



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador | Sede
Ambato

OFICINA DE POSGRADOS

Tema:

**PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA RATIO
DECIDENDI DE LA SENTENCIA NO. 18-2-CN/21**

**Proyecto de Investigación previo a la obtención del título de Magister en
Derecho con Mención en Argumentación Jurídica y Litigación Oral**

Línea de investigación:

Política y derecho para la participación social y el establecimiento de las
relaciones justas.

Autor:

José David Martínez Tapia

Director:

Ab. Asdrúbal Granizo Haro, Msc.

Ambato-Ecuador

Agosto 2023

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
SEDE AMBATO
APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO

Tema:

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA RATIO
DECIDENDI DE LA SENTENCIA NO. 18-21-CN/21

Línea de investigación:

POLÍTICA Y DERECHO PARA LA PARTICIPACIÓN SOCIAL Y EL
ESTABLECIMIENTO DE LAS RELACIONES JUSTAS

Autor: Ab. José David Martínez Tapia

Asdrúbal Homero Granizo Haro, Ab, Msc

CALIFICADOR

f. 

Mentor Marcelo Meléndez Torres, Dr, Msc

CALIFICADOR

f. 

Linda de las Mercedes Amancha Chiluzza, Ab, Msc

CALIFICADOR

f. 

Juan Carlos Acosta Teneda. P.PhD

COORDINADOR DE LA OFICINA DE POSGRADOS

f. 


Hugo Rogelio Altamirano Villarroel. Dr.

SECRETARIO GENERAL PUCESA

f. 


Ambato-Ecuador

Agosto 2023

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, **JOSÉ DAVID MARTÍNEZ TAPIA**, con cédula de ciudadanía 0201577632, autor del trabajo de graduación titulado “PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA RATIO DECIDENDI DE LA SENTENCIA NO. 18-21-CN/21”, previo a la obtención del título profesional de **MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LITIGACIÓN ORAL**, en la Oficina de POSGRADOS.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT una copia en formato digital del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública, respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de la web de la Biblioteca PUCE Ambato, el referido trabajo de graduación respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Ambato, agosto 2023.



José David Martínez Tapia,
C.C.0201577632

DEDICATORIA

Este logro académico, se lo dedico a mis pequeñas hijas: María José y María Eduarda, quienes son la razón de que día a día, continúe preparándome y luche incansablemente por ayudar a las personas que más lo necesiten, con mi conocimiento y capacidad, recordándoles, que el conocimiento será siempre el arma más letal que tendrá el ser humano para luchar por sus derechos e ideales.

Un padre se esfuerza incansablemente, a fin de demostrar a sus hijas que por más duro que sea el camino, con esfuerzo, sacrificio y dedicación, al final todo valdrá la pena.

José David Martínez T.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, agradecer a Dios, por darme la oportunidad de continuar en el camino de la preparación y conocimiento.

Agradecer de forma personal a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede Ambato, quienes, con sus docentes de la maestría en Argumentación Jurídica y Litigación Oral, realmente han expandido mi conocimiento para de esta forma, poder aplicar en el día a día en el ámbito judicial, a fin de siempre ayudar a los más necesitados en práctica jurídica.

Agradecer de forma especial al Dr. Asdrúbal Granizo, tutor de mi trabajo investigativo que, con su ayuda, colaboración y guía, a través de su conocimiento, me ha sido posible poder plasmar mis pensamientos por medio de este trabajo de tesis.

Gracias

RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador, dispone que los encargados de administrar justicia serán los jueces, lo harán a través de resoluciones motivadas, existiendo una verdadera *ratio decidendi*, que cumpla con la norma constitucional. Sin embargo, se ha observado que los fallos de los operadores de justicia carecen de motivación, razón por la cual, en esta investigación se pretende analizar la sentencia No. 18-21CN/21 y acumulado, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, sobre la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación respecto al artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario, en razón de que la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional, vulnera los derechos de los profesionales de la salud quienes en su momento no obtuvieron la estabilidad laboral de la norma legal. Gracias a esta investigación se identificará si la Corte Constitucional del Ecuador, garantizó el derecho de igualdad, o, por el contrario, discriminó a cierto grupo de profesionales de la salud. Este análisis coadyuvará a interpretar el contenido en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y cuál fue el fin que el legislador promovió. Al ser una investigación cualitativa, se aplicará el análisis jurídico dogmático, partiendo desde el método inductivo al deductivo, utilizando el análisis sintético para alcanzar al método lógico. Como resultado de esta investigación se pretende conocer, cómo el principio de igualdad y no discriminación fue utilizado en la sentencia N°18-21CN/21 y acumulado, respecto a la inconstitucionalidad del artículo 25 y transitoria novena de la Ley de Apoyo Humanitario.

Palabras claves: Igualdad, no discriminación, resoluciones motivadas, *ratio decidendi*, inconstitucionalidad.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Ecuador determines that the Judges will be in charge of administering justice, through reasoned resolutions, and there must be a true ratio decidendi, which complies with the provisions of artículo 76 numeral 7 literal I of the constitutional norm. However, despite what is indicated above, it has been observed that the rulings of the justice operators lack motivation, which is why, in this investigation, it is intended to analyze through legal argumentation, sentence No. 18-21-CN/21, on the application of the principles of equality and non-discrimination with respect to artículo 25 of the Humanitarian Support Law, because the ratio decidendi of the constitutional ruling violates the rights of health professionals who were not benefited at the time from the job stability proposed in the legal norm. Thanks to this investigation, it will be identified if the Constitutional Court of Ecuador issued an adequate sentence, guaranteeing the common good, or if, on the contrary, a sentence was issued that affects a group of professionals who risked their lives to save that of the population, This analysis will help to better interpret what is contained in the Organic Law of Humanitarian Support and what was the purpose that the legislator promoted. Being a qualitative investigation, the dogmatic legal analysis will be applied, starting from the inductive to the deductive method, using the synthetic analysis to reach the logical method. As a result of this investigation, it is intended to know how the principle of equality and non-discrimination influence judgment No. 18-21-CN/21, regarding the unconstitutionality of article 25 and transitory ninth of the Humanitarian Support Law, though.

Keywords: Equality, non-discrimination, reasoned resolutions, ratio decidendi, unconstitutionality

ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	V
RESUMEN	VI
ABSTRACT	VII
ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS	VIII
ÍNDICE DE ILUSTRACIONES	IX
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA.....	5
1.1. La interpretación y sus generalidades	5
1.2. LA IGUALDAD Y SUS DIMENSIONES.....	18
1.3. La igualdad y diferencia según Luigi Ferrajoli.....	36
1.4. La igualdad y no discriminación, análisis jurisprudencial de la Corte IDH.....	39
CAPITULO II. DISEÑO METODOLÓGICO	52
2.1. Metodología de la Investigación.....	52
2.2 Métodos de análisis jurídico	53
2.3 El análisis jurisprudencial como método investigativo	55
CAPITULO III: ANÁLISIS DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	59
3.1. Desarrollo del Análisis de la Sentencia N° 18-21-CN/21 y acumulado	59
3.2. Antecedentes del caso.....	59
3.3. El Control Concreto de Constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional.....	60
3.4. Problema Jurídico Planteado por la Corte Constitucional.....	62
CONCLUSIONES.....	92
RECOMENDACIONES	93
BIBLIOGRAFIA	95
ANEXOS.	101

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1: Proceso de interpretación Hechos y Normas.....	18
Ilustración 2: Resumen de la igualdad formal y material como derechos y como principios.....	33
Ilustración 3: La igualdad de Alexy.....	34
Ilustración 4: Derechos fundamentales según Alexy.....	35
Ilustración 5: Análisis bajo la Jurisprudencia del tribunal Constitucional.....	35
Ilustración 6: Igualdad de Iure y Facto.....	36
Ilustración 7: Modelos de Igualdad Ferrajoli.....	37
Ilustración 8: Igualdad y Diferencia Ferrajoli.....	38
Ilustración 9: Principio de igualdad y no discriminación inconstitucionalidad art, 25 LOAH y transitoria novena.....	87
Ilustración 11: Sentencia No. 18-21-CN/21 y acumulado.....	101

INTRODUCCIÓN

La interpretación jurídica, es la piedra angular entre la elaboración y la aplicación del derecho, por ello, resulta importante examinar estos preceptos para enfocarnos al análisis de la sentencia N°18-21-CN/21 y acumulado, identificando el propósito que tuvo el legislador al crear la Ley de Apoyo Humanitario específicamente lo relacionado al artículo 25 y a la transitoria novena de la norma antes citada y a su aplicación.

Mediante la sentencia Constitucional N°18-21-CN/21 y acumulado, se declara la inconstitucionalidad del artículo 25 y la disposición transitoria novena de la Ley de Apoyo Humanitario, aduciendo que la norma vulnera el derecho a la igualdad, por que limita el acceso de la ciudadanía en general a participar en el concurso de méritos y oposición establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

Bajo el análisis del “derecho a la igualdad formal”, la *ratio decidendi*, retrotrae y transgrede ciertos derechos fundamentales, como el derecho al trabajo, a la igualdad material y no discriminación, pues varios profesionales de la salud, vieron en la LOAH una “recompensa” a su esfuerzo y dedicación, sin embargo, al existir inconsistencias en la aplicación de la Ley, varios funcionarios del sector salud, se vieron obligados a presentar amparos constitucionales, a través de las Garantías establecidas en la Norma Constitucional, y es ahí donde surge la existencia del problema jurídico, pues esto alertó a los Administradores de Justicia, a resolver los requerimientos planteados por los accionantes, donde muchos alcanzaron su objetivo, concediéndoles las acciones de protección, pero en otros casos, los Jueces tuvieron dudas sobre el alcance de la acción de protección, y por ello consultaron a la Corte Constitucional para que sea estos quienes resuelvan, originándose un control de constitucional sobre la norma en duda.

PROBLEMA CIENTÍFICO

La decisión de la Corte Constitucional en la sentencia N°18-21-CN/21 y acumulado, trae consigo graves inconvenientes para todo el personal de salud que enfrentó a la pandemia, y por ende afectó a su círculo social y familiar, pues existe un cierto nivel de discriminación y desigualdad de derechos materiales y formales, dando como resultado, un trato discriminatorio, para los profesionales que no obtuvieron su nombramiento estando en las mismas condiciones o incluso más comprometidos de los que si los obtuvieron, por ende, la *ratio decidendi* de esta sentencia, no alcanza a dilucidar el problema de una forma constitucional y progresiva de derechos, sino al contrario, limita los mismos al declarar la inconstitucionalidad de este articulado contenido en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario.

HIPÓTESIS

La garantía del derecho a la igualdad formal vulnera el derecho a la igualdad material y no discriminación de los trabajadores y profesionales de la salud que laboraron en la pandemia, producida por la covid-19.

OBJETIVOS

Objetivo general

- Analizar la motivación de la sentencia N°18-21-CN/21 y acumulado, con la finalidad de contrastarla con los derechos de igualdad material y no discriminación.

Objetivos específicos

- Estudiar el contenido del derecho de igualdad formal y material para determinar su importancia y diferencia en la motivación de la sentencia No

18-21-CN/21 y acumulado;

- Establecer la importancia de la *ratio decidendi* en las sentencias constitucionales;
- Exponer los efectos jurídicos y el alcance de los principios y derechos de la igualdad y no discriminación dentro de la sentencia No 18-21-CN/21 y acumulado.

METODOLOGÍA

La metodología que se aplicará será a través del estudio jurídico dogmático, basado en un enfoque cualitativo, con un alcance descriptivo, aplicando el método inductivo- deductivo, lo cual permitirá abordar de lo específico a lo general, a través de método teórico de análisis y síntesis.

A través del método bibliográfico, mediante la utilización de libros, revistas, herramientas tecnológicas como el internet, coadyuvaron en esta investigación para la obtención de información,

Finalmente, a través del método análisis de casos específicamente se ha utilizado la sentencia No. 18-21-CN/21 y acumulado, para evidenciar la *ratio decidendi* de los Jueces Constitucionales, así como su debida aplicación y alcance jurídico.

JUSTIFICACIÓN

Considerando que las acciones constitucionales constituyen derechos en sí mismos, haciendo alusión a la obligación internacional de los Estados de introducir garantías judiciales que protejan los derechos humanos en sus ordenamientos jurídicos. Siendo así, que, en el Ecuador, ha existido un gran cambio, es decir, pasamos de un Estado Liberal con un modelo constitucional a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, permitiendo un cambio de cultura jurídica en el país.

Lo antes expuesto, colige la importancia de esta investigación la cual se enfoca, en que la adecuada motivación de la sentencia N. 18-21-CN/21 y acumulado, mediante la *ratio decidendi*, garantizará el derecho de igualdad material y no discriminación de los trabajadores y profesionales de la salud que laboraron en pandemia, lo cual beneficiaría y recompensaría de cierta forma su esfuerzo, porque en su momento oportuno se volvieron aquellos soldados que defendieron la vida de la ciudadanía en general.

CAPITULO I: ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA

1.1. La interpretación y sus generalidades

Previo al desarrollo de los temas puntuales en esta investigación, es importante conocer cuál es la importancia de la interpretación, a la cual se considera como la piedra angular de la *ratio decidendi* en la sentencia constitucional motivo de análisis.

La interpretación puede ser considerada como aquella operación intelectual, que permite atribuirle un significado o sentido a algo; si ese algo está proyectado al derecho, se dirá entonces un conjunto formado por normas jurídicas vigentes en el ordenamiento de un Estado, debiéndose comprender el contenido de ciertos textos, de tal forma que se les pueda asignar un significado.

Como se denota, existe una característica peculiar que define y diferencia a la interpretación jurídica de otro tipo de interpretación, y es que, la primera no se concibe en otro ámbito que no sea el de aplicación de la norma, pues se referirá específicamente a un sentido singular y concreto del marco de aplicación, donde sin duda la interpretación judicial resalta por su esencia en dicho ámbito, considerando que, para que una norma sea aplicada previamente debe existir una interpretación de la misma, y la interpretación se realiza en función de la aplicación.

La interpretación es el nexo entre la creación y la aplicación de las normas, formando un triángulo en el desarrollo del derecho. La interpretación está constantemente presente en la función propia del legislador, pues condiciona la aplicación de las normas. Interpretar es atribuirle un sentido a algo como ya lo habíamos indicado en el texto *ut supra*.

Hart, indica que la norma ofrece a aquellos que interpretan una textura abierta, que permite producir normas jurídicas, siendo una potestad exclusiva del

legislador (Ottonelli, 2015).

