

**SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR
- DR. RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA - JUEZ PONENTE**

TRÁNSITO ACERO, dentro del expediente Caso No. 29-21-CN, consulta de norma, con el comedimiento debido, a Usted, acudo y, en atención al auto de admisión notificado a la exponente el 8 de septiembre de 2021, manifiesto:

Notificados y dentro del término concedido en el auto referido, sobre la constitucionalidad de las normas consultadas, procedo a defender la misma en el sentido que sigue:

I

La norma que se eleva en consulta sobre su constitucional es el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario (LOAH), mismo que prescribe:

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.

A este respecto, la jueza consultante refiere en el apartado de: “**II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS O REGLAS CONSTITUCIONALES QUE SE PRESUMEN INFRINGIDOS.**”, en primer lugar al artículo 228 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece: “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. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.”

Art. 66.4 de la Constitución de la República del Ecuador: “Se reconoce y garantiza a las personas:...4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.” Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador: “El ejercicio de los derechos se regirá por los

siguientes principios:...2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.”

Y a su decir, estas normas estaría infringidas pues el estado ecuatoriano ha optado por el sistema de méritos y oposición para el acceso al servicios público, con los parámetros que se establecen en la LOSEP y en su reglamento.

Y, continúa en su consulta en el sentido de que, uno de esos parámetros: “es el de igualdad ante la ley, es decir, que todos los ciudadanos interesados tienen el derecho de acceder a un cargo público de acuerdo a sus méritos y capacidad y en igualdad de oportunidades, evitando de este modo que la selección del personal obedezca a razones discrecionales, favoritismos o clientelismo político; consecuentemente, excepto los cargos de elección popular y de libre nombramiento y remoción, no existe otro modo que permita extender un nombramiento definitivo en la función pública que no sea mediante concurso de méritos y oposición.”

Y aquí se hace un primer cuestionamiento: “Sin embargo, el legislador en el artículo 25 y la disposición transitoria Novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, con ocasión de la pandemia declarada por la Organización Mundial de Salud, regula un régimen de excepción al concurso de méritos y oposición y permite a las autoridades administrativas del Ministerio de Salud Pública otorgar nombramientos definitivos a favor de los trabajadores y profesionales de la salud sin concurso previo, porque **si bien en ambas disposiciones se menciona un concurso público este simplemente no existe**, pues basta que se presente el título registrado en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia y Tecnología e Innovación para el perfil que se aplique y el contrato notariado del contrato ocasional o nombramiento provisional vigente en la RIPS, para que el nombramiento definitivo se entregue inmediatamente.”

Y el criterio de la señora juez es el siguiente:

“De este modo, pienso yo que las disposiciones cuya constitucionalidad se consulta provocan un fraude al principio constitucional del artículo 228 de la Constitución, que se incumplen los principios de legalidad, transparencia, credibilidad, igualdad, inserción y equidad y difusión, anulando, restringiendo los derechos y garantías otros profesionales de la salud (médicos, enfermeras, tecnólogos, etc.) que no han tenido la oportunidad de ingresar a la red pública de salud, a través de un contrato o nombramiento provisional y que por ello se ven impedidos de cumplir con los dos únicos requisitos previstos en el

artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, estableciendo de esta forma una distinción inconstitucional, ya que no se lo hace en favor de grupos tradicionalmente excluidos o que pertenezcan a grupos de atención prioritaria, lo que a mi criterio, vulneraría también el principio constitucional de igualdad contenido en los artículos 11.2, primer inciso y 66.4 de la Constitución de la República.

Si bien el fin que persigue la disposición del artículo 25, de cuya constitucionalidad se duda, es válido, pues pretende fortalecer el sector de la salud para prevenir, diagnosticar y tratar el COVID de manera oportuna y adecuada, garantizando así el goce del derecho a la salud de los ciudadanos y la estabilidad laboral de los trabajadores del sistema de salud pública, lo cual está en armonía con el artículo 363 de la Constitución de la República; y, reconociendo que la labor de los profesionales de la salud en época de pandemia fue más que nunca ardua, sacrificada, arriesgada y que por ello, sin duda, merecen una recompensa, me parece que la medida adoptada al obviar el concurso y entregarles nombramientos definitivos no es proporcional a dicho fin, puesto que existen otras alternativas para alcanzar ese fin constitucional sin sacrificar ni restringir los derechos de relevancia constitucional contemplados en las normas que presumo infringidas.

Por lo tanto, en lo que respecta a la argumentación vertida por la jueza de que el Art. 25 de la LOAH es contraria al Art. 228 de la Norma Fundamental porque a su decir no existe un real concurso de méritos y oposición y esa es la única forma de ingresar al sector público, y que el constituyente no ha contemplado a la LOAH como una excepción a este mandato constitucional, pues de conformidad con el citado Art. 228 de la constitución las únicas excepciones a la regla de ingresar al sector público bajo el concurso de méritos y oposición es que sea un funcionario de elección popular o un funcionario de libre nombramiento y remisión; en este sentido indica la Jueza consultante, el legislador no puede hacer excepciones que el constituyente no ha hecho.

