pdf>.

Quintero, S., y Zamora, A. (2013). *Análisis de las Consecuencias Jurídicas del Abuso del Derecho en las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S) En Colombia*. Obtenido de: <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5230/EI%20abuso%20del%20derecho%20en%20las%20SAS.pdf?sequence=2>.

Ramiro, S. (2011). *Del amparo a la acción de protección jurisdiccional*. *Revista IUS*, No. 27 (2011): 95-125.

Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. (2020). Asamblea Nacional. Obtenido de https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/10/reglamento_general_ley_organica_apoyo_humanitario_oct2020.pdf.

Torres, L. (2021). *Debate Constitucional con jurisprudencia*. Obtenido en: https://www.inredh.org/archivos/pdf/manual_tecnico_critico.pdf.

Ulloa, D, Ledesma, D. (2014). *IV Seminario Internacional y Comparado en Derecho del Trabajo Isla Margarita, Venezuela, Revista Digital Grandes temas en Relación al trabajo*. Obtenido en: <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/RDL/article/view/1071?articlesBySameAuthorPage=8>.

Valenzuela, W. (2019). *La sentencia de inaplicabilidad y su cumplimiento por parte de los tribunales de justicia*. *Revista Scielo*. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002019000100053&lng=es&nrm=iso.