

Caso Nro. 18-21-CN

|

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Ab. Galo Francisco Guarderas Villafuerte, con cédula de ciudadanía Nro. 17112902665, de 40 años de edad, de estado civil casado, profesión abogado, Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública, calidad que justifico conforme Acción de Personal Nro. 0593 de 09 de junio de 2021 y delegado de la señora Ministra de Salud Pública conforme consta del Acuerdo Ministerial Nro. . 00001-2021 de 03 de marzo de 2021 muy respetuosamente comparezco y manifiesto:

PRIMERO. - En conformidad con el auto de admisibilidad emitido el 20 de mayo de 2021, mismo que fuere notificado al Ministerio de Salud Pública el día 27 de mayo de 2021, a través del cual se solicitó a esta Cartera de Estado, a la Procuraduría General del Estado, Presidencia de la República, Ministerio de Trabajo y Asamblea Nacional, presenten en el término de cinco días, contado desde su notificación, un informe debidamente motivado sobre los argumentos que fundamentan la consulta.

SEGUNDO.- Como es del conocimiento de vuestras autoridades, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, a la cual se circunscribe el presente análisis, se aprobó en el entorno de la declaratoria de la emergencia sanitaria producto de la pandemia de COVID-19, es en dicho contexto que me permito poner en su conocimiento de los antecedentes que preceden a la emisión de dicho cuerpo normativo, cuyo análisis considero es de importancia sustancial dentro de la resolución de la consulta planteada por el Juez de la Unidad Judicial de Trabajo de Cuenca.

a. Decretos y Acuerdos de emergencia sanitaria:

1. Mediante Acuerdo Ministerial Nro. 00126-2021, de fecha 11 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud Pública del Ecuador declaró el estado de emergencia nacional en todos los establecimientos del Sistema Nacional de Salud, en los servicios de laboratorio, unidades de epidemiología y control, ambulancias aéreas, servicios de médicos y paramédicos, hospitalización y consulta externa por la inminente posibilidad del efecto provocado por el coronavirus COVID-19, y prevenir su posible contagio a la población.
2. Mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1017, de fecha 16 de marzo de 2020, el entonces Presidente Constitucional de la República en uso de las atribuciones que le son conferidas de acuerdo con el artículo 164 y 165 de la Constitución de la República del Ecuador, declaró *“el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, por los casos de coronavirus confirmados y la declaratoria de pandemia de COVID-19 por parte de la Organización Mundial de la Salud, que representan un alto riesgo de contagio para toda la ciudadanía y generan afectación a los derechos a la salud y convivencia pacífica del Estado, a fin de controlar la situación de emergencia sanitaria para garantizar los derechos de las personas ante la inminente presencia del virus COVID-19 en Ecuador.”* y dispuso la suspensión de la jornada laboral presencial de trabajo comprendida entre el 17 al 24 de marzo de 2020, para todos los trabajadores y empleados del sector público y del sector privado. El Comité de Operaciones de Emergencias Nacional, una vez evaluado el estado de la situación, podrá prorrogar los días de suspensión de la jornada presencial de trabajo. Para el efecto, los servidores públicos y empleados en general que su actividad lo permita, se acogerán al teletrabajo en todo el territorio nacional conforme el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-076, de 12 de marzo de 2020, para lo cual las máximas autoridades institucionales organizarán las correspondientes acciones con el fin de implementar la modalidad señalada en el presente artículo.

3. Mediante Acuerdo Ministerial Nro. 0009-2020 de fecha 12 de mayo de 2020, el Ministerio de Salud Pública extendió por treinta días el estado de emergencia sanitaria, plazo que debía ser calculado desde el 11 de marzo de 2020, dejando abierta la posibilidad de extenderlo en caso de ser necesario.
4. Mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1052, de fecha 15 de mayo de 2020, el entonces Presidente Constitucional de la República del Ecuador, dispuso renovar por 30 días más el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, por los casos de coronavirus confirmados y número de fallecidos a causa de la COVID-19 (...)", en el cual se ratifican los términos establecidos en el artículo 6, literal a) del Decreto Ejecutivo Nro. 1017, circunscribiendo la suspensión de la jornada presencial de trabajo a aquellos cantones que se encuentren en rojo conforme la semaforización establecida por cada Comité cantonal, señalando que *"en estas jurisdicciones se garantizará la provisión de los servicios públicos básicos, de salud, seguridad, bomberos, riegos, aeropuertos, terminales aéreas, terrestres, marítimos, fluviales, bancarios, provisión de víveres, sectores estratégicos y otros servicios necesarios, en especial, los que ayuden a combatir la propagación del virus y a brindar la atención necesaria a los enfermos de COVID-19. Para el efecto podrán mantener la jornada presencial de trabajo."*, determinando que dicha declaratoria se extendía a los servicios de laboratorio, unidades de epidemiología y control, ambulancias aéreas, servicios médicos y paramédicos, hospitalización y consulta externa por el efecto provocado por el coronavirus COVID-19.
5. Mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1074, de fecha 15 de junio de 2020, el entonces Presidente Constitucional de la República del Ecuador, declaró por sesenta días *"el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, por la presencia de la COVID-19 en el Ecuador y por la emergencia económica sobreviniente de la emergencia sanitaria que atraviesa el Estado ecuatoriano, a*

fin de poder, por un lado continuar con el control de la enfermedad a través de medidas excepcionales necesarias para mitigar su contagio masivo; y por otro lado, establecer mecanismos emergentes que permitan enfrentar la recesión económica para el Estado ecuatoriano”.

6. Con Acuerdo Ministerial Nro. 00024-2020, de fecha 16 de junio de 2020, el Ministerio de Salud Pública, declaró el estado de emergencia sanitaria en todos los establecimientos del Sistema Nacional de Salud, en los servicios de laboratorio, unidades de epidemiología y control, ambulancias aéreas, servicios de médicos y paramédicos, hospitalización y consulta externa, ante la transmisión comunitaria del COVID-19 en las veinticuatro provincias del país y la posible necesidad de hospitalización o atención en cuidados intensivos de la población.
7. A través de Decreto Ejecutivo Nro. 1126, de fecha 14 de agosto de 2020, el entonces Presidente Constitucional de la República del Ecuador, renovó por treinta días más el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional a fin de poder continuar con el control de la enfermedad, según se indica en dicho instrumento, a través de medidas excepcionales necesarias para mitigar su contagio masivo.
8. Con Acuerdo Ministerial Nro. 00044-2020, de fecha 15 de agosto de 2020, el Ministerio de Salud Pública, extendió por treinta días el plazo de duración del estado de emergencia sanitaria, el cual debía ser contabilizado a partir del 16 de junio de 2020.
9. A través de Acuerdo Ministerial Nro. 00057-2020 de fecha 13 de septiembre de 2020, el Ministerio de Salud Pública dispuso la emergencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, a fin de que se mantengan las medidas necesarias para garantizar el derecho a la salud en la población ante la crisis sanitaria existente provocada por el SARS-COV-2 causante de la Covid-19, así mismo en dicho

Acuerdo se dispone la atención permanente de los servicios de laboratorio, unidades de epidemiología y control, ambulancias aéreas, servicios médicos y paramédicos, hospitalización y consulta externa, ante la transmisión comunitaria provocada por el SARS-COV-2 causante de la Covid-19 en las veinticuatro provincias del país y la posible necesidad de hospitalización o atención en cuidados intensivos de la población.

10. Con Acuerdo Ministerial Nro. 00106-2020, de fecha 10 de diciembre de 2020, se extendió la emergencia en el Sistema Nacional de Salud, por noventa días, contados a partir de la finalización de la vigencia del Acuerdo Ministerial Nro. 00057-2020, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial Nro. 1004 de 14 de septiembre de 2020, a fin de que se mantengan las medidas necesarias para garantizar el derecho a la salud en la población ante la crisis sanitaria existente provocada por el SARS-COV-2 causante de la Covid-19.
11. En dicho Acuerdo además, como en los anteriores, se dispone la atención permanente de los servicios de laboratorio, unidades de epidemiología y control, ambulancias aéreas, servicios de médicos y paramédicos, hospitalización y consulta externa, ante la transmisión comunitaria provocada por el SARS-CoV-2 causante de la Covid-19 en las veinticuatro provincias del país y la posible necesidad de hospitalización o atención en cuidados intensivos de la población.
12. A través de Decreto Ejecutivo Nro. 1217, de fecha 21 de diciembre 2020, el entonces Presidente Constitucional de la República del Ecuador declaró el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, por el grave incremento en el contagio de la COVID-19 por causa de aglomeraciones así como la exposición a una mutación con mayor virulencia importada desde el Reino Unido, a fin de contener la expansión del coronavirus y sus consecuencias negativas en la salud pública.

13. A través de Acuerdo Ministerial Nro. 0002-2021, de fecha 11 de marzo de 2021, el Ministerio de Salud Pública, dispuso la emergencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, a fin que se mantengan las medidas necesarias para garantizar el derecho a la salud de la población, ante la crisis sanitaria existente provocada por el SARS-CoV-2 causante de la Covid-19, disponiendo que su vigencia sería de noventa días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial.
14. Finalmente mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1291, de fecha 21 de abril de 2021, el entonces Presidente Constitucional de la República, declaró el estado de excepción desde las 20h00 del 23 de abril de 2021 hasta las 23h59 del 20 de mayo de 2021, por calamidad pública en las provincias de Azuay, Imbabura, Loja, Manabí, Santo Domingo de los Tsáchilas, Guayas, Pichincha, Los Ríos, Esmeraldas, Santa Elena, Tungurahua, Carchi, Cotopaxi, Zamora Chinchipe, El Oro y Sucumbíos.
15. Con Decreto Ejecutivo Nro. 1282 del 1 de abril de 2021, el entonces Presidente Constitucional de la República del Ecuador, declaró el estado de excepción por calamidad pública en las provincias de Azuay, El Oro, Esmeraldas, Guayas, Loja, Manabí, Pichincha y Santo Domingo de los Tsáchilas, por la situación agravada de la COVID-19, sus consecuencias en la vida y salud de los ciudadanos, y sus efectos en el Sistema de Salud Pública, a fin de reducir la velocidad de contagio del virus.

b. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y Reglamento:

1. En el Suplemento del Registro Oficial Nro. 229, de 22 de junio de 2020, se publicó la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19 que 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.”.

El artículo 25 de la Ley de Apoyo humanitario determina:

“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.”

2. Publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 303 de 5 de octubre de 2020, entró en vigencia el Reglamento General a la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario.

c. Acciones de protección:

1. Desde fines del 2020, se han presentado aproximadamente un total de 222 acciones de protección en contra del Ministerio de Salud Pública, como consecuencia de la aplicación del artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, producto de las cuales jueces de diversas unidades jurisdiccionales existentes a nivel nacional han dispuesto que la autoridad de salud convoque a los concursos de méritos y oposición y se otorgue nombramientos definitivos a los accionantes, que en muchos de los casos desempeñaron funciones de índole estrictamente administrativa sin que guarden relación con la prestación de los servicios de salud conforme el propósito contenido en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario.

TERCERO. - En ese marco corresponde analizar el alcance del artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario; al efecto, debemos desglosar cada uno de los supuestos que han sido incorporados por el legislador dentro de dicha disposición normativa:

- a) Lo dispuesto en el artículo 25 constituye una **excepción** a la regla general prevista en el artículo 228 de la Constitución de la República, a saber: el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley. Esta regla, conforme a los argumentos que se desarrollan en el presente documento, se circunscribe a garantizar el ejercicio de los derechos de participación reconocidos en el artículo 61 de la Constitución de la República del Ecuador.

Es decir, al limitar o transgredir los derechos de participación, concretamente, el de desempeñar empleos y funciones públicas con base a méritos y capacidades a través de un sistema de selección transparente (art. 61 n. 7 CRE), la aplicación del artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario debe sujetarse a criterios restrictivos; lo contrario, causaría la utilización abusiva y desproporcional de dicha disposición legal en perjuicio de dicho derecho constitucional.

En este sentido, el precepto contenido en el texto del ya citado artículo 25, debe ser entendido como un beneficio y no como un derecho.

Esto sin entrar a analizar que el procedimiento planteado en dicho artículo se abstrae del cumplimiento de la disposición contenida en el artículo 228 de la Constitución de la República del Ecuador, aspecto que será objeto de análisis en líneas posteriores.

- b) Por otra parte, la aplicación del artículo 25 se circunscribe a un **ámbito temporal y espacial específico**. En lo que respecta al ámbito temporal, la propia norma lo limita a la

duración de la emergencia sanitaria, para lo cual debemos remitirnos a la declaratoria realizada por el Ministerio de Salud Pública mediante Acuerdo Ministerial Nro. 00126-2021, de 11 de marzo de 2020, hasta su conclusión.

En cuanto al ámbito espacial, la norma en análisis lo circunscribe a *“algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS) y sus respectivas redes complementarias”* que, de manera concordante y armónica, la declaratoria del estado de emergencia sanitaria lo desarrolla como *“los servicios de laboratorio, unidades de epidemiología y control, ambulancias aéreas, servicios de médicos y paramédicos, hospitalización y consulta externa por la inminente posibilidad del efecto provocado por el coronavirus COVID-19”*.

De lo anotado se concluye que el beneficio previsto en el artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario, alcanza al personal (trabajadores y profesionales de la salud) que brindó su contingente en cualquiera de los servicios definidos en el párrafo precedente, durante la emergencia sanitaria.

- c) Otro aspecto importante para considerar es que el artículo 25 refiere su aplicación a los trabajadores y profesionales de la salud, diferenciación que se encuentra en la Ley Orgánica de la Salud, donde se identifica dos grupos de servidores de la salud. Los primeros denominados profesionales de la salud, cuya calificación se encuentra determinada en el artículo 193 de la Ley Orgánica de la Salud, en el que textualmente se establece:

“Art. 193.- Son profesionales de la salud aquellas cuya formación universitaria de tercer o cuarto nivel está dirigida específicamente y fundamentalmente a dotar a los profesionales de conocimientos, técnicas prácticas, relacionadas con la salud individual y colectiva y al control de sus factores condiciones.”

Y, por otro lado, el artículo 195 de la norma *ibidem*, en donde se reconoce a los servidores con títulos de nivel técnico superior o tecnológico, así como de auxiliares en distintas ramas de la salud, quienes para su habilitación deben registrarlos en las instancias respectivas e inscribirlos ante la autoridad sanitaria, en conformidad con la Norma Técnica emitida por el Ministerio del Trabajo.

Entonces, los trabajadores y profesionales de la salud a los que se refiere el artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario, son todos aquellos servidores públicos que prestan servicios de la salud de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 193 y 195 de la Ley Orgánica de Salud, servicio que conforme a la definición constante en el artículo 259 de la norma *ibidem*, se circunscribe a aquellos servicios que están destinados a brindar prestaciones de salud, de promoción, de prevención, de recuperación y rehabilitación en forma ambulatoria, domiciliaria o internamiento, y que son clasificados de acuerdo a la capacidad resolutive, niveles de atención y complejidad.

Esto, sin dejar de lado el alcance temporal y espacial, a los cuales me he referido en líneas precedentes.

- d) Finalmente, el artículo en análisis determina que previo el concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo.

El contenido de este presupuesto, contiene graves errores conceptuales y jurídicos que se apartan de las garantías reconocidas en la Constitución de la República del Ecuador, las cuales se sujetan al reconocimiento del derecho a desempeñar empleos o funciones públicas con base a méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice la participación de todos los ciudadanos y ciudadanas con igualdad de oportunidades.

Dicho presupuesto de orden jurídico se complementa, como ha sido desarrollado en el apartado precedente, con la exigencia constitucional del ingreso al servicio público a través de concursos de méritos y oposición, de acuerdo con el procedimiento que determine la ley para dicha finalidad. Determinando además que su inobservancia, provocará la destitución de la autoridad nominadora.

En cuanto a la definición de “concurso” el diccionario de la real academia de la lengua señala: “competencia entre quienes aspiran a encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas”; es decir, el concurso parte de la existencia de un proceso de selección en el que se garantiza a los interesados la valoración de sus propuestas bajo criterios de igualdad.

Por tanto, no se puede hablar de concurso de méritos y oposición cuando el ingreso al servicio público no se sustenta en un proceso de selección que garantice la participación con igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos y ciudadanas que tengan interés en acceder al desempeño de un cargo o función pública, presupuestos que han sido considerados como elementos fundamentales para el ejercicio de los derechos de participación o de elegir y ser elegidos en los términos propuestos en la Convención Americana de Derechos Humanos, mismos a los que me referí en líneas precedentes.

Bajo dichos presupuestos, la finalidad propuesta en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, se encuentra en clara contraposición con la disposición contenida en el artículo 61, numeral 7) y 228 de la Constitución de la República del Ecuador, puesto que determina un mecanismo de asignación directa de cargos públicos sin seguir el procedimiento de selección que exige la norma suprema.

El ordenamiento jurídico a la fecha, determina mecanismos a través de los cuales se establecen criterios de valoración específicos para grupos de atención prioritaria o de personas que por sus funciones o servicios han sido objeto de reconocimiento y

asignación de puntajes como acciones afirmativas dentro de los procesos de selección llevados a cabo por las entidades del sector público, sin que ello implique la exclusión de la participación del resto de ciudadanos que deseen acceder a un cargo dentro de la administración pública. Es decir, existen antecedentes en los que se han establecido mecanismos de reconocimiento y valoración que, sin excluir al resto de ciudadanos titulares del derecho de participación, permite establecer criterios de valoración diferenciados en función del reconocimiento de criterios de evaluación objetiva.

CUARTO.- El artículo 61 de la Constitución de la República del Ecuador establece que las ecuatorianas y ecuatorianos gozan entre otros derechos, a desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades y en un **sistema de selección o designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático**, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.

En concordancia, el artículo 228 de la norma *ibídem*, determina que **el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición**, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción.

Es decir, en conjunto, los artículos 61 y 228 de la Constitución de la República del Ecuador establecen el marco normativo destinado a regular el ejercicio del derecho fundamental a la participación, a través de una garantía específica que se materializa con la implementación de un procedimiento de selección transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, el cual se basa en la evaluación de los méritos y capacidades de todos aquellos ciudadanos que cumpliendo con los requisitos exigidos, tengan la justa expectativa de acceder a una función pública en condiciones de igualdad, conforme al procedimiento establecido en la Ley.

El encargo realizado por el poder constituyente se circunscribe al establecimiento de un procedimiento que garantice el ejercicio de este derecho constitucional por parte del poder constituido, atribución que se materializó con la expedición de la Ley Orgánica del Servicio Público, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe, entre otros, a aquellos organismos y dependencias pertenecientes a la Función Ejecutiva. En dicho cuerpo normativo se regula el procedimiento de concurso de méritos y oposición, a través del cual se busca evaluar la idoneidad de los interesados y garantizar el libre acceso sobre la base de preceptos de justicia, transparencia y sin discriminación alguna.

En ese sentido, la Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 65 establece que:

“[...] el ingreso al sector público será efectuado mediante concurso de merecimientos y oposición, que evalúe la idoneidad de los interesados y se garantice el libre acceso a los mismos, determinado de forma textual que la calificación de los concursos de méritos y oposición debe hacerse con parámetros objetivos, y en ningún caso, las autoridades nominadoras podrán intervenir de manera directa, subjetiva o hacer uso de mecanismos discrecionales. Este tipo de irregularidades invalidarán los procesos de selección de personal.”

Los presupuestos planteados en los artículos previamente referidos se dirigen a establecer el marco jurídico que permita garantizar a los ciudadanos y ciudadanas el ejercicio del derecho de participación en un entorno que priorice la igualdad formal y material.

El 12 de agosto de 1977 el Ecuador ratificó la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuyo artículo 1 dispone:

“(...) Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona

que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna 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”.

A través de dicho instrumento se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo que, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 62 numeral 3, tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de sus disposiciones.

En varios pronunciamientos de dicho organismo de justicia supranacional, se ha estructurado un proceso evolutivo en el que se ha determinado el alcance del concepto de *control de convencionalidad* el cual se configura como una herramienta que busca garantizar el efectivo ejercicio de los derechos humanos, mediante la imposición de procesos de observancia imperativa por parte de las autoridades públicas dentro del ejercicio de sus funciones.

Es por primera vez, en el año 2006, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta la sentencia dentro del caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*¹, en cuyo párrafo 124 señaló:

“124. La corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos

¹ Disponible en World Wide Web:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (...)”.

El mismo año, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó el fallo del caso ***Trabajadores Cesados del Congreso Vs Perú***², en el cual estableció que los órganos del Poder Judicial no sólo deben realizar el control de constitucionalidad sino que además deben ejercer el *de convencionalidad* estableciendo además que éste debe ser realizado de oficio.

Con anterioridad al año 2011 y de acuerdo a los precedentes jurisprudenciales derivados de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el *control de convencionalidad* se limitaba al ejercicio de la actividad del Poder Judicial; sin embargo, en el año 2011 dicho organismo supranacional dictó el Fallo ***Gelman Vs. Uruguay***³, en el cual de forma textual señala:

“(...) 193. Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta

² Disponible en World Wide Web:
www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.doc

³ Disponible en World Wide Web:
www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Americana, intérprete última de la Convención Americana.”.

El numeral 1), literal c) del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos de forma textual establece:

“Artículo 23.- Derechos Políticos.

*[...] 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
c) de tener acceso, en condiciones general de igualdad, a las funciones públicas de su país.”.*

El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, según señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Yatama vs. Nicaragua, protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas, en ese sentido dicho organismo jurisdiccional establece que se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

En igual sentido dentro del caso Castañeda Gutman Vs. México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

“[...] El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en asuntos públicos, como electo a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derecho reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la

Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no solo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este tribunal anteriormente.”

Así mismo, en el caso Tribunal Constitucional Vs. Ecuador, el mismo órgano jurisdiccional señaló que:

“194. (...) en relación a la protección otorgada por el artículo 23.1.c de la Convención Americana, en los casos Apitz Barbera y otros, y Reverón Trujillo, este Tribunal precisó, sino a hacerlo en `condiciones general de igualdad`. Lo anterior quiere decir que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando `los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución sean razonables y objetivos` y que `las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de este derecho. A este respecto, la Corte ha indicado que la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en el cargo garantizar la libertad frente a toda injerencia o presión política.”

En igual sentido, dentro del caso Yatama Vs. Nicaragua, se determinó que el derecho reconocido en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, concluyendo que el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igual protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento y designación.

En el caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el artículo 23.1.c no contempla el derecho a acceder a un cargo público, sino a hacerlo en “condiciones generales de igualdad”. Esto quiere decir que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos” y que “las personas no sean objeto de discriminación” en el ejercicio de este derecho.

En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“El ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a su vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no solo deben gozar de derechos, sino también de oportunidades. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.”*

Es así como al referirse al principio de protección igualitaria y efectiva de la Ley y de la no discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que estos principios constituyen un “dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”, en dicho sentido la Corte ha señalado que ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un “principio de derecho imperativo” siendo obligación de los Estados combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la Ley de todas las personas, **siendo discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.**

Al referirse al principio de igualdad formal, la Corte Constitucional del Ecuador dentro de la sentencia No.037-13-SCN-CC del 11 de junio de 2013 señaló:

“El principio de igualdad se proyecta también en el momento de aplicación de la ley; sin embargo, esta aplicación debe direccionarse hacia las personas que son sus destinatarios y que se encuentran en una situación paritaria. De esta forma, se debe tomar como principal elemento el hecho de que las personas que creyeran afectados sus derechos se encuentren en categorías paritarias ‘...una mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas’. Por tanto, el concepto de igualdad no significará una igualdad de trata uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones; es decir, dentro del ordenamiento jurídico existen causas previamente establecidas en disposiciones legales que serán aplicables en situaciones concretas presentadas en un hecho fáctico y/o por actores sociales determinados [...]”.

En ese sentido, es necesario reiterar la obligación de las diferentes entidades que conforman el Estado de verificar la adecuación de sus decisiones a los presupuestos de orden jurídico planteados, entre otros instrumentos, en la Convención Americana de Derechos Humanos cuyo alcance se extiende además a la interpretación que de ésta ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos acorde al alcance planteado en líneas precedentes.

Dichos presupuestos plantean la necesidad de que los concursos de méritos y oposición se rijan a procedimientos selectivos, en condiciones de igualdad para las y los aspirantes que muestren su interés en participar para cubrir una vacante, tomando para dicha finalidad los requisitos exigidos para el puesto.

Todo este marco de garantías, se entrelaza directamente con el ejercicio del derecho a la seguridad jurídica el cual se encuentra recogido de forma textual en el artículo 82 de la

Constitución de la República del Ecuador, donde de forma textual establece que este derecho se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

La existencia de un sistema integral de selección y designación de servidores o funcionarios públicos transparente, incluyente, equitativo, pluralista, democrático, con participación ciudadana, criterios de equidad, paridad de género, igualdad de oportunidades y participación intergeneracional, constituye un derecho fundamental reconocido a favor de los ciudadanos, cuya naturaleza jurídica demanda del Estado el deber de implementar procesos que garanticen el libre acceso a cargos públicos en igualdad de condiciones y oportunidades.

El acceso a un cargo público a través de concurso de méritos y oposición constituye un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública a través de la designación de postulantes con las mejores condiciones para ejercer el cargo, en un entorno en que se garantice la igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público con transparencia y objetividad.

El procedimiento de concurso de méritos y oposición busca que los órganos que ostenten el ejercicio de poder público delegado por los poderes constituyente o constituido, alcancen los siguientes objetivos fundamentales:

- a) Garantizar la participación ciudadana y el libre acceso a los empleos y funciones públicas en igualdad de oportunidades y transparencia; y,
- b) Brindar a los ciudadanos servicios ajustados a los principios de eficacia, eficiencia y calidad, con servidores públicos ampliamente capacitados, con el objeto de garantizar el ejercicio de los derechos sin más limitaciones a las establecidas en la Constitución y en la Ley, alcanzando así los fines esenciales del estado.

El principio de eficiencia de la administración pública se alcanza solamente cuando la estructura de la administración se integra con servidores públicos aptos para el desempeño de las funciones que cumplen, criterio que se encuadra además con el cumplimiento de las finalidades perceptivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado.⁴

En este orden de ideas, el acceso al servicio público se ha de sujetar a los siguientes principios, conforme a lo dispuesto en la Carta Iberoamericana de la Función Pública aprobada mediante Resolución No. 11 de la “Declaración de Santa Cruz de la Sierra”:

- **Publicidad**, entendido por tal la difusión efectiva de las convocatorias en unas condiciones que permitan que sean conocidas por la totalidad de candidatos potenciales.
- **Libre concurrencia**, de acuerdo con unos requisitos generales de acceso de empleo público y sin más restricciones que las derivadas del perfil de competencias, que en todo caso deberá corresponderse son los requerimientos funcionales del puesto.
- **Transparencia** en la gestión de los procesos así como en el funcionamiento de los órganos de reclutamiento y selección.
- **Especialización** de los órganos técnicos encargados de gestionar y resolver los procedimientos de acceso, lo que exige la cualificación profesional de sus integrantes, derivada tanto del conocimiento de la tarea como del manejo de instrumentos de selección de personas.

⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Mendoza Martelo Gabriel Eduardo. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-588-09.htm>.

- **Garantía de imparcialidad** de los órganos encargados de gestionar y resolver los procedimientos encargados de gestionar y resolver los procedimientos de acceso, y en particular de cada uno de sus miembros considerados individualmente.
- **Fiabilidad y validez** probadas de los instrumentos utilizados para verificar las competencias de los aspirantes.
- **Elección del mejor candidato**, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.
- **Eficacia** de los procesos de reclutamiento y selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del puesto.
- **Eficiencia y agilidad** de los procesos de reclutamiento y selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que deben rodearlos.

En igual sentido se determina que, en los procedimientos utilizados para dicha finalidad, se deberá garantizar la efectividad de los principios de igualdad y no discriminación, así como los de igualdad de género e inclusión de las minorías necesitadas de especial protección.

Para alcanzar dicha finalidad, las entidades del estado deben implementar, mantener y fortalecer un sistema de acceso al servicio público que posibilite el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República en favor de los ciudadanos, con niveles adecuados de apertura, equidad y eficiencia.

La implementación de estos mecanismos de selección se enfoca en fortalecer la transparencia y lucha contra la corrupción, el cual responde al principio de igualdad de oportunidades en la vida social y a la eliminación de los privilegios provenientes de varios sectores discriminatorios y se sustenta en la aplicación de métodos de selección sustentados en la meritocracia, la cual ha sido definida como un medio que permite viabilizar la igualdad de oportunidades, basada en la evaluación del conocimiento, inteligencia, capacidades y

destrezas e identificación de capacidades requeridas para ocupar un puesto de trabajo en el sector público, de acuerdo a las destrezas requeridas para dicha finalidad.

El acceso a cargos públicos se debe sustentar en la consolidación de la meritocracia como una garantía de igualdad de oportunidades laborales para todos aquellos ciudadanos que buscan hacer efectivo el ejercicio de un derecho fundamental. En el procedimiento, el funcionario público opera como un actor fundamental en el proceso de implementación de transparencia, en el efectivo ejercicio de los derechos ciudadanos y en el acceso a servicios eficientes y de calidad.

QUINTO.- El artículo 10 del Reglamento a la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 303 del 05 de octubre 2020, en el cual se reglamenta el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario en forma textual establece:

“Art. 10.- Estabilidad laboral.- Para la aplicación del artículo 25 de la Ley, previo al otorgamiento de nombramientos definitivos, los subsistemas de la Red Integral Pública de Salud, deberán definir las necesidades del contingente de talento humano de acuerdo con la planificación territorial, criterios técnicos y racionalización del persona requerido en los establecimientos de salud. Este análisis deberá contextualizarse en todo el territorio nacional considerando los criterios geográficos establecidos y consensuados entre el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Salud e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Los concursos de méritos y oposición se ejecutarán de manera paulatina por fases siempre y cuando la necesidad de profesionales y trabajadores de la salud se respalde en la planificación del talento humano que debe ser validada y consolidada por el Ministerio de Salud y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en el ámbito de sus competencias. Para este propósito, las entidades operativas desconcentradas deberán

contar con la disponibilidad presupuestaria correspondiente con cargo al ejercicio fiscal que corresponda, emitida a través del sistema de gestión financiera se deberá contar con disponibilidad presupuestaria de ingresos permanentes que garanticen las sostenibilidad financiera de esta gasto en el tiempo. Con la correspondiente certificación presupuestaria de estos recursos el establecimiento de salud podrá iniciar los procedimientos para conferir los nombramientos y profesional y trabajadores de la salud beneficiarios.

Para el efecto se considerará a los médicos y aquellos profesionales y trabajadores de la salud, en ambos casos, en funciones relacionadas directamente con la atención médica a pacientes con diagnóstico de COVID-19. El Ministerio de Trabajo en coordinación con el Ministerio de Salud Pública como autoridad sanitaria nacional definirá las denominaciones y condiciones de puestos sujetos a este articulado.”

Dejando de lado la pertinencia del procedimiento de asignación de nombramientos definitivos propuestos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, me permito detallar los presupuestos y normativa que serviría de sustento al contenido del artículo 10 del Reglamento.

- a) La Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, no determina el procedimiento a ser llevado a cabo para la sustanciación del Concurso de Méritos y Oposición a ser llevado a cabo para la entrega de nombramiento definitivos a los trabajadores de la salud, el cual conforme ha sido referido con antelación, no responde a un proceso de selección y por tanto no encontraría sujeto a los procesos de selección de personal establecidos en la Ley Orgánica de Servicio Público ni en la normativa conexas.
- b) El artículo 280 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que el Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas, proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la

inversión y la asignación de recursos públicos. Así mismo, el financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado. Los recursos serán distribuidos con base en criterios de población y en las necesidades de salud.

Conforme lo establece el artículo 57 de la Ley Orgánica de Servicio Público, el Ministerio de Trabajo aprobará la creación de puestos a solicitud de la máxima autoridad de las instituciones del sector público sujeta a su ámbito de aplicación, para lo cual se deberá contar con el dictamen previo favorable del Ministerio de Finanzas, más aún cuando el cumplimiento de la disposición constante en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario conlleva la afectación de la masa salarial del Ministerio de Salud Pública.

SEXTO.- En función de los presupuestos de orden fáctico y jurídico previamente referidos se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- a) El alcance propuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario se circunscribe a los trabajadores y profesionales de la salud que durante la emergencia sanitaria, prestaron servicios de salud, conceptos que deben sujetarse a los términos establecidos en la Ley Orgánica de Salud.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, en varias sentencias dictadas dentro de acciones de protección propuestas en contra del Ministerio de Salud Pública, los jueces constitucionales han dispuesto de forma irrazonable, la extensión de este beneficio al personal que no habría prestado servicios de salud durante la emergencia sanitaria, lo cual ha conllevado a la generación de un ambiente de inseguridad jurídica insostenible.

- b) El período de duración del beneficio contemplado en el artículo 25 de la norma *ibidem*, se encuentra sujeto a una condición temporal, la cual se relaciona con el tiempo de declaratoria de la emergencia sanitaria, que empezó en el mes de marzo del año 2020 a consecuencia de la pandemia de COVID-19.
- c) La declaratoria directa del ganador del concurso de méritos y oposición y la consecuente obtención de un nombramiento definitivo a favor de los trabajadores y profesionales de la salud, conlleva una limitación al ejercicio reconocido a todos los ciudadanos y ciudadanas en el artículo 61, numeral 7) de la Constitución de la República del Ecuador y a la garantía para el ingreso al sector público contemplada en el artículo 228 de la misma norma; es decir, a través de un mecanismo de selección que presente las garantías mínimas establecidas en la Constitución. Imperativo que además deriva del contenido del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y cuyo contenido ha sido desarrollado en diversos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos fallos.
- d) La Ley Orgánica de Apoyo Humanitario no establece los procedimientos a ser aplicados para el desarrollo del procedimiento de asignación de nombramientos definitivos, haciendo referencia exclusivamente a que éstos deberán realizarse en el marco de un concurso de méritos y oposición.

Dicho mandato legal se aparta de los presupuestos establecidos para el adecuado manejo financiero de acuerdo con los términos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y Ley Orgánica de Servicio público, debiendo considerar además criterios básicos de planificación y financiamiento.

Esta serie de falencias se buscó corregir en el artículo 10 del Reglamento a la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, donde se ha estructurado el procedimiento a ser observado para materializar la implementación del proceso de asignación de nombramientos definitivos en el marco de aplicación de la Ley en ciernes.

SÉPTIMO. - Por ser un tema de relevancia para esta Cratera de Estado, en el cual se comprometen derechos de rango constitucional, de la manera más comedida solicito a su autoridad ser escuchados en audiencia pública, para lo cual se servirá señalar fecha y hora, petición que la realizo al amparo del que determina el art. 76 numeral 7 de la Constitución, en concordancia con el artículo 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,

OCTAVO. – Designo como abogados patrocinadores al Ab. Fabián Escalante Álvarez, Ab. Galo Guarderas Villafuerte y Ab. María Denisse Andino a quienes autorizo a presentar cuanto escrito fuere necesario de manera individual o conjunta, en representación de los intereses del Ministerio de Salud Pública.

NOVENO. – Notificaciones que me correspondan las recibiré en la casilla casillero constitucional No. 42, sin perjuicio de recibirlas en la Casilla electrónica 02317010006; y correos electrónicos coordinación.juridica@mspsalud.gob.ec; galo.guarderas@msp.gob.ec; fabian.escalante@msp.gob.ec; denisse.andino@msp.gob.ec.

Suscribo junto con mis abogados patrocinadores

Ab. Galo Francisco Guarderas Villafuerte
**COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
DEBELGADO DE LA MINISTRA DE SALUD PÚBLICA**



Ministerio de Salud Pública
Coordinación General de Asesoría Jurídica

Ab. Fabián Escalante Álvarez
DIRECTOR NACIONAL JURÍDICO

Ab. Denisse Andino Eguez
ANALISTA