Frente a este particular es necesario hacer notar a vuestra Autoridad que para el constituyente era imposible prever que en 2020 iba a asolar una pandemia a todo el mundo y el Ecuador; hoy en día las circunstancias con relación a 2008 son muy diferentes, pues a diferencia de 2008 cuando se elaboró la constitución y se consideraron las excepciones al Art. 228 para el ingreso al sector público, en 2020 llegó la pandemia.

Por lo tanto, el legislador ha considerado legítimo premiar a aquellas personas que, laborando en las RIPS durante la emergencia sanitaria, han evitado el colapso de la red de salud pública y por ende del país.

Es verdad, el legislador no puede hacer excepciones que el constituyente no ha hecho, pero ustedes señores Jueces constitucional, si pueden validar esta excepción hecha por el legislador, validación que ustedes señores Jueces hacen a nombre del constituyente como vigilantes del real goce de los derechos constitucional y vigilantes también de que el texto constitucional responda a la realidad social actual y no una realidad pasada como la de 2008.

Este método que permite a vuestra Autoridad validar la excepción hecha por el legislador, se llama método adaptativo o evolutivo, denominado también método de constitución viviente.

Generalmente este método no ha sido usado en Latinoamérica porque sus constituciones son recientes, y así lo indican los Autores Arévalo y Garcia en su artículo publicado en 2017, en donde expresan: “A diferencia de los sistemas jurídicos latinoamericanos y sus reformas más recientes, donde tienen vigencia constituciones más modernas, recientemente promulgadas, **reguladoras de todos los fenómenos públicos y privados dentro del sistema jurídico**, extensas, altamente técnicas y usualmente acompañadas de códigos civiles y otras leyes escritas, tanto sustantivas como procedimentales que establecen, recopilan y ordenan las formas de aplicar e interpretar la ley, usualmente de naturaleza gramatical(Ej.: Código Civil Colombiano, Capítulo IV. interpretación de la ley), y junto a ellas, grandes modelos doctrinales que estudian y reformulan la interpretación de la ley escrita, el constitucionalismo norteamericano siempre ha encontrado el origen de sus métodos de interpretación en los jueces mismos y en sentencias que se van volviendo referentes para cada uno de los métodos de interpretación, casi de forma casual e incidental. Una sentencia que aplique de forma clara un método de interpretación, de repente, puede tornarse en el máximo referente de enseñanza del mismo.”

Como se puede apreciar señores Jueces este método adaptativo de la constitución en Latinoamérica no se ha aplicado ya que conforme lo resaltado, nuestras recientes constituciones tienen previstos todos los fenómenos sociales, pero, que sucede en el caso del COVID-19, ya que aquel es un virus que ha generado sin duda un nuevo fenómeno social no previsto por el constituyente, pero que ha generado tal trascendencia social, que debe necesariamente mutar la norma fundamental que responda a las nuevas condiciones sociales.

Así, al tratar al constitucionalismo viviente que es la base de la interpretación adaptativa, los citados autores refieren el “(living constitutionalism) promueve lo que se ha llamado una constitución viviente, entendida como aquella cuyo significado, alcance e

interpretación debe cambiar con el tiempo a medida que las circunstancias lo demandan, por ejemplo, los cambios en las relaciones sociales, en la cultura, en la conformación demográfica del país, en la economía, etc. Todo ello, sin implicar enmiendas de carácter formal, sino a través de interpretaciones jurisprudenciales que, sin desconocer los más esenciales principios históricos previstos por los padres fundadores, permitan moldear la constitución a la cambiante realidad, implicando con ello un flujo de decisiones judiciales modernizantes que ofrezcan respuestas innovadoras, más allá de lo que el texto mismo de la constitución dictamine de forma taxativa, en tanto el significado de sus palabras debe cambiar con el paso de la historia y es la tarea del juez interpretar estos cambios y los nuevos significados de la constitución.

Por supuesto, los cambios que fundamentan esta postura no son las típicas, simples y sencillas circunstancias del día a día de la sociedad norteamericana: son los inconmensurables cambios en la tecnología, en la conformación de la sociedad, en la economía, en la demografía del país, en la configuración de la sociedad internacional, en la globalización, las grandes crisis sociales, las que motivan una constitución adaptativa, presta a cambiar de forma, al momento que es leída por los jueces, para responder a las nuevas demandas sociales y culturales que escapan a su texto.” (Arévalo y García. 2017).

Por lo expuesto señores Juez es plenamente válido que los jueces constitucionales, interpreten adaptivamente la constitución para que esta responda a las nuevas condiciones sociales, y aquello permitiría a ustedes jueces, incluir en el texto constitucional una salvedad que inicialmente el constituyente no consideró ya que las condiciones sociales en 2008, eran diametralmente opuestas a lo que son hoy después de una pandemia mundial.

Atentamente;

Ab. Andrés Torres Quezada.