Interpretar tampoco es una actividad fácil y sencilla, al contrario, es una actividad necesaria en todo proceso de aplicación, y se torna difícil y problemática, claro ejemplo se evidencia en la sentencia que estudiaremos en líneas posteriores.

Interpretar y aplicar, dos términos diferentes que van de la mano, el primero consiste en que cualquier sujeto puede realizar una actividad reflexiva, por ejemplo, los juristas o un ciudadano común y el segundo, especifica solo a aquellos que ejercen funciones de aplicación, como administradores de justicia, funcionarios administrativos. Así mismo, interpretar y aplicar, son actividades que se ejercen sobre objetos diferentes, la interpretación tiene como objeto la interpretación de textos normativos, mientras que la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto. Por ello, la aplicación no coincide por la razón de que la incluye como la parte sustitutiva. (Guastini R. , Teoría e ideología de la Interpretación constitucional, 2008)

Analizando la postura de Guastini, la interpretación no debe ser reducida a lo que un diccionario refiere, esto es “decir en forma literal”, porque se desmedra la acción misma de interpretar, tampoco se debería atribuir únicamente a los funcionarios judiciales o servidores públicos, esto por cuanto todos los seres humanos tienen el derecho de participar en el proceso de creación del derecho.

Para Gadamer, la interpretación consiste en concretar la ley en cada caso, esto es; al momento de aplicarla. Respecto a la interpretación que realiza el juez, este debe sujetarse a la ley exactamente igual que cualquier otro miembro de la comunidad jurídica. Incluso hace referencia a que el fin del ordenamiento jurídico, está contenido a que la sentencia del juez no obedezca a arbitrariedades imprevisibles sino, a una ponderación justa del conjunto (Gadamer, 2005).

La interpretación jurídica, es una actividad que permite establecer el alcance de las normas jurídicas y de los demás estándares jurídicos que se encuentran en

el ordenamiento jurídico y que no son normas, por ejemplo, los principios.

Esta actividad comprende a las normas jurídicas y no únicamente a las normas legales que son elaboradas por la función legislativa, de ahí que la interpretación de la ley es una interpretación jurídica.

Se dirá entonces, que la interpretación jurídica se percibe en el entender, razonar y comprender las normas, para la correcta aplicación en el ámbito jurídico, siendo para los juristas fundamental para su interpretación.

MODALIDADES, OBJETO Y ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN

Como se había indicado anteriormente, la interpretación es una actividad que ocurre cuando el lenguaje que expresa el derecho, como la Constitución, Leyes, entre otros, los cuales son interpretados por los organismos responsables de su recreación a fin de crear los materiales jurídicos que los perfeccionen. Y a esto se denomina interpretación auténtica.

La interpretación auténtica, es aquella que se elabora sobre una norma genérica. Al aplicarlo al derecho, será aquella que emplea la norma al caso concreto, también realiza una interpretación, caso de una decisión administrativa tratándose de una autoridad o una sentencia en el caso de un Tribunal de Justicia. (Kelsen, 1945)

El objeto de la interpretación radica en una operación que permite establecer algún sentido a las normas jurídicas que forman el derecho legislado (Recasens, 1959) Se trata de un tipo de interpretación jurídica, sin embargo, la interpretación del Derecho reconoce:

- Interpretación de la Ley
- Interpretación de los contratos

- Interpretación de los Tratados Internacionales
- Interpretación de la sentencia
- Interpretación auténtica

La interpretación, debe estar constituida por elementos, como el gramatical, histórico, lógico, sistemático y teleológico. (Lalaguna, 1969)

ELEMENTO GRAMATICAL O LITERAL

Permite establecer el sentido o alcance de la ley, haciendo uso del contenido propio de la ley, es decir, al significado de las palabras y articulados del que se valió el legislador para expresar y plasmar su pensamiento. (Porrás, 2012). Este método interpretativo surge del supuesto que la voluntad e intención del legislador está impregnada en la ley, y como la ley lo ha plasmado de forma positiva, siendo la mejor forma de descifrar la verdadera intención legislativa es a través de las palabras que hace este.

ELEMENTO HISTÓRICO

Consiste en interpretar el derecho legislado, insinuando a la historia del texto legal que se va a interpretar (Galiano A., 1963). La historia se verá reflejada en las etapas del proceso de formación de la ley, por ejemplo, cual fue el problema, la posible solución y como se accede a la ley para poder remediar el inconveniente.

ELEMENTO SOCIOLÓGICO

Al interpretar, se debe tener muy en cuenta la realidad social del tiempo en el que se va a aplicar, pues si una norma surgió en un contexto histórico, no puede ser aplicada a la actualidad, ya que traería efectos adversos. (Giddens, 1993) Por ejemplo: La ley del Talión, no sería prudente aplicarla a la fecha. En este

contexto, no basta con saber por qué y para que se dictó la norma en concreto, sino también si las circunstancias actuales permiten o no que sean aplicadas.

ELEMENTO SISTEMÁTICO

Permite interpretar la ley, considerando los vínculos de esta con el resto del ordenamiento jurídico del cual forma parte, incluido los principios generales del derecho (Piccato, 2006). Es así, que este elemento considera que la norma jurídica es una parte de un conjunto amplio que proporciona sentido, fundamento y coherencia.

ELEMENTO TELEOLÓGICO

Este permite establecer sentido de los preceptos legales, enfocado en los objetivos que se plantearon alcanzar mediante su fin.

Todos estos elementos son parte de la interpretación de la ley, siendo importante tenerlos presentes para esta investigación.

TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Existen tres teorías de interpretación jurídica las cuales se establecen en la literatura jurídica moderna.

- Teoría cognitiva
- Teoría escéptica
- Teoría intermedia

TEORÍA COGNITIVA

Según Guastini, la teoría cognitiva, conocida también como la teoría formalista es aquella que sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo, refiriéndose a interpretar es verificar el significado objetivo de los contenidos regulados, o del designio subjetivo de los literatos (Guastini R. , 1999).

Lo expuesto por los intérpretes son parte del discurso descriptivo, pudiéndose comprobar la veracidad o falsedad de los mismos. Este modo de ver se fundamenta sobre exaltaciones o pasiones falaces, incluso, se utiliza la relación natural entre la palabra y realidad, persistiendo la creencia de que las autoridades normativas tienen una voluntad relacionada con los individuos. La interpretación tiene como objetivo descubrir el significado objetivo y la voluntad subjetiva, que tiene el legislador. Todo texto normativo, admite una sola interpretación verdadera.

Pero esta teoría, fundamenta su concepción basada en que todo sistema jurídico está completo y coherente, es decir no tiene vacíos ni contradicciones, de tal forma que las controversias que existan abate sobre el dominio de una norma previamente constituida por el carácter cognoscitivo de la interpretación y de la necesaria coherencia del derecho, no habiendo espacio para la discrecionalidad judicial.

Hay que considerar que la teoría cognitiva presenta distintas versiones, teniendo cada una un planteamiento diferente, pero mantienen una posición común, que es negar la capacidad creativa en sentido fuerte del juez constitucional.

TEORÍA ESCÉPTICA

Esta teoría sostiene que interpretar es una actividad no de conocimiento, sino de poder valorar y decidir. Por ello, basa la interpretación sobre la opinión de que

algo no existe, como el significado propio de las palabras, pues estas, tienen un significado que le ha incorporado el emisor, o a su vez él que las utiliza, pero la coincidencia entre uno y otro no se garantiza.

Con lo antes expuesto, según esta teoría, todo texto puede ser entendido en una pluralidad de modos diversos, existiendo varias interpretaciones las cuales dependen de las diferentes posturas valorativas de los intérpretes.

Uno de los elementos fundamentales en esta teoría es la decisión o creación del derecho por el Administrador de Justicia, entendiéndose como creación de derecho, al hecho de que si las decisiones interpretativas añaden o no una dimensión subjetiva o ideológica (Prieto L. y., 1997).

La teoría escéptica, se basa en la idea que el Derecho es indeterminado, ya que las disposiciones de la Constitución, pueden carecer de significado o a su vez tienen más de un significado; esta teoría señala que el Derecho no es completo por poseer vacíos, con antinomias, lo que conjetura que la decisión interpretativa que resuelva un vacío, lleva siempre una decisión sobre el significado de la disposición constitucional. (Guastini R. , 1999)

Desde este enfoque, la teoría escéptica entiende a la interpretación como la forma de decidir el significado del texto constitucional, lo cual indica que el proceso de interpretación se ejerce sobre las disposiciones constitucionales y la norma constitucional, aclarando que la norma no precede como dato, sino que sigue como producto al proceso interpretativo. (Tarello, 1974)

Al haberse asignado la labor interpretativa al juez, este tiene la discrecionalidad de elegir sobre el significado del texto constitucional, razón por la cual, la teoría escéptica no impone un código hermenéutico al juez, el significado del texto constitucional es la elección del juez constitucional¹.

¹ Chiassoni, señala que la idea del respeto al texto de la Constitución desde la perspectiva escéptica se presenta como un “ideal irrealizable”, en la medida que no impone al juez un código hermenéutico para decidir el significado de la disposición constitucional. A lo más que se puede aspirar es a la fidelidad de

TEORÍA INTERMEDIA

Es aquella que se encuentra en medio de las teorías precedentes, hablar de una posible conciliación entre estas, pues la interpretación según esta teoría, a veces puede ser una actividad de conocimiento y en otras ocasiones una actividad de decisión discrecional.

La teoría intermedia sustenta que la interpretación es a veces una actividad puramente cognoscitiva, la cual busca descubrir el único significado de las disposiciones de la Constitución, y como se había mencionado anteriormente, es una actividad volitiva que consiste en inventar el significado de las disposiciones constitucionales². (Chiassoni, 2011)

Esta teoría se fundamenta en la idea de la determinación parcial del Derecho, debido a su texto abierto, las disposiciones presentan un núcleo esencial y una zona oscura. Esto permite distinguir que existen casos fáciles como también casos difíciles, resultando controvertida la aplicación de las disposiciones jurídicas. (Guastini, 1999, P. 16-17)

Respecto a los casos “difíciles o dudosos”, el administrador de justicia ejerce su poder discrecional. Así, por ejemplo, cuando el Juez resuelve sobre un caso fácil, se limita a tomar conocimiento de la disposición jurídica, y su enunciado interpretativo puede ser verdadero o falso, y si, al contrario, resuelve un caso difícil, su enunciado será interpretativo a través de un acto de voluntad. (Guastini R. , 2010)

Ahora bien, en esta teoría la actuación de Juez Constitucional en la zona de

“los valores fundamentales (que el intérprete asume que están) incorporados al derecho positivo”, la misma que no es pasiva ni mecánica, sino activa y dinámica. Chiassoni, P., Técnicas de interpretación jurídica, 163 – 164.

² Así mismo, Chiassoni señala que “la interpretación textual en ocasiones es una actividad puramente cognoscitiva, y en otras ocasiones, es también volitiva y, si se da el caso, creativa”, Chiassoni, P., Técnicas de interpretación jurídica, 164.

casos difíciles es similar a la actuación del juez escéptico, ya que la voluntad es algo fundamental en su actuación, ya que, en la medida en que no existe certeza, si la regla es aplicable o no a una situación determinada, o simplemente no hay regla aplicable al caso, el Administrador de Justicia Constitucional deserta la idea de que el lenguaje de la regla podrá permitirle escoger modelos fácilmente reconocibles; el asunto de subsunción y la derivación silogística ya no determinan el razonamiento que pone en ejecución al determinar cuál es la acción adecuada (Hart, 1997, p.158-159).

El Juez tendrá que elegir en qué sentido se aplica las reglas, o en su defecto podrá crear la regla para decidir el caso concreto, debiendo ejercer la función jurídica creadora del Derecho. Como se observa, a diferencia de la zona de certeza de la regla en la que el juez solo realiza una función reproductora del Derecho, en la zona marginal el juez realiza una función productora del derecho. (Hart, 1997, p.169).

CLASIFICACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA SEGÚN LOS ALCANCES DE LA INTERPRETACIÓN

Para Guastini, la interpretación jurídica se clasifica en Declarativa y Modificativa

INTERPRETACIÓN DECLARATIVA

A este tipo de interpretación se la conoce como interpretación estricta y se presenta cuando al interpretar el Juez se rige a lo que está estipulado en la norma, limitándose a aplicarla a los supuestos estrictamente comprendidos en la norma. (Guastini R. , 2002)

INTERPRETACIÓN MODIFICATIVA

Las Leyes poseen un significado cabalmente definido, pero puede ocurrir que el legislador se expresa indebidamente, sea que utiliza argumentos escuetos, o

incluso, amplia mucho su alcance, cuando esto ocurre es menester realizar una interpretación rectificadora para ampliar o restringir las palabras de la ley y poder conseguir un verdadero sentido, es por ello que la interpretación modificativa puede ser extensiva o restrictiva (Guastini R. , 1999).

INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

Mediante este tipo de interpretación el juez extiende el alcance de la norma a supuestos no contemplados en dichos cuerpos jurídicos, por considerar que la voluntad del legislador era comprender cuál era el alcance de la norma al aplicar dichos supuestos.

Esta interpretación se la emplea cuando los términos de la ley expresan menos de lo que el legislador quiso positivizar, debiendo indagarse cuales son los verdaderos alcances que motivaron la propuesta de ley (Guastini R. , La interpretación: Objetos, conceptos y teorías., 2002).

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

La interpretación restrictiva, se impone al alcance normativo de una disposición para aplicarse a los casos específicos y limitados como lo indica Rojas, quien indica que la interpretación restrictiva se entiende en varios sentidos: a) A la interpretación que trata de respetar la voluntad del legislador y su texto de la manera más estricta posible. b) La que limita el significado de los términos del texto legal a su menor ámbito material de validez posible. c) La reducción de la letra de la ley a su significado más seguro y aceptado por todos o por muchos, por igual, en el ámbito de los especialistas del Derecho. (Rojas, 2010).

LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Los métodos son entendidos como los procedimientos que se adoptan para encontrar y enseñar la verdad.

Savigny, refiere que más que métodos son cuatro los elementos fundamentales para la interpretación, tales como elementos de interpretación gramatical, lógico, histórico y sistemático, siendo estas actividades que deben actuar juntas si la interpretación ha de acertar (Savigny, 2004).

LA INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

Esta interpretación relaciona el sentido de la ley con la significación de la ley, siendo necesario comprender el significado literal de las palabras que se emplean en el cuerpo legal. El problema radica en que puede existir textos que abarquen palabras con significados diversos, pese a ser términos jurídicos, en este caso la interpretación gramatical no coadyuvará a determinar el verdadero sentido de la norma, sino solamente un abanico de soluciones posibles. Por ello las palabras deben ser entendidas en un sentido técnico, según lo haya establecido la tradición, doctrina y la misma legislación (Ramírez, 1967).

Pueden existir controversias entre la aplicación del elemento gramatical y el elemento lógico, sobre cuál de ellos prevalece, debiendo acudir al elemento de interpretación gramatical, ya que se presume que el legislador utilizó con propiedad el lenguaje. No obstante, si aplicando esta interpretación existen contradicciones con el sentido de la ley, deberá acudirse al elemento lógico de interpretación.

Existen otros autores, que refieren algo diferente al precepto antes indicado, Rodríguez, sostiene que la interpretación gramatical o literal se atiende al sentido más propio de los términos legales a su significado literal. Es decir, el intérprete está vinculado a la ley, y la interpretación que realice debe ser concurrente con los términos literales de esta y no vulnerarlos, pues no sería una interpretación, sino una decisión contra *legem o praeter lem*³ que habría que justificar con

³ *Praeter legem* es un concepto jurídico de la jurisprudencia. Significa que una vista derecha precede a la derecha. Este es, por ejemplo, el caso cuando, en una discusión legal, una visión no está cubierta por el texto de la norma, pero tampoco se opone a ella

argumento no interpretativos. (Rodríguez, 2007)

MÉTODO LITERAL

Uno de los métodos establecidos para la interpretación jurídica, es el método literal el cual consiste en indagar lo que la norma establece mediante el uso de pautas lingüísticas propias a entender y comprender el lenguaje positivado en el que se halla derivada la norma (Vernengo, 1994). Por esta razón, el método literal afana con lo escrito y su significado, siendo la puerta de ingreso a la interpretación dentro de cualquier sistema jurídico positivado.

MÉTODO DE LA RATIO LEGIS

La *ratio legis* refiere que la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, pudiendo extraerse de su propio texto, este método pretende esclarecer la norma fundado en lo connotado, la razón de ser de la norma se denomina *ratio legis* en la teoría y se debe distinguir de otras figuras análogas aparentemente (Savigni, 1970).

La *ratio legis*, no se fija solamente en lo que la norma expresa de forma literal, sino que busca la razón de ser, es decir de porque se ha expedido la norma, la cual debe fluir del texto mismo de la disposición normativa correspondiente. Varios autores identifican este método con los efectos prácticos que se pretende alcanzar con la norma.

MÉTODO SISTEMÁTICO POR UBICACIÓN DE LA NORMA

La interpretación debe realizarse considerando el grupo normativo en el cual se encuentra incorporada la norma, a fin de que el “que quiere decir”, sea insigne por los elementos conceptuales propios de la estructura normativa.

El objeto de este método es darle sentido a la norma, para ello es importante

saber cuál es la estructura normativa, sin embargo, desde el pensamiento del Derecho es considerado como un sistema estructural y separa la interpretación en función de ello y no del cuerpo legislativo, en el que se encuentra la norma jurídica (Alejos, 2018).

Lamentablemente cuando la norma pertenece a dos o más grupos normativos, el método se debilita para ser utilizado para la interpretación.

MÉTODO HISTÓRICO

Desde este método la interpretación se realiza recurriendo a los contenidos que sirven para los antecedentes jurídicos relacionados con la norma, fundamentado en que el legislador tiene una intención determinada al facilitar la norma jurídica, conocida como la intención del legislador, que es la piedra angular para explicar su sentido (Larenz, 2002).

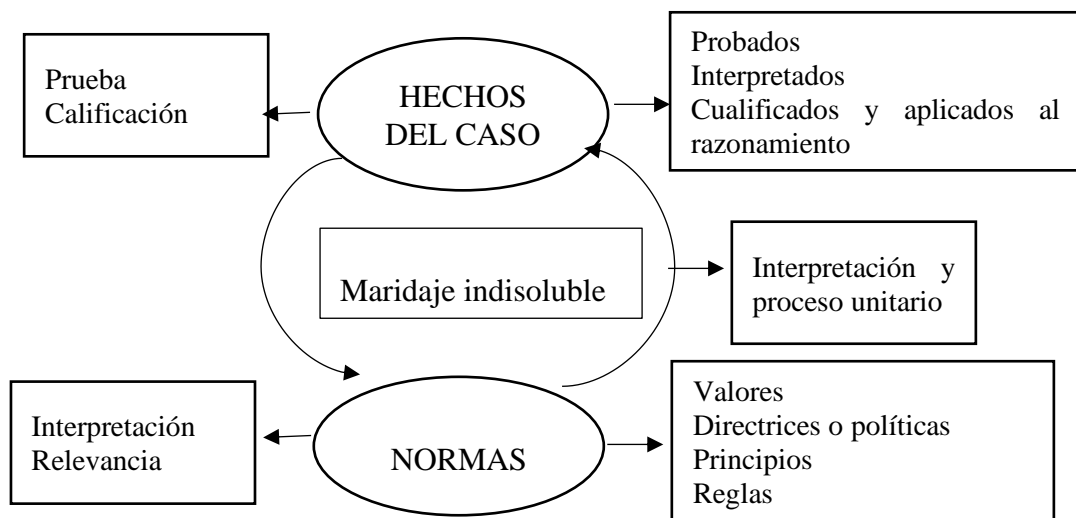
Sin embargo, la eficacia de este método es discutida por diversas razones, una de ellas es que la intención real del legislador no puede indagarse lo que convierte a este método en poco aplicable por la gran cantidad de normas jurídicas existentes; otra de las razones, es que, a pesar de contar con información necesaria para conocer la intención del legislador, siempre se quedara en una restauración subjetiva del interprete, como proyección suya.

MÉTODO SOCIOLÓGICO

Según este método la interpretación de la norma deber realizarse tomando en consideración las variables sociales, del grupo donde se producirá su aplicación. El derecho se concibe y se desarrolla bajo la presión de las circunstancias sociales, siendo un fenómeno social que forma parte del desarrollo de la vida, conjuntamente con otros elementos sociales, manteniendo una permanente interacción dinámica (Durkheim, 2001).

Aquellos que interpretan el derecho adecuar las normas jurídicas a las nuevas exigencias del medio social, pues el Derecho es un instrumento que permite satisfacer el interés social, conservando entre ellos el equilibrio con la seguridad de todos. La interpretación tiene el carácter de función social.

Ilustración 1: Proceso de interpretación Hechos y Normas



Fuente: (Mantilla, 2009)

Elaborado por: José David Martínez T.

1.2. LA IGUALDAD Y SUS DIMENSIONES

La igualdad y la justicia están estrechamente ligadas, por ello, aquellos que administran justicia deberían preguntarse ¿Igualdad en qué? ¿Igualdad entre quienes?, lamentablemente, en el transcurso de la historia siempre ha existido un debate intenso respecto a la igualdad, llevando a diversos autores pronunciarse sobre la desigualdad. Ferrajoli, por ejemplo, señala:

Si las diferencias son naturales o culturales, estas se sustentan en los rasgos específicos que diversifican y al mismo tiempo especifican a las personas, y que en todo lo que, son tutelados por los derechos fundamentales. Las diferencias,

sean económicas o sociales, son en cambio los antagonismos entre sujetos producidos por la multiplicidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus colocaciones de poder y sujeción. Las primeras asisten, en su conjunto a formar las diversas y concretas identidades de cada individuo; las segundas a formar las disímiles esferas jurídicas (Ferrajoli, 2004).

Es importante que la igualdad natural no sea destruida, Rousseau señala que el pacto fundamental sustituye, por el contrario, lo que la naturaleza había podido establecer de desigualdad moral y legítima (Rousseau, 1823).

Ante estas situaciones surgieron respuestas a las desigualdades, y en el contexto histórico se ha pretendido garantizar diferentes tipos de igualdades, desde la economía hasta la jurídica.

Como se denota toda la transición que ha existido en la sociedad, con la llegada de la modernidad y las perspectivas de igualdad, invade un sistema que regule las relaciones sociales, basado en la igualdad jurídica, por un lado estaban los derechos inherentes a todo ser humano por la condición de serlo, y por otro la igualdad de las personas ante la ley, así es que mediante la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, se establece: "(...) Deberá ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga".

El principio de igualdad, es un pilar fundamental en todo Estado constitucional, por ello cada uno adopta medidas especiales para poder garantizar la igualdad entre todos sus habitantes, sin embargo, la igualdad debe referirse a un grupo de personas, donde se evidencie los rasgos existentes para determinar si gozan o no de igualdad.

Rubio, describe que la igualdad se instruye de un contiguo de sujetos diferentes, se ha de referir no a la existencia misma, sino a los rasgos en ellos inapreciables. Estos rasgos no vienen impuestos por la naturaleza del contexto mismo que se coteja, sino son determinados por el sujeto que lleva a lugar el juicio de igualdad

(Rubio, La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Introducción., 1991).

Toda igualdad es siempre relativa, pues esta será afirmada o negada en relación con un determinado *tertium comparationis*⁴. Obteniéndose un punto de vista, el cual será una decisión libre, aunque no ilegal, de quien juzga y solo por referencia al *tertium comparationis* tendrá sentido cualquier juicio de igualdad.

Como se había indicado, la idea de la igualdad tiene dimensiones que se han configurado en la sociedad moderna, así por un lado está la igualdad formal y por otro lado está la igualdad material.

IGUALDAD FORMAL

Es conocida como la igualdad jurídica, esta se estableció como un anhelo del Estado liberal, a finales del siglo XVIII. El principio de igualdad ha ido alcanzando nuevas dimensiones, por lo que se consolida como una base fundamental en el que se encuentra el Estado de Derecho. (Gimenez, Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa., 1999).

La doctrina alude a tres nociones de igualdad que constituyen valores básicos de nuestra sociedad, por ejemplo, la igualdad política, la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley a través de la ley (Atienza, 2004).

La igualdad política, tiene que ver con el reparto o la distinción del poder político, en una sociedad, la cual es entendida de dos formas, la primera se refiere a la existencia de la igualdad en los procesos para elegir a quienes arrogan el poder y la segunda a manera como está repartido el poder, a que se produzca una igualdad en el resultado.

⁴ *Tertium comparationis* es "la calidad que tienen en común dos cosas que se comparan". Es el punto de comparación que llevó al autor de la comparación en cuestión a comparar a alguien o algo con alguien u otra cosa en primer lugar.

La igualdad ante la ley, refiere a que la ley no debe tratar de manera diferente aquellas personas que se encuentran bajo un mismo sistema jurídico, por lo que las normas deberían ser generales de tal forma que los casos análogos se resuelvan de la misma manera, esto implica que la ley los encargados de administrar justicia no deben distinguir donde la ley no distingue⁵, aun cuando la aplicación de la ley se somete a la aplicación de la ley, tal como se encuentra positivada, sin tomar en cuenta consideraciones de ninguna índole (Gimenez, 2004).

Respecto de la igualdad en la ley, refiere que las leyes deben estar diseñadas de manera que la aplicación cause los mismos resultados en todo lo que abarca a las condiciones de vida de los ciudadanos. Este tipo de igualdad surge cuando la igualdad no es suficiente en la aplicación del derecho, debiendo el legislador respetar el principio de igualdad en el contenido de la norma, y esto se alcanza consagrando dicho principio en las Constituciones, estableciendo un control de constitucionalidad⁶.

La igualdad formal implica de forma precisa, que exista un trato igualitario, siendo fundamental considerarlo como punto inicial pues la igualación jurídica parte de ahí. Sin embargo, al encontrarnos en sociedades complejas como la actual, se presenta múltiples escenarios en los que intentar dar a todas las personas un trato igual, parecería quedarse en un mero compendio legal, si no se considera que para lograr una igualdad de *facto* es necesario consentir desigualdades de *iure* (Pérez, 2005).

⁵ Giménez Gluck, señala que en realidad la problemática que se genera es encontrar los límites o la diferencia de trato que la administración o el Poder Judicial pueden otorgar a los ciudadanos en la aplicación de las leyes, límites, como son la razón

⁶ El control de constitucionalidad tiene excepcional importancia en un gobierno democrático y, por la célebre función que el Tribunal Constitucional tiene, debería preservarse el principio de supremacía de la Constitución y ser eje principal en las instituciones públicas.

IGUALDAD MATERIAL

La igualdad material conocida también como igualdad sustancial, se fundamenta en lo manifestado por Aristóteles en el sentido que la justicia debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, esto quiere decir, que no sería lógico tratar como igual a alguien que no es, y este no puede ser porque escasea de las posibilidades para conseguir una situación igualitaria (Carbonell, 2006).

La idea de igualdad sustancial o material se vincula con lo referido por Hart, quien manifiesta que se debe tratar los casos semejantes de la misma manera, existiendo vacíos ya que no existe una norma específica que permita establecer cuáles deben ser considerados como iguales, así como, cuáles son los rasgos distintivos relevantes. Sin estos elementos es imposible pronunciarse sobre si una norma o estructura social es injusta.

Las controversias que pueden presentarse entre la concepción tradicional de igualdad formal y la igualdad sustancial como resultado de la idea de que para establecer una igualdad de *facto* hay que admitir desigualdades de *iure*, toda vez que la igualdad real gravita en desagraviar una desigualdad de hecho a través de diferenciaciones en el tratamiento normativo. (Pérez, Principio de igualdad: Alcances y perspectivas., 2005)

Para alcanzar una motivación sobre la igualdad sustancial y que esta no se limite a consideraciones de utilidad social, sino por el contrario que invoque a los derechos fundamentales, debe enlazarse de forma directa con los principios de dignidad y autonomía, pues estos a su vez constituyen el cimiento de la igualdad formal y de los derechos básicos, ya que, al ser principios universales, un trato disímil en algunos casos constituiría una condición de esa generalidad. (Prieto L. , 1994)

Este autor considera tres supuestos, primero cuando la igualdad material se basa en un derecho de naturaleza prestacional directamente exigible, implicando así

una aplicación constitucional. Segundo, cuando la exigencia de igualdad sustancial se acompaña de un derecho, ya que aun, cuando este no sea de naturaleza prestacional, existe una cierta presunción de que el bien se considera valioso, por tanto, merece protección y se encuentra privilegiado por la Constitución. El último supuesto surge cuando la igualdad material se apoya en una exigencia de igualdad formal, asimismo, la tarea del poder judicial respecto a la igualdad sustancial es importante, porque reconoce que alguien tiene el derecho a una asistencia porque así lo demanda la igualdad sustancial, esto implica que los tribunales sustituyen al legislador, al realizar una tarea normativa, ya que el legislador ha dejado de crear una norma que enlaza cierta prestación con una situación de hecho.

La igualdad material, según Giménez, es el último escalón en la evolución que ha tenido el principio de igualdad, pese a que la igualdad formal ha sido incorporada en los textos constitucionales no ha sido suficiente, por lo que existe la necesidad de que el Estado genere las condiciones para que coexista una igualdad real entre las personas, esto permitirá alcanzar la igualdad de oportunidades o la igualdad de resultados.

De igual forma, existen aproximaciones prácticas sobre la igualdad sustancial. Según Pérez se establece: a) similar satisfacción de necesidades básicas, canalizadas a pugnar la pobreza, b) igualdad para la construcción de beneficios personales y desenlaces sociales que pretende romper con un esquema desigualitario y desvalorizador de ciertos rasgos. (Pérez, 2005. p.157)

La primera aproximación práctica claramente relaciona a la desigualdad social con la pobreza, aun cuando la igualdad sustancial no se encuentra positivada en la mayoría de Constituciones, se traslada al reconocimiento de que alguien tiene derecho a una prestación, por qué así lo exige dicha igualdad implicando una labor normativa, es decir, que exista una norma que obligue al Estado a proporcionar bienes o servicios, esta forma de entender la igualdad subsiste en

cada una de las particularidades de los derechos sociales⁷.

Estos derechos son manifestaciones concretas del principio de igualdad sustancial, consistiendo en dar atención a ciertos sectores que evidentemente aborda desigualdades normativas, por la existencia de un régimen jurídico diferenciado en atención a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada.

La segunda modalidad, de la igualdad sustancial expresa la desavenencia de ciertos modelos de conducta, que han encaminado históricamente la retribución de puestos de liderazgo, al prescindir de ciertas personas por tener ciertas características, esencialmente por la raza y el género. Por esa exclusión, que perjudica la dignidad de las personas les limita el acceso a determinados puestos y lugares en la sociedad, generalmente insuficientes. (Pérez, 2005,p. 166 y167) Para poder limitar estos rezagos sociales, los Estados han adoptado acciones positivas o afirmativas; así como las medidas de discriminación positiva o inversa.

Las Acciones positivas, aquellas medidas temporales que se instauran en el ordenamiento jurídico, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica; mientras tanto que la discriminación inversa es un tipo de acción positiva, a la cual caracteriza, elementos como: a) No solo es desigual, sino también es discriminatoria, ya que se describe a un tipo especial de desigualdad; b) Esta se origina , respecto de bienes insuficientes, lo cual conlleva un favor para ciertas personas sobre dichos bienes y provoca prejuicios para otros.

Las acciones positivas y las medidas de discriminación inversa, deben justificar un trato disímil basado en los atributos discriminatorios, no obstante, el escrutinio aplicado a la discriminación inversa debe ser especialmente estricto respecto de

⁷ Los derechos sociales se formulan para atender las carencias o necesidades que se presentan en la esfera de la desigualdad de las relaciones sociales, estos no pueden justificarse sin tener en cuenta los fines particulares, no se les puede otorgar un sentido universal.

una mayor exacción en cuanto al designio de la medida y a la proporcionalidad de la misma. (Gimenez, 1999, p. 165- 166).

Las medidas de igualdad sustancial son visualizadas como una estrategia de justicia distributiva, que, si bien es cierto, por un lado, causan efectos desfavorables, pero en varios Estados han sido efectivas.

LA IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL COMO PRINCIPIOS

Para entender al respecto será necesario analizar cada una de estas:

PRINCIPIO DE LA IGUALDAD FORMAL

No puede ser entendida como un todo, pues esta permite dar un tratamiento diferente a los diversos sujetos de derecho con la única condición que el tratamiento desigual, no permita que existe un quebrantamiento del Sistema de Derechos Humanos, y por consiguiente resulte siendo discriminatorio (Garcia, 1987⁸).

LA IGUALDAD ANTE LA LEY

En la revolución burguesa, se consideraba que este principio está orientado a garantizar la igualdad en el trato a todas las personas, basándose en las normas jurídicas, mitigando los privilegios en materia de jurisdicción e impuesto (Serrano, 1985).

⁸ Es generalmente admitido en la doctrina y en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales que el principio de igualdad formal ...no impone una prohibición absoluta de establecer diferencias de tratamiento por parte del legislador, la Administración o los tribunales, sino una prohibición relativa: la de aquellas distinciones que sean "discriminatorias".

La igualdad ante la ley, en la época liberal tenía un significado de generalidad en la aplicación pues, la identidad tiene como particularidad que todos deben ser cubiertos con una misma norma legal, es decir la aplicación del ordenamiento jurídico rige para todos, lo que les otorga derechos y obligaciones.

Este principio de igualdad ante la ley, se acentúa al momento de aplicación de la ley, es decir, ya no únicamente se trata de que la ley sea general y gregaria, sino que exista una aplicación por parte de los poderes del Estado, y se lo haga de forma estandarizada, sin ningún tipo de consideración o excepción.

Con estos significados se considera que el principio de igualdad es propio de la ideología liberal, quienes sin duda ejercieron una función necesaria en el momento que fueron postulados, debido a que seguramente existía una inseguridad jurídica, propia de aquellos tiempos, y las leyes solo eran para unos cuantos. Gracias a esto el principio de igualdad es planteado para actuar frente a las exigencias que este principio por su propia naturaleza esboza y aspira alcanzar para mitigar a la discriminación injusta.

El principio de igualdad se refiere al contenido, concretándose en la exigencia de la no discriminación, lamentablemente las normas universales, son con frecuencia desigualitarias.

La igualdad ante la ley ha sido identificada con la exigencia de igual aplicación de la norma a todas las personas, lo cual se ejemplifica: Si se implementa una norma en que todos los rojos deben a los azules, y subsiguiente una decisión como algún rojo no debe a los azules, se estaría ocasionando una violación al principio de igualdad en este último caso, existe una aplicación imparcial de las normas. Ahora bien, cuando existe esta decisión no imparcial, se vulnera la norma universal, lo cual induce a que exista la vulneración a la igualdad.

Desde este punto de vista, el principio de igualdad formal como igualdad en la ley no sería más que la conformidad con la norma, dejándose en evidencia que

este principio se identifica con el principio de legalidad (Rubio, 1991).

LA IGUALDAD COMO LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR

El principio de igualdad tiene una gran relevancia, pues se ha positivado en los ordenamientos jurídicos como la obligación de fundamentar las diferenciaciones de la norma jurídica, entonces, se dirá que es un conjunto de condiciones que se relacionan con los individuos, y la norma permitirá establecer las características. Esto refiere a que el contenido de esas condiciones, será lo que estipula el carácter de igual o desigual de la norma, entendiéndose que las normas no han de tratar a todos por igual, sino que pudiesen tomar en cuenta diferencias humanas, para llevar a cabo diferencias extremas por la aplicación de la norma.

Y es ahí donde el principio de igualdad juega un papel fundamental, ya que permite establecer diferencias de forma justificada, expresándose en la dimensión de no discriminación la cual consiste en la cancelación de aquellas diferencias humanas⁹ como razones notables para la diferenciación normativa.

Actualmente, se refiere a las diferencias humanas como razones relevantes o irrelevantes, para fundamentar una norma específica, ya que el principio de igualdad afirma que cuando diferencias irrelevantes el trato debe ser igual, y aquí específicamente se referirá al caso bajo análisis, cuando el acceso a los concursos debe ser en las mismas condiciones con perfiles específicos, sin que se vulnere el derecho de las otras personas.

Sin embargo, cuando existen diferencias relevantes el trato debe ser diferenciado, y una de las alternativas hubiese sido que se otorgue acciones afirmativas, para profesionales de la salud que estuvieron en primera fila.

⁹ Entre las diferencias humanas que se han considerados tradicionalmente como discriminatorias son la raza, el sexo, las creencias religiosas, las clases sociales.

Lo antes indicado es la piedra angular del principio de igualdad formal, es decir, su importancia radica en la determinación de la relevancia de los rasgos. Lamentablemente, surge un nuevo brete, que es ¿Cuáles rasgos son relevantes y cuáles son irrelevantes?, para ello, la Jurisprudencia Constitucional española, accede al concepto de arbitrariedad, el cual manifiesta que no se admitirá las discriminaciones arbitrarias, lo cual permite limitar la discriminación arbitraria del legislador, por la decisión de quien valora el principio de igualdad que en el caso en concreto es el administrador de justicia.

Así pues, el Tribunal Constitucional Español, ha determinado la vinculación del legislador por el derecho fundamental a la igualdad. En la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) de 02 de julio de 1981, se estableció que la igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sola a la administración y poder judicial sino también al legislador.

Ahora bien, en la STC de 10 de noviembre de 1981, se estableció que el legislador está obligado a observar el principio de igualdad, y su inobservancia dará lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la Ley.

Finalmente, la STC, 08/1986, de 16 de mayo, refiere que el principio de igualdad es un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentran en una misma situación sin que exista justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato.

Como se denota, el principio de igualdad fue aplicado por la Corte Constitucional en su análisis, pues de cierta forma el legislador planteó la necesidad de regularizar a los profesionales de salud que arriesgaron su vida para salvar otras, queriendo “recompensar” su actuar, a través del acceso a los nombramientos, desafortunadamente el legislador no hizo su trabajo bien, pues debía haberse establecido como acciones afirmativas para todos quienes laboraron en la época

de la Pandemia Covid19, y no dejar que los poderes públicos interpreten como bien puedan la norma establecida, y es ahí donde la Corte Constitucional actúa, frente a las diversas vulneraciones que se han suscitado por la mala interpretación del articulado de la LOAH, lo cual trajo consecuencias como la declaratoria de inconstitucionalidad del Artículo 25 y transitoria novena de la LOAH, pues esta fue valorada por los administradores de justicia.

Respecto al principio de igualdad formal se basa en dos ámbitos el uno igualdad en la ley y otro la igualdad frente al legislador, este último, actúa limitando a que se pueda exhortar a los supuestos de hecho de la norma, de modo que el trato sea distinto a personas que, desde cualquier punto de vista, se encuentre en la misma situación. En tanto, que la igualdad en la aplicación de la ley, se obliga a que sea aplicada correctamente, de tal forma que sea estandarizada para todos quienes se encuentren en una misma situación.

PRINCIPIO DE LA IGUALDAD MATERIAL

El principio de igualdad material, también conocido como igualdad real, es comprendido con aquella reinterpretación de la igualdad formal en el Estado de derechos. Este cambio puede situarse a través de la historia, en la obra de Heller, existían varias referencias al respecto de la materialidad, parte de los principios propios del Estado Liberal de derecho, en concreto al principio de igualdad, incluso, el autor ha referido que la igualdad formal de la democracia política aplicada a situaciones desiguales jurídicas, ocasionan un derecho material desigualdad, lo que conlleva a la hostilidad de la democracia social (Heller, 1985).

Si bien es cierto, en todas las comunidades se dan desigualdades sociales y económicas entre las personas, y una interpretación material del principio de igualdad conjetura las exigencias que el Estado se encargue de hacer realidad dicho principio.

Desafortunadamente, no es suficiente con que el Estado establezca normas de no discriminación, sino que ha de adoptar mecanismos idóneos que le permita alcanzar la igualdad entre las personas, y aunque parezca contradictorio, en varias ocasiones deberá establecer normas aparentemente desiguales que les permita favorecer a sectores vulnerables para tratar de equiparar la desigualdad existente de mucho tiempo (Vega, 1988).

Existe una gran relevancia al respecto de la igualdad y esta ha sido recogida por los tratados internacionales, los cuales son referentes para los ordenamientos jurídicos de cada Estado.

Así, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW), es el creador de la igualdad sustantiva, quienes en la recomendación General N°25 de 2004, se había usado términos como igualdad real, igualdad efectiva, igualdad de facto¹⁰ o igualdad de hecho, para referirse a la acumulación de las disposiciones legales sobre la igualdad entre los hombres y las mujeres¹¹.

Respecto a la igualdad sustancial se ha mencionado en el acápite anterior, sin embargo, es necesario analizar desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli, quien

¹⁰ El artículo 4 de la CEDAW dice textualmente “*para acelerar la igualdad de facto*”

¹¹ CEDAW, recomendación General 25, párrafos 8 y 9 “En opinión del Comité, un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer. 9. La igualdad de resultados es la culminación lógica de la igualdad sustantiva o de facto. Estos resultados pueden ser de carácter cuantitativo o cualitativo, es decir que pueden manifestarse en que, en diferentes campos, las mujeres disfrutan de derechos en proporciones casi iguales que los hombres, en que tienen los mismos niveles de ingresos, en que hay igualdad en la adopción de decisiones y la influencia política y en que la mujer vive libre de actos de violencia. (CEDAW, 2004)”

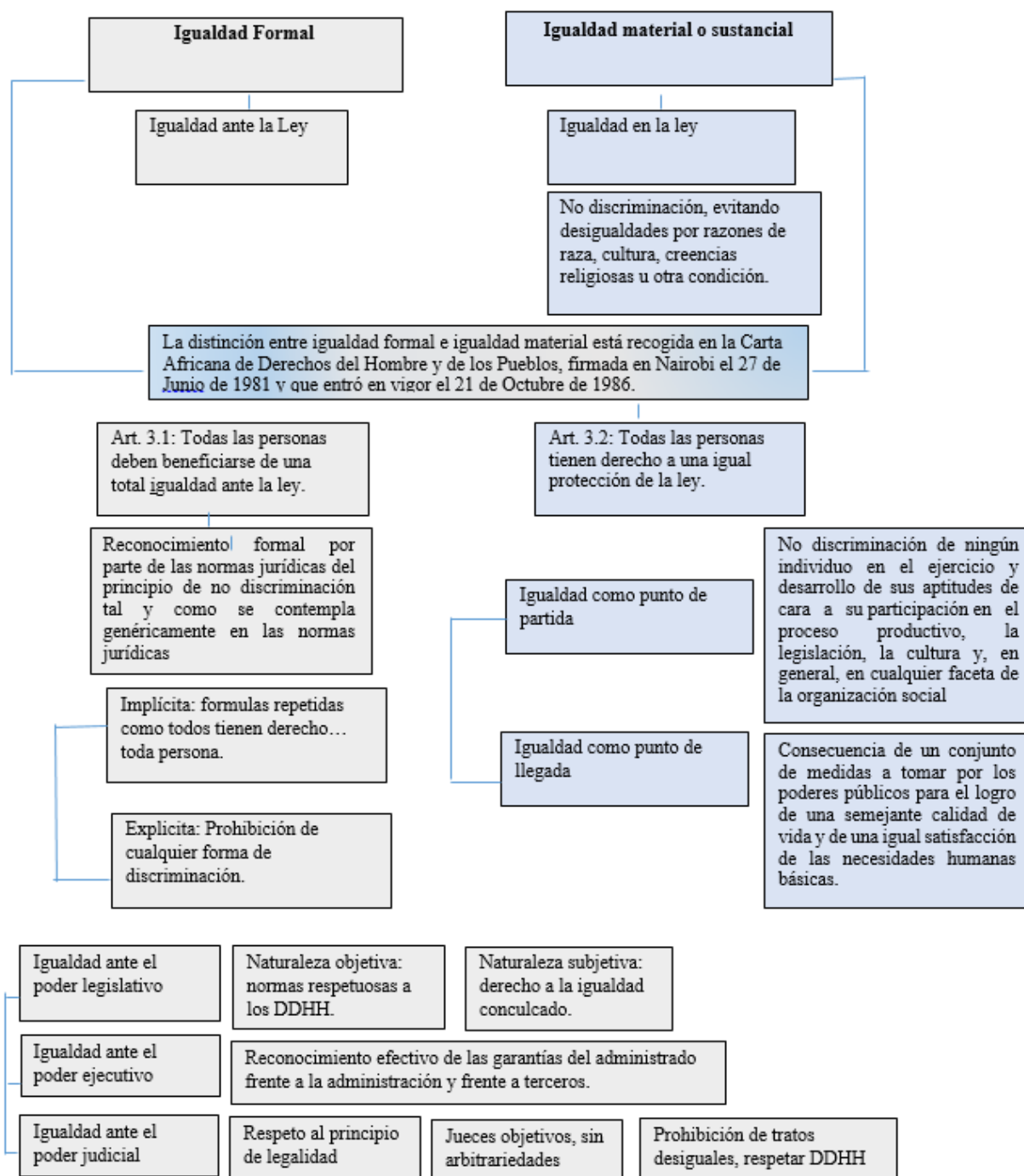
describe cuatro prototipos de la disposición jurídica de las diferencias.

1. La indiferencia jurídica de las diferencias; para este modelo las diferencias no se valoran ni se tutelan ni se restringen, por ende, no se protegen o se violan, simplemente se ignoran.
2. La diferenciación jurídica de las diferencias; se reduce a la valorización de algunas identidades y a la desvalorización de otras, de tal manera que redundan una jerarquización de las diferentes identidades. En otras palabras, mientras algunas identidades resultan poseedoras de un estatus privilegiado, fuente de derechos y de poderes, e incluso, base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; otras se asumen con un estatus discriminatorio, fuente de exclusión y de sujeción o, incluso, de persecución.
3. La homologación jurídica de las diferencias; en este modelo, las diferencias son valorizadas y negadas; pero no por ser concebidas como valores o desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Más que considerarse como estatus privilegiados o discriminatorios, resultan desplazadas o, peor aún, reprimidas y violadas, argumentando una homologación, neutralización e integración general.
4. La igual valoración jurídica de las diferencias; modelo basado en el principio normativo de igualdad de los derechos fundamentales y al mismo tiempo, en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas

en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación abstracta de su igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad. (Ferrajoli, 2004)”

Al analizar detalladamente los cuatro modelos, se denota que el cuarto modelo, sobre la igual valoración de las diferencias, es el más idóneo por su amplia tutela, ya que garantiza a las personas en general a su libre desarrollo a través de leyes que protegen sus derechos fundamentales.

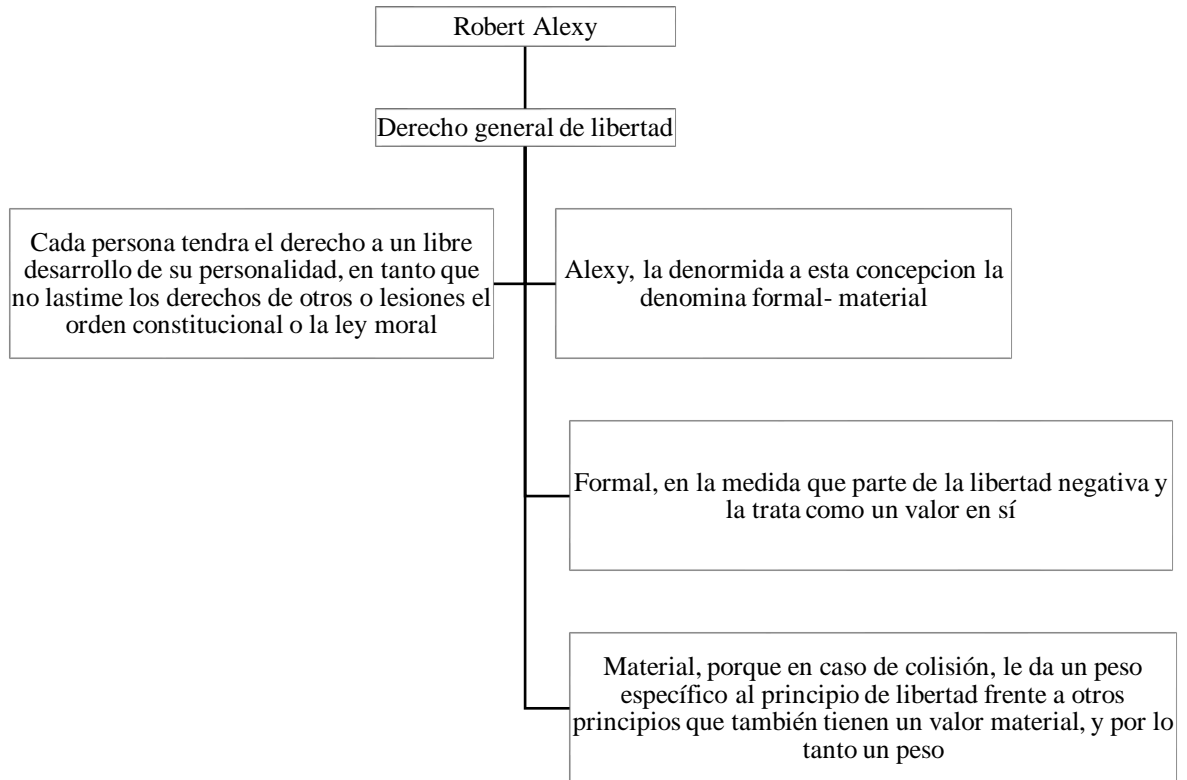
Ilustración 2: Resumen de la igualdad formal y material como derechos principios



Fuente: Varios autores
Elaborado Por: José David Martínez

LA IGUALDAD SEGÚN ROBERT ALEXY

Ilustración 3: La igualdad de Alexy



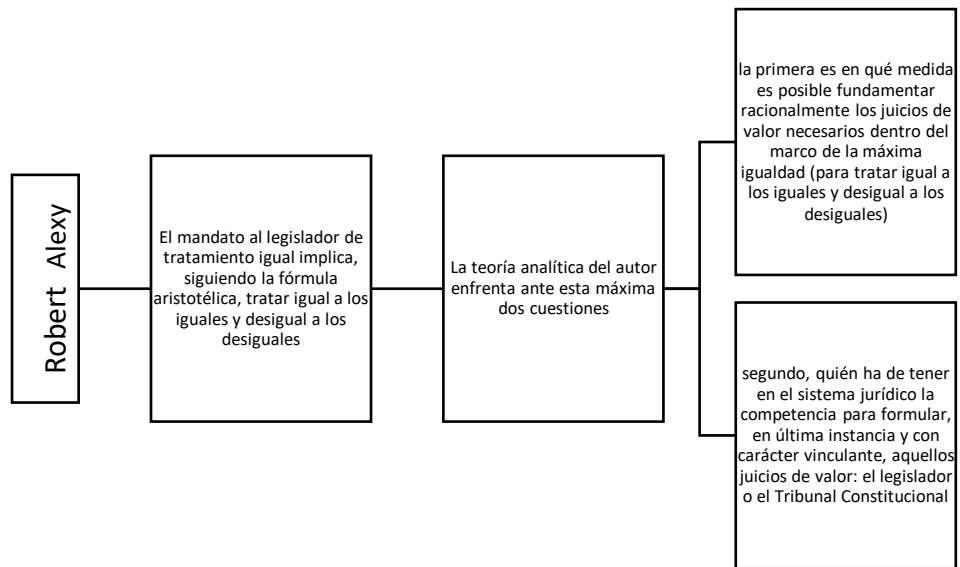
Elaborado por: José David Martínez T.

Fuente: Alexy, R. Teoría de los Derechos Fundamentales

Es menester establecer esta introducción gráfica ya que Robert Alexy, en su artículo 3, en el párrafo 1, de los derechos fundamentales, establece lo concerniente al Principio de igualdad, el cual refiere que “todas las personas son iguales ante la Ley” (Alexy, 1993),

Sin embargo, en el párrafo 3, del artículo 1, se establece, “los derechos fundamentales serán vinculatorios para la legislatura, ejecutivo y judicatura”, como ley la aplicación del derecho.

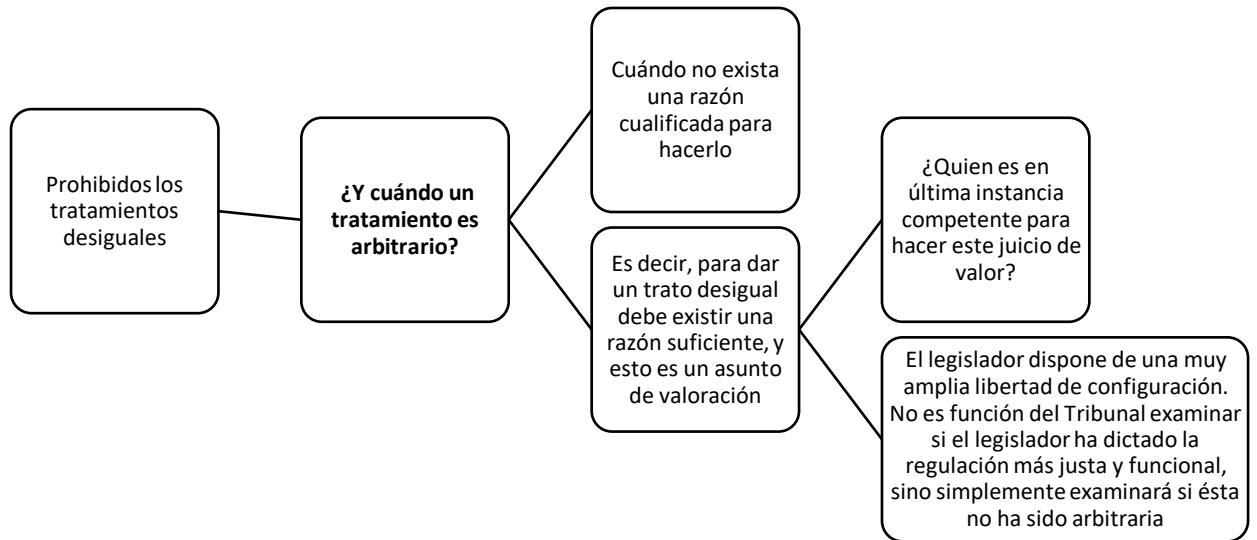
Ilustración 4: Derechos fundamentales según Alexy



Elaborado por: José David Martínez T.

Fuente: Alexy, R. Teoría de los Derechos Fundamentales

Ilustración 5: Análisis bajo la Jurisprudencia del tribunal Constitucional

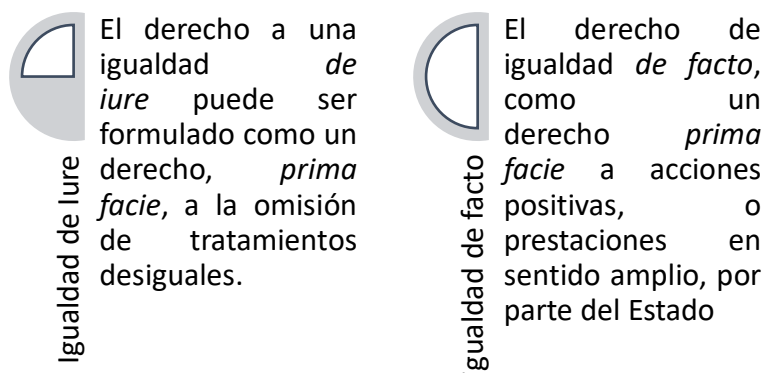


Elaborado por: José David Martínez T.

Fuente: Alexy, R. Teoría de los Derechos Fundamentales

Finalmente, Alexy refiere que la igualdad de iure y la igualdad de facto, tienen una distinción:

Ilustración 6: Igualdad de Iure y Facto



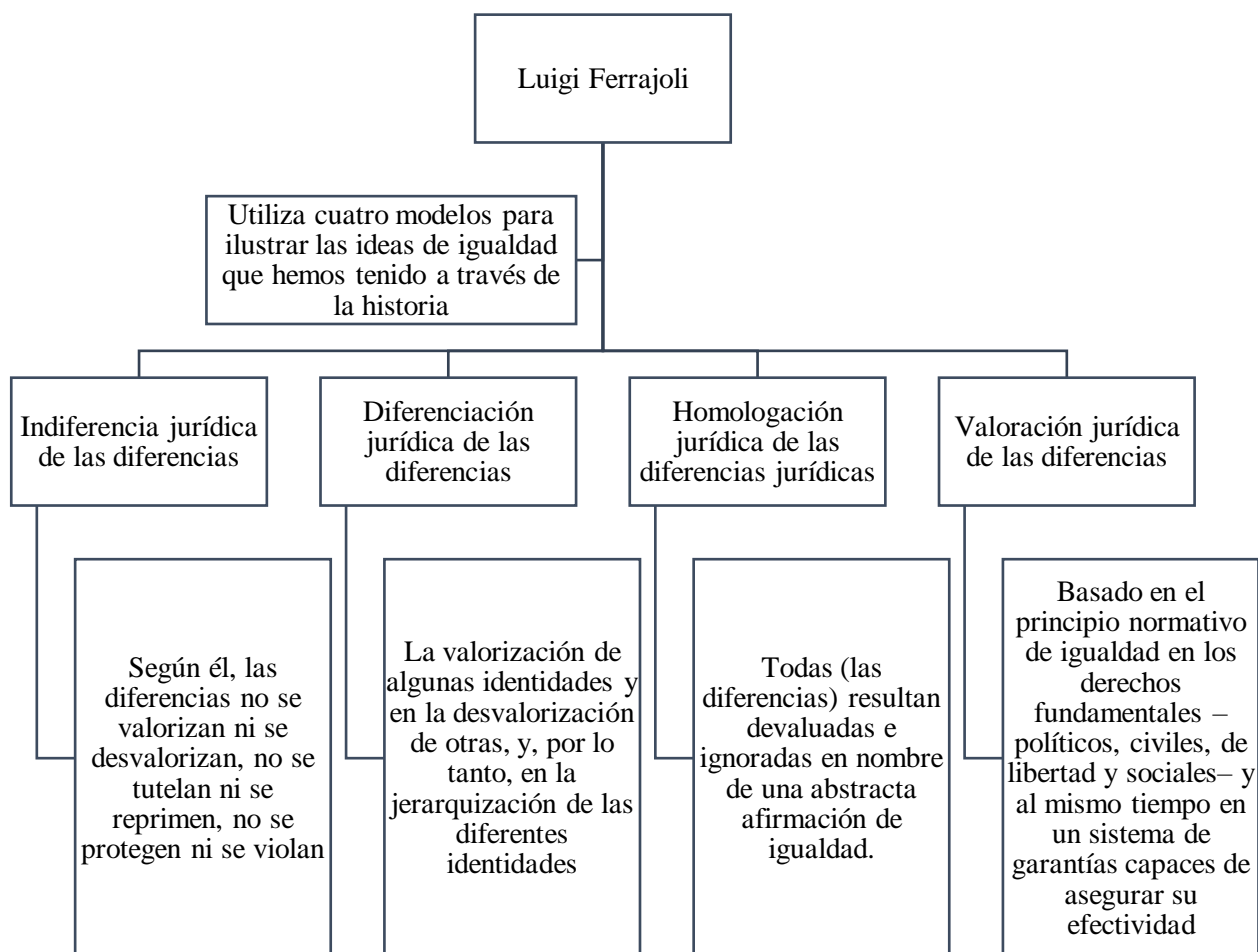
Elaborado por: José David Martínez T.

Fuente: Alexy, R. Teoría de los Derechos Fundamentales

1.3. La igualdad y diferencia según Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli utiliza cuatro modelos para ilustrar las ideas de igualdad que se ha tenido a través de la historia.

Ilustración 7: Modelos de Igualdad Ferrajoli

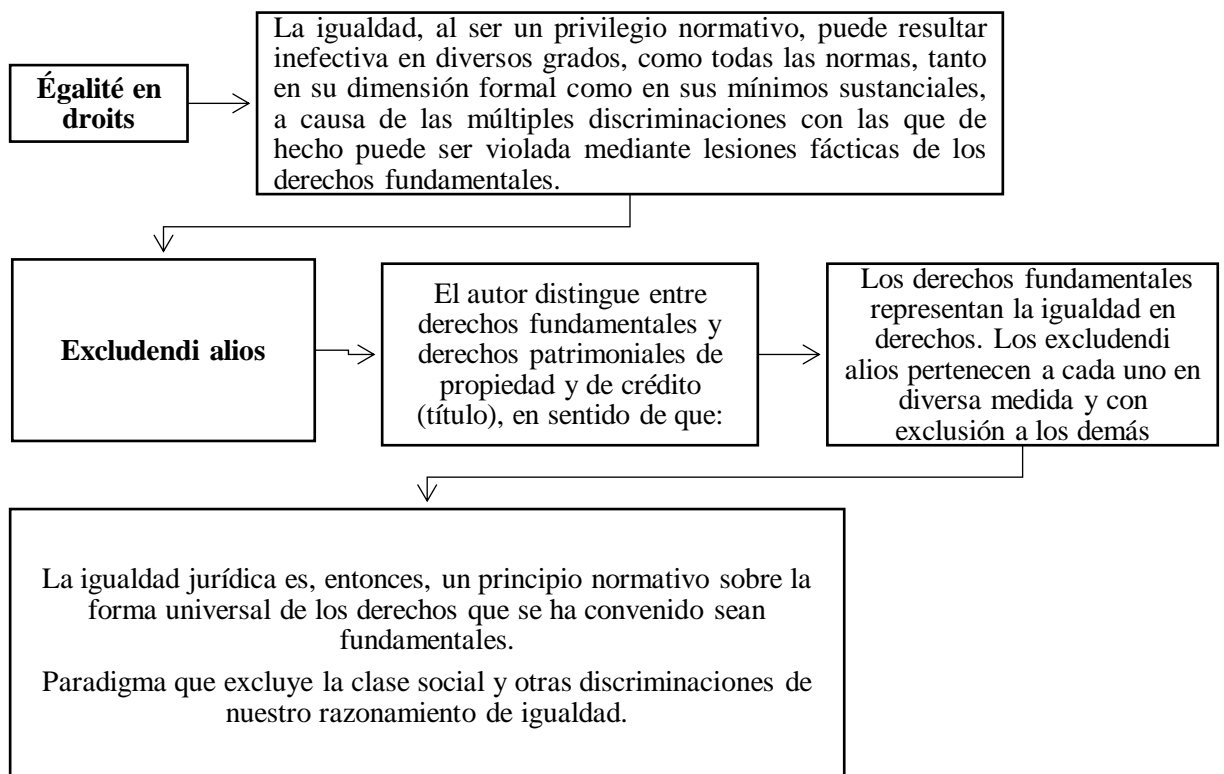
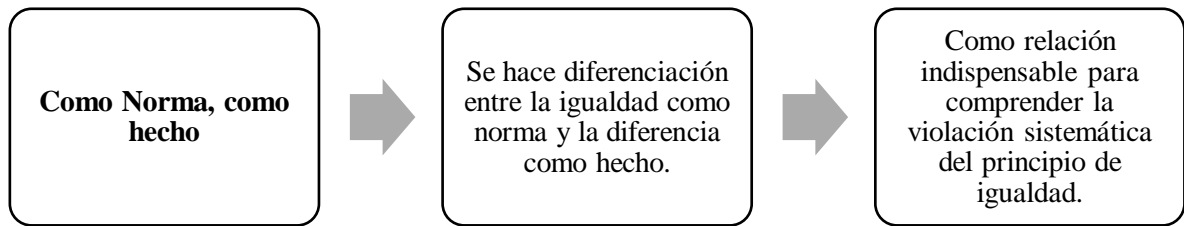


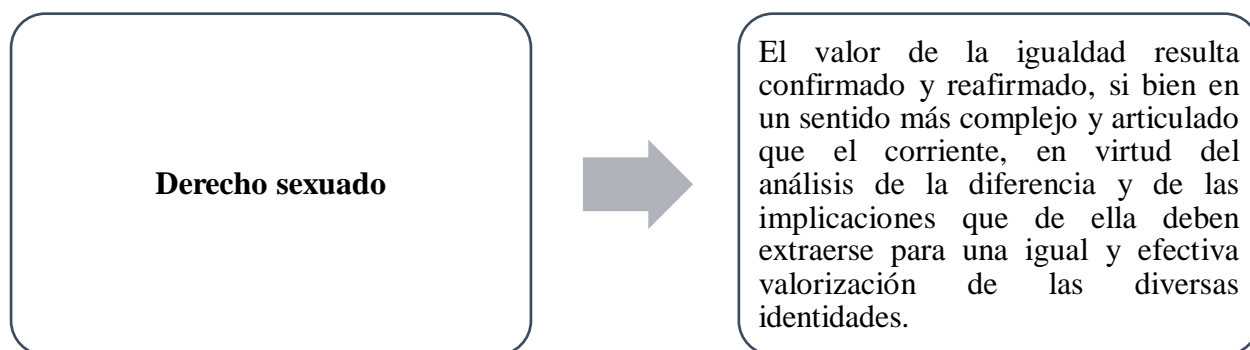
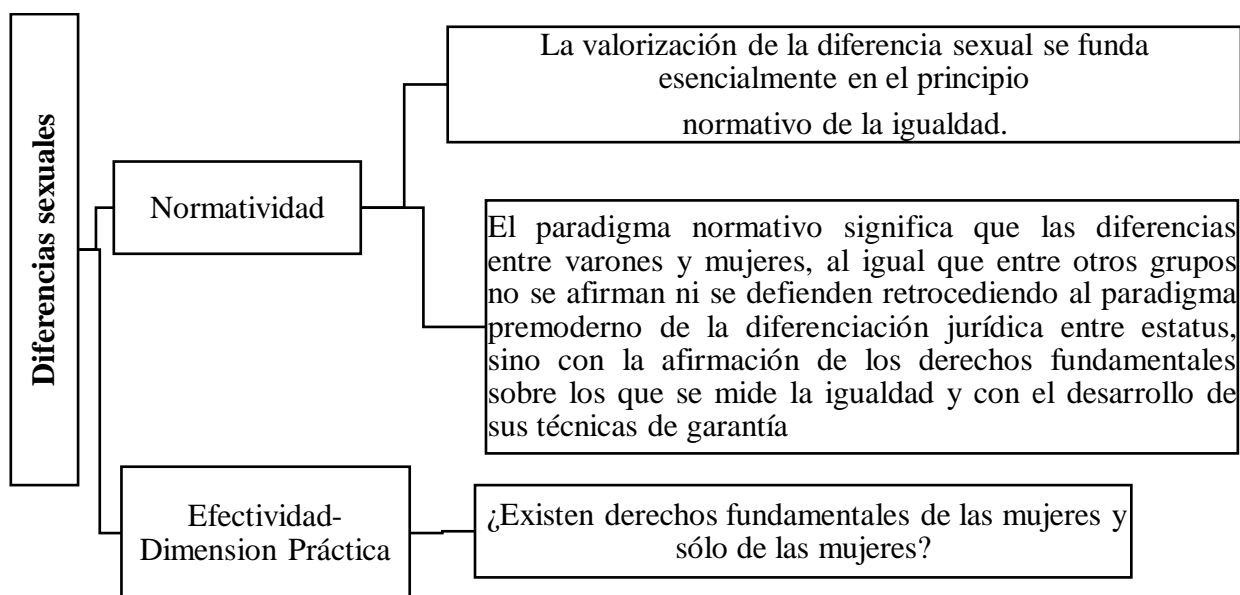
Fuente: (Ferrajoli, 2004)

Elaborado por: José David Martínez T.

Ferrajoli, establece los cuatro modelos, a través del reconocimiento de la diferencia entre igualdad como norma y diferencia como hecho lleva de una manera, al progreso hacia cada modelo.

Ilustración 8: Igualdad y Diferencia Ferrajoli





Fuente: (Ferrajoli, 2004)

Elaborado por: José David Martínez T.

Estos cuadros gráficos permiten comprender de forma sintetizada el análisis de Ferrajoli, respecto de la igualdad y diferencia, lo cual permite comprender su alcance en esta investigación.

1.4. La igualdad y no discriminación, análisis jurisprudencial de la Corte IDH

La Corte IDH, ha plasmado en un cuadernillo, los párrafos relevantes de los casos contenciosos y de diversas opiniones consultivas, respecto a temas donde

se exponen aspectos vinculados al principio de igualdad y no discriminación. Así por ejemplo citaré extractos relevantes que se adoptan al tema en investigación.

Dentro de la Opinión Consultiva OC-18/03, la Corte refiere:

“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. (...) El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno” (Corte IDH, 2003)

El principio de igualdad ante la ley, y no discriminación, es parte del *ius cogens*, donde el orden público, se apoya, protegiendo al ordenamiento jurídico, pues no debe existir leyes que atente contra dicho principio.

La Corte IDH, mediante la sentencia N°2464.267 /31 de agosto de 2012, refiere:

“El derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa, relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarios; y una positiva relacionado con la obligación de los Estados, en crear condiciones de igualdad real frente a los grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminado (...)” (Corte IDH, 2012)

Es decir, el Estado debe crear condiciones para garantizar la igualdad real, en pro de los que siempre han estado en condiciones de desigualdad, a fin de equipar las desigualdades.

En el caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, la Corte IDH, señala:

“La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido” (Corte IDH, 2014)

Este aspecto es importante dentro de la investigación, ya que por un lado se justifica que exista un trato discriminatorio, siempre y cuando exista una motivación razonable y el legislador aparentemente, pretendió justificar en la LOAH, la necesidad de otorgar la estabilidad laboral al personal de salud.

Como se observa la Corte IDH, dentro de varios de sus extractos de sentencias y opiniones consultivas, han recalcado la importancia del principio y derecho de igualdad y no discriminación, debiendo los Estados acoger esta doctrina, para que, a través de los administradores de justicia, y en su defecto de los Jueces Constitucionales se ciñan a la jurisprudencia de la Corte IDH.

El valor de la jurisprudencia de la Corte IDH, es abordado de diversos modos, esencialmente respecto de la obligatoriedad, al poner en realce las diversas cuestiones necesarias para el funcionamiento del Sistema Interamericano.

LA DISCRIMINACIÓN Y SU ENFOQUE DESDE LOS DDHH

Al hablar de la discriminación, puede existir una serie de epítetos que permitan calificarla, como dejar de lado, solo, vulnerado, aislarlo, entre otras.

Esto evidencia que la discriminación es un fenómeno basado en relaciones entre diversos grupos sociales, y tienen sus raíces en la opinión que un grupo tiene sobre otro. Estos grupos pueden ser parte de otros grupos sociales mayores o menores, incluso puede sufrir discriminación por más de una causa, por ejemplo, una mujer indígena, puede ser discriminada por ser indígena, hablar una lengua

aborigen y por ser mujer. Lamentablemente existen preceptos arraigados en la sociedad que conllevan a estigmatizarnos sobre ciertas personas o grupos sociales, y esto se agudizado con la pandemia COVID 19 que atravesó el mundo entero, ya que discriminar se ha vuelto parte de la vida diaria, pues de forma indirecta se discrimina a las personas por su condición médica, cuando alguien ha padecido COVID, o es cercano a alguien que lo tiene, incluso, se discrimina a la personas por su edad, pues, varios países han preferido salvar la vida de jóvenes que tienen mayor promedio de vida frente a un adulto mayor con menos posibilidad de vida¹². *¿Acaso esto no es discriminación?*

Y qué tal, si se hace referencia a la discriminación que sufren los hombres homosexuales, mujeres lesbianas y todo el grupo de LGBT, quienes se han vuelto más intangible de lo normal, pues, anteriormente ya han sido víctimas de vulneraciones, donde la desigualdad, el estigma y, la criminalización existía, pero, actualmente se dificulta observar el impacto de la pandemia en este grupo vulnerable.

¹² Para entender al respecto, es menester citar lo que la periodista Jarvie Jenny, de Atlanta Bureau Chief, publico el 5 de abril de 2020, refiere en su nota periodística denominada Dilemas éticos en la era del coronavirus: **¿Qué vidas se deben salvar?** “*Sólo hay una cantidad determinada de salas de presión negativa o respiradores, por lo cual hay que partir desde un punto de vista ético: ¿cómo se prioriza?*”, observó la Dra. Virginia A. Caine, directora del departamento de salud pública del condado de Marion, en Indianápolis. “*¿Debería importar la edad?*”, consideró. “*Si hay alguien de 75 años y una madre joven con tres hijos, que quedarían sin cuidados... pero el hombre de 75 años ha tenido una buena vida...*”.

Decisiones agonizantes como estas ya se están tomando en Italia, donde más de 3.400 personas murieron mientras que miles de pacientes críticos se apiñan en los pasillos de hospitales y los médicos convierten sus quirófanos en salas de terapia intensiva improvisadas. Sin suficientes respiradores para hacer frente a la afluencia de enfermos, los médicos desatienden a los ancianos a favor de aquellos pacientes jóvenes y sanos. “*No hay forma de encontrar una excepción*”, le aseguró un médico en el norte de Italia al *New England Journal of Medicine*. “*Tenemos que decidir quién debe morir y a quién mantendremos vivo*”. En tiempos rutinarios, los médicos de la sala de emergencias operan bajo principios igualitarios, ofreciendo cuidados intensivos por orden de llegada sobre la base de que la vida de todos es igual. Pero el enfoque se vuelve más utilitario en tiempos de catástrofe. Cuando los sistemas colapsan durante guerras y desastres naturales, los médicos deben decidir cómo maximizar los recursos para el mayor bien social.

Como lo señala GIUSTI “El modelo igualitarista de los derechos humanos, permite interpretar las desigualdades reales entre los individuos como una consecuencia del hecho de que los individuos no han hecho uso correcto o debido de la libertad que les correspondía(..)” (Giusti, 2007), Es notorio que existe una despreocupación del Estado por las personas LGBT, ya que, su situación de vulnerabilidad se ha visto agravada por la discapacidad, sexo, situación socioeconómica, estatus migratorio, ubicación urbana o rural, sin considerar que este grupo tiene una muestra representativa en la sociedad, por tanto, el Estado debería reconocer a este grupo y actuar así de manera consecuente, con la finalidad de abordar el impacto que causa en ellos la discriminación que viven a diario, y más aún en la época de confinamiento.

Con todo lo antes expuesto se puede citar a Rodríguez J, el cual refiere que “La discriminación puede ser determinada como una conducta culturalmente fundada, metodológica y socialmente dilatada, de desprecio contra una persona o varias personas sobre la base de un ofuscación nociva o una mácula relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto, dañar sus derechos y libertades esenciales”, al compendiar lo señalado en los párrafos anteriores, donde sin darnos cuenta muchos se discrimina indirectamente, sin percatarnos el daño que se puede ocasionar, pues la discriminación puede adoptar múltiples formas y todos pueden ser víctimas de la discriminación, alguna vez en la vida (Rodríguez, 2004).

Existe algunos tipos de discriminación, entre las más relevantes están:

- Discriminación directa
- Discriminación indirecta
- Discriminación múltiple o agravada

LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA

La discriminación directa es cuando una persona se ve afectada directamente

por una acción concreta, ya sea por motivos étnicos, culturales, migratoria, entre otras, como por ejemplo: en el Ecuador ha existido una gran resistencia a los migrantes venezolanos, pues, ciertos personajes de estos, se han visto envueltos en temas delictivos, causando directamente cierta discriminación, lo que conlleva a cerrar las puertas laborales a este grupo vulnerable, discriminándolos por su condición migratoria.

La Corte Constitucional del Ecuador ha establecido que la discriminación directa se materializa en aquellos casos en los que existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables. En este sentido, la práctica o norma aplicada al caso bajo estudio implicaría consecuencias jurídicas distintas para dos personas que se encuentran en una situación análoga. (Sentencia N° 34-19-IN/21 y acumulados, 2021)

LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Si bien es cierto como su palabra lo dice son indirectos, por ende, son menos fuertes, pero afectan de una u otra forma en sus derechos, para entender mejor se pondrá como ejemplo: cuando un indígena busca trabajo en un centro comercial, pero le piden experiencia por más de 5 años en cargos similares, lo que imposibilita su postulación, evidenciándose la falta de voluntad de aceptarlo, pues no es común ver personas indígenas laborando en centros comerciales. Esto deja claro que de forma indirecta se discrimina por utilizar eufemismos para dejarlo de lado, excluyendo su participación y esto se visualiza ya que en ningún centro comercial existen mujeres u hombres indígenas como cajeros, percheros o atención al usuario.

La Corte Constitucional ha establecido:

Se observa en aquellos casos en los que, si bien a primera vista la práctica o norma aplicada al caso, y que genera consecuencias jurídicas distintas es neutral, su impacto en un grupo determinado podría generar una consecuencia

igualmente discriminatoria. De esta forma, aunque en principio no habría una diferencia en el trato, la situación estructural en la que se encontrarían estos grupos, conllevaría a una situación de discriminación (Sentencia N° 1894-20-JP, 2020)

DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE O AGRAVADA

Es cualquier preferencia, exclusión que se basa de forma concomitante, en dos o más de los motivos que tenga efecto limitar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos.

Aquí se cita un ejemplo, una mujer y migrante; si se supone que esta mujer tiene algunas dificultades para conseguir trabajo por su origen migrante y además es víctima a de violencia de género por parte de su cónyuge, también migrante.

Esto conlleva a formular una interrogante, ¿Cuál sería el colectivo en el que se identificaría y defendería sus derechos?, es decir, si en las organizaciones de migrantes, o en las organizaciones mujeres.

Y es ahí, donde la interseccionalidad juega un papel importante para profundizar la comprensión de cómo son las lógicas de la discriminación y vulneración de los derechos, concibiendo que son múltiples, y que están interrelacionadas debiendo actuar en conjunto.

Ahora bien, ¿Qué significa la noción discriminación agravada?

Su significado radica en que agrava o dificulta la garantía de un derecho humano, limitando su pleno goce y ejercicio, y esta discriminación puede basarse por las condiciones, de nacionalidad, sexo, orientación sexual, opiniones políticas, condición migratoria, discapacidades, enfermedades, tal cual se había manifestado al inicio de este libelo, la discriminación actualmente está más a flor de piel que en otras circunstancias de la vida, y por el mero hecho de dejar de lado a quien uno piensa que puede afectar nuestra vida, sin observar el verdadero trasfondo de lo que conlleva discriminar a alguien, a pesar, de que no

todos perciben sus actos como discriminatorios, siguen existiendo actitudes negativas agravantes, como discriminar a una mujer venezolana con COVID 19, quien no cuenta con las garantías necesarias para acudir a una casa de salud por su condición de ilegal, poseer una enfermedad de transmisión respiratoria y por ser mujer , son tres aspectos que agravan el ejercicio pleno de sus derechos, netamente, por los estigmas sociales que se han instaurado en nuestra sociedad, sin considerar que su dignidad humana debe prevalecer sobre cualquier circunstancia.

Es importante citar a Alexy R, quien, en su postulado de razonabilidad práctica, determina que es menester establecer si está permitido o no un trato desigual, y si existiese razones bastas para un trato diferenciado, este deberá ser ordenado, es decir, estar positivado (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993).

Pero no solo eso, Alexy refiere que los derechos son tan importantes para garantizar la no discriminación, y el autor los ha subdividido en derechos de defensa y en derechos a acciones positivas.

El primero habla sobre: El Estado al ser garantista no debe realizar acciones que obstaculicen o menoscaben derechos al titular de los mismos, como, por ejemplo: la inviolabilidad del domicilio, el derecho a que el estado elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho, como por ejemplo la situación jurídica del propietario, pues está requerirá una configuración jurídica (Alexy, 1993, pp. 192).

Las acciones positivas, en cambio se analizan desde dos ámbitos, el uno se encamina a la acción fáctica, cuya acción es irrelevante la forma jurídica de la acción para la satisfacción del derecho y el otro a las acciones normativas, entendiéndose a estas como los derechos a actos estatales de imposición de una norma legal de cumplimiento obligatorio.

Con todo lo antes señalado, se resume que la discriminación consiste en dejar de lado a una persona o grupos sociales, es decir, la discriminación es el fenómeno más dañino que contribuye una sociedad en desigualdad, vulnerando sus derechos.

Para cerrar este numeral es importante acotar lo que la Corte Constitucional del Ecuador señala:

La igualdad y la no discriminación constituyen un principio fundamental que se relaciona y extiende a todas las disposiciones constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por este principio, el Estado y todos sus órganos tienen el deber especial de erradicar, de iure o de facto, toda norma, actuación o práctica que genere, mantenga, favorezca o perpetúe desigualdad y discriminación, sin perjuicio de que en determinadas circunstancias puedan existir tratos diferenciados debidamente justificados de forma objetiva y razonable¹³. (Corte Constitucional del Ecuador, 2019-2021)

LA RATIO DECIDENDI

Es una expresión latina, que significa “el motivo de la decisión, o razón suficiente”, refiriéndose a los fundamentos de derecho y argumentos que se emplean, para las resoluciones judiciales, los cuales constituyen la base de la decisión del Tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento (Castro, 2009).

Entonces, la *ratio decidendi*, es la razón para decidir, es la razón suficiente, y motivación principal de la sentencia.

¹³ Al respecto, sobre el derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, véase las sentencias de 10-18-CN/19, 11-18-CN/19, 7-11-IA/19, 603-12-JP/19, 1894-10-JP/20, 751-15-EP/21, entre otras.

Antes, la distinción entre *obiter dicta* o *ratio decidendi*, de las sentencias revestía una gran consecuencia. Actualmente no es frecuente verla mencionada en la motivación de las sentencias. Hay que indicar que los *dicta*, tienen solo efecto persuasivo, en tanto que la *ratio* tiene efecto futuro, como precedente, y lo más importante es la justificación de la decisión (Corte Nacional de Justicia, 2014).

Hay que considerar que la noción de razonamiento decisivo, es notoria cuando la jurisprudencia se exhorta como fuente de derecho que enlaza en casos posteriores. Existe mayor trascendencia en los sistemas de “*common law*”, en los que las decisiones y resoluciones no les corresponde a los tribunales supremos, tienen también fuerza de exigir como antecedentes “*stare decisis*”.

En consecuencia, para que la decisión adoptada sobre la *Quaestio iuris* (cuestión de derecho) aparezca justificada en derecho, será necesario en esencia que la motivación acredite que la misma es consecuencia de una aplicación racional del ordenamiento a ese caso en específico.

En el caso del Estado ecuatoriano, la Corte Constitucional ha comenzado por conceptualizar lo que es la *ratio decidendi* y por establecer que un precedente debe ser acogido por los jueces y juezas en casos similares, pues así ha dicho:

Al dispersar las reflexiones en el contexto de las decisiones jurisdiccionales, las razones que el juez utilice para decidir sobre un supuesto fáctico determinado, conocidas en la doctrina del derecho como *ratio decidendi*, deberán ser aplicadas por este en caso posterior con el mismo supuesto (...) (CCE, sentencia N°010-14-SEP-CC, 2014)

REGLAS DE LA RATIO DECIDENDI

Revisada la diversa doctrina se establecen reglas que permiten interpretar la *ratio decidendi*, las cuales se derivan en:

- a) No todas las sentencias ni lo declarado por los administradores de justicia,

constituyen un precedente, en la gran parte de casos, que son resueltos por los jueces, no se contiene ninguna cuestión de derecho, sino que la disputa es puramente fáctica.

b) Dentro de las propuestas de derecho realizadas por el juez, únicamente se considera parte de la *ratio decidendi*, las proposiciones que parezcan haber sido consideradas por él como necesarias para su decisión.

c) Los administradores de justicia están obligados a perseguir un determinado precedente; en efecto, tendrán que aplicar también la *ratio decidendi* del caso anterior, sin concernir si está en discrepancia con la misma, a menos que aprecie que los casos son razonablemente diferenciables (Colombo, 2002).

LIMITACIONES DE LA RATIO DECIDENDI

Las limitaciones para aplicar la *ratio decidendi*, se han establecido en:

- a) Los fallos deben ser leídos y analizados a la luz de los hechos del caso en el que se produjeron.
- b) Los fallos deben ser leídos y analizados a la luz de las sentencias dictadas en otros casos.
- c) Los fallos en los que no se enuncia cuáles yacieron las razones de la decisión (Corte Nacional de Justicia, 2014).

LA IMPORTANCIA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA *RATIO DECIDENDI*

Las herramientas jurídicas son un acumulado de instrumentos y procedimientos discursivos por medio de los cuales se intenta resolver una sucesión de conflictos tanto sociales como individuales.

Por el embrollo que pudiese originarse, se obliga a quien aplica el derecho, fundamente sus acciones con estudios fehacientes y apoyo de especialistas en varios campos.

La piedra angular de los juristas consiste en argumentar, es decir plantear razonadamente, la adopción de medidas, el establecimiento de nuevas normas, así también en caso de ser necesario se suprima otras, pues la aplicación del derecho requiere entre varias aristas, la importancia del rol del abogado, para que argumenten, persuadan al juez, o para alcanzar un trato con el abogado de la otra parte. (Atienza, 2013)

LA IMPORTANCIA DE LA MOTIVACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES

Al hablar de motivación, se dirá que es poner las buenas razones a favor de la decisión, en forma correcta y adecuada, a fin de conseguir la persuasión. Es decir, debe existir razones más que suficientes para justificar una decisión. (Atienza, 2013, p. 152).

En el sistema jurídico ecuatoriano, se fundamenta en el derecho positivo y, por tanto, funciona a partir de la existencia de un contiguo de normas jurídicas escritas, es decir, las leyes que son promulgadas por el órgano correspondiente, conocido como la Función Legislativa.

La principal característica del derecho positivo es que, radica su aplicación en la materialización a través de las normas vigentes, de aplicación sectorial, sin embargo, el ámbito del derecho positivo supera el marco restringido de la ley, pues va más allá de toda norma jurídica que se encuentra escrita, así por ejemplo los decretos, acuerdos, reglamentos.

La Constitución de la República del Ecuador, desde el 2008, plantea con mayor exacción y punibilidad la obligación de emitir resoluciones, decisiones judiciales debidamente motivadas, pues es fuente de legitimidad tanto para la función judicial, como para que la ciudadanía pueda controlar la arbitrariedad y discrecionalidad de las decisiones judiciales, permitiéndole acceder a una verdadera justicia.

Dentro del ordenamiento jurídico del Estado ecuatoriano, se determina en el artículo 76 de la Constitución que, en todo proceso, en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se deberá asegurar el debido proceso, considerando como una garantía del derecho a la defensa, que las resoluciones y decisiones del poder público sean debidamente motivadas.

Es menester, que la resolución contemple por escrito las normas y principios en los que se fundamenta una decisión, incluso la norma constitucional, indica que el efecto jurídico de aquellos actos, resoluciones y fallos que no se encuentren motivados serán nulos. Así también, será grave la actuación de los servidores responsables al emitir pronunciamientos sin motivación.

Esto permite establecer que debe existir una motivación suficiente, pues esta se entiende como el conjunto de elementos necesarios presentes en la decisión judicial sea válido con el criterio que alude a un mínimo de razonamiento justificativo ineludible para la resolución judicial sea conforme a las funciones propias de exigencia constitucional y legalmente garantizadas por la motivación.

Esto coadyuva a que existe un criterio de suficiencia, se cita como referencia al Tribunal Constitucional Español, quienes han establecido la doctrina jurisprudencial constante y reiterada sobre la motivación estableciendo:

“El deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundaron de la decisión, es decir, *la ratio decidendi* que ha determinado aquella, y, en segundo lugar, una fundamentación en derecho”
(Doctrina Jurisprudencial)

CAPITULO II. Diseño Metodológico

2.1. Metodología de la Investigación

Al establecer como metodología de estudio una investigación científica, debe establecerse un procedimiento, el cual contendrá estrategias que sirvan como instrumentos para recopilar información fehaciente, la cual permite determinar los aspectos relacionados con el tema y la problemática.

Desde un enfoque cualitativo, se establece un análisis de datos donde las particularidades de cada aspecto ayudan a resolver el problema jurídico del análisis de caso específicamente de la Sentencia Constitucional N°18-21-CN/21 y acumulado, en la que 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 debido derivada de la 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 servidores públicos, algunos fueron favorables para los mismos, y otros rechazados, ya que a criterio de los jueces no cumplen con los requisitos establecidos en la Constitución y en la ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para ser consideradas en dicho rango, entre los argumentos de la decisión de la Corte se alegaba justamente que la normativa es contraria a la Constitución, pues la misma establecía que nadie puede ser discriminado por decisión personal y colectiva temporal o permanente, es decir, si bien es cierto existieron aquellos servidores que fueron esenciales para ayudar a combatir a la crisis sanitaria en el año 2019 y 2020, sin embargo, no es menos cierto que existen otros profesionales que también deberían tener las mismas oportunidades para concursar y obtener el nombramiento definitivo y lo mismo sucede con los trabajadores ya que la norma suprema como es la carta magna establece de tal modo esta declaratoria de inconstitucionalidad.

En este sentido, a través del diseño metodológico que se ha señalado y que se expone, se examina y se asimila como la sentencia antes señalada a través de su proceso de justificación, motivación y argumentación, constituye o no un mecanismo de desarrollo de derechos, para la aplicación de la normativa legal.

2.2 Métodos de análisis jurídico

A través de una metodología mixta, se establece los métodos teóricos y empíricos como parte fundamental de esta investigación.

Los métodos teóricos posibilitan procesar los resultados obtenidos mediante el uso de los métodos empíricos a fin de poder sistematizar analizar explicar y descubrir que tienen en común para llegar a establecer conclusiones confiables que permitan resolver un problema.

El método empírico es un modelo de investigación la cual busca obtener conocimiento a partir de la observación de la realidad, por tanto, está basado en la experiencia este modelo de investigación consiste en la observación de la realidad pues este sería el punto de partida para formular una hipótesis, debiendo estar sometida a prueba mediante la experimentación.

Toda investigación basada en el método empírico es caracterizada por tener un objeto de estudio que sea la realidad sensible, es decir, aquello que puede ser observado, medido, cuantificado o verificado, la fuente de conocimiento que es la experiencia directa, el punto de partida, la formulación de una hipótesis, la demostración basada en la refutación o confirmación de la hipótesis y la utilidad para aplicar directa y concretamente sobre una realidad.

En el presente caso de investigación, justamente a través del análisis de la sentencia del caso, se buscó evidenciar como la teoría de los aspectos anteriormente señalados se aplica en la práctica de la justicia constitucional, y como ello simboliza una de las formas de exponer y desplegar derechos

constitucionales, como en el caso concreto aquellos relacionados con la vulneración a la igualdad y no discriminación, vulnerando derechos establecidos en los Instrumentos Internacionales y lo prescrito en la Constitución de la Republica del Ecuador.

Por otro lado, también ha sido necesaria la utilización del método histórico, mismo que sirve para comprender a esta investigación, más aún cuando la Corte ha hecho gran énfasis en los derechos a la no discriminación y a la igualdad en sus decisiones.

A través de este método se ha recurrido a investigar en diversas fuentes pues dentro de las bibliográficas, se ha podido establecer la relevancia en su dogma, para entender críticamente cada concepto y aclarar así la investigación.

En lo referente a las técnicas e instrumentos de investigación utilizados, las primeras se entienden como el conjunto de instrucciones, que, aprobados y normalizados en el uso práctico, permiten obtener y acumular información útil relacionada con el conocimiento del problema investigado.

A través del método enfoque en sistema se ha establecido al sistema con un conjunto de elementos y relaciona interrelacionados cuyo resultado no puede reducirse a la suma de las partes que lo constituye pues su creación representa una nueva cualidad, un nuevo fenómeno éste enfoque plantea que el estudio adecuado de un fenómeno, debe realizarse concibiendo lo común del sistema, reconociendo y delimitando cada una de sus partes constitutivas y sus interrelaciones, el enfoque en sistemas se emplea cuando el proceso investigativo es necesario para la integración, interrelación e interdependencia de los elementos de un todo, la jerarquización de dichos elementos, el ordenamiento de los mismos, así como la sinergia entre ellas.

Finalmente, ha sido necesario utilizar el método exegético, el cual es un método de interpretación que se utiliza para analizar los textos legales, específicamente

en la forma que fueron redactados, por tanto, en esta investigación ha sido primordial este método el cual permite entender como el legislador tuvo la intención de plasmar el articulado en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y como la Corte Constitucional a través de los jueces interpretan y realizan el control constitucional del mismo articulado a fin de garantizar los derechos de todas las personas específicamente el derecho a la igualdad y no discriminación.

En este contexto y a través de la utilización de los métodos que se han señalado, se ha buscado articular el análisis estudio de cada uno de los aspectos señalados a fin que ello permita analizar y entender la importancia de la argumentación jurídica dentro de una sentencia constitucional, no sólo como un mecanismo de justificación de las decisiones adoptadas por la Corte, sino como una herramienta, que a través de la jurisprudencia ha permitido la interpretación y desarrollo de derechos específicamente aquellos relacionados a la igualdad y no discriminación.

2.3 El análisis jurisprudencial como método investigativo

La utilización del método del análisis jurisprudencial , tiene principalmente una finalidad didáctica en cuanto se busca a través de este observar, analizar, entender y encontrar puntos críticos sobre distintas problemáticas que especialmente en el caso jurídico revisten de importancia no sólo por lo concreto y real de la situación estudiada, sino que permite además establecer como en la sustanciación de procesos jurídicos, como el caso de la justicia constitucional, se ven relacionados aspectos como el teórico con la realidad fáctica que tienen que vivir las partes procesales y los administradores de justicia (Estupiñan, 2021, pág. 7).

Es decir, la utilización del análisis jurisprudencial como método de investigación se constituye una herramienta que permite establecer relaciones entre el estudio y contenido de la teoría jurídica en sus distintos ámbitos, la cotidiana problemática social de los distintos sujetos puede trascender al campo jurídico.

Pero esta vinculación teórico-práctica tiene que abordarse y concretarse en un contexto racional, lógico y comprensible, que justamente a partir de la exposición de argumentos permite observar cómo el operador de justicia realiza este ejercicio para llegar a una conclusión del problema jurídico sometido a su conocimiento y resolución.

En este sentido, es necesario definir como se considera desde el ámbito de la metodología investigativa al análisis jurisprudencial como un procedimiento válido de análisis y estudio de la normativa de un estado y como la misma es aplicada por parte de la institucionalidad jurisdiccional del mismo.

De esta manera, el análisis jurisprudencial se convierte en un escenario de análisis y reflexión por parte del investigador en torno a los operadores de justicia, como sujetos de aplicación e interpretación jurídica, cuya labor se concretará justamente en la sustanciación y resolución de procesos jurisdiccionales a través de sentencias (Coral-Díaz, 2012, pág. 19).

El análisis desde esta perspectiva metodológica, justamente se centra en el estudio del desarrollo argumentativo que realizan los jueces dentro de los procesos que sustancian. Argumentos que el investigador contrasta a la luz no sólo de la estructura jurídica y normativa del estado en que se desarrollan, sino también en base a la dogmática del derecho que se ha desarrollado en la teoría por parte de distintos autores.

Este contraste y análisis jurisprudencial es lo que justamente permite encontrar respuestas y orientaciones a como los administradores de justicia entienden y aplican el derecho, tanto en su aspecto tanto formal como fáctico, a través de sus sentencias (Coral-Díaz, 2012, pág. 19).

El análisis jurisprudencial por otro lado, también debe ser estructurado y sistematizado para ser considerado como método investigativo. Corral-Díaz

(2012) a este respecto manifiesta que esta organización debe contener parámetros como:

1. Realizar un acercamiento entre la realidad fáctica concreta, con el desarrollo teórico y dogmático del derecho.
2. Reconocer y ubicar sentencias relevantes, que se constituyen justamente por su importancia en ser medios jurídicos de desarrollo o reconocimiento de nuevos derechos, o de conceptos que alimentan los principios jurídicos y que, por lo tanto, se constituyen en hitos que marcan diferencias y/o puntos de partida de aplicación del Derecho.
3. A partir del análisis jurisprudencial se puede no sólo entrever la aplicación de teorías del derecho, sino que también se puede llegar a construir teorías o narrativas jurídicas, que por su desarrollo argumentativo de solidez pueden llegar a convertirse en reglas (pág. 19).

En efecto, a partir de estos parámetros es que la jurisprudencia a través del quehacer de los jueces se ha tornado en algunos casos como creadora de derecho, como sostiene López (2012), se señala que sobre todo en los casos de justicia constitucional la construcción de las sentencias a partir de la argumentación jurídica no sólo que se convierten en precedentes jurisprudenciales y en análisis sistemáticos de la estructura jurídica del estado, sino que prácticamente, los jueces de estas altas cortes llegan a través de sus sentencias a crear Derecho, pues pueden llegar a marcar líneas jurisprudenciales e incluso modificaciones normativas (pág. 55).

En este sentido, el análisis jurisprudencial como método de investigación se constituye en un mecanismo válido que no sólo permite establecer, como se ha dicho, la aplicación práctica de las distintas teorías del derecho, sino que además permite estudiar el abordaje y razonamiento que realiza el operador de justicia en razón de la estructura jurídica del Estado Constitucional.

Por otro lado, uno de los elementos importantes que permite este método investigativo es profundizar en la manera como la jurisprudencia puede

convertirse en fuente de derecho cuando en sentencias como la estudiar en el presente caso, el juez constitucional desarrolla derechos, lo que marca una diferencia con el derecho emanado del órgano legislativo del estado con el de origen jurisdiccional (Pulido, 2015, págs. 1582,1583). Problemática que en sí causa interrogantes que justamente buscan ser subsanadas o por lo menos entendidas a partir de la aplicación del método de análisis jurisprudencial.

La aplicación del análisis jurisprudencial como metodología de investigación también se encuentra sistematizada, de esta manera un estudio de esta naturaleza deberá contener parámetros que permitan de manera objetiva el análisis, mismo que a decir de autores como Córdoba (2019, pág. 149) pueden contener los siguientes elementos:

- Identificación del número de la sentencia.
- Fecha de la sentencia.
- Juez ponente.
- De ser el caso identificación del voto salvado o de aclaración de alguno de los jueces que conforman el tribunal de juzgamiento.
- Identificación del accionante.
- Exposición de los hechos, considerados la razón de la acción.
- Señalamiento de las normas jurídicas o derechos presuntamente vulnerados.
- Normas constitucionales aplicables al caso.
- Identificación y señalamiento del problema jurídico que se analiza en el trabajo investigativo.
- Análisis del desarrollo argumentativo del juzgador en relación con la doctrina o teoría jurídica aplicada en el caso.
- Conclusiones a las que se ha llegado luego del análisis jurisprudencial.

CAPITULO III: ANÁLISIS DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Desarrollo del Análisis de la Sentencia N° 18-21-CN/21 y acumulado

En este capítulo se procederá analizar la sentencia constitucional no. 18-21-CN/21 y acumulado, la misma que fue emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, el día miércoles 29 de septiembre del año 2021, en la cual se analizó mediante control concreto de constitucionalidad la norma contenida en el artículo 25, así como, la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, a continuación se indicará una breve descripción de los hechos fácticos que fueron presentados en primer nivel en una acción de protección por los justiciables, posterior a ello, se identificará lo realizado por los jueces de primer nivel ante la petición y consecutivamente se abordará el procedimiento que se realizó por parte de la Corte Constitucional, así como, el problema jurídico que el caso presentaba, los argumentos centrales que llevaron a la decisión y el efecto jurídico de la *ratio decidendi* en el caso de análisis, para concluir se realizará un análisis crítico de la sentencia constitucional respecto a la igualdad y no discriminación.

3.2. Antecedentes del caso.

El día 22 de junio del año 2020, se publicó la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, esto con la finalidad de tratar de combatir la crisis sanitaria y económica que atravesó el Ecuador debido a la pandemia COVID-19.

Esta ley además de propender a coadyuvar la crisis sanitaria y económica del país, traía consigo beneficios de carácter personal a través de un nombramiento definitivo, previo un concurso de méritos y oposición, para aquellos profesionales de la salud, quienes habían brindado el apoyo y contingente necesario, a fin de preservar la vida humana en el país.(Art. 25 Asamblea Nacional del Ecuador, 2020).

Es así que varias personas, quienes laboraban en el área de la salud, vieron la necesidad de interponer mecanismos de protección, a través de la garantía jurisdiccional, como la acción de protección, donde se estableció un “beneficio” otorgando de forma inmediata un nombramiento definitivo, dotándoles de un derecho que la ley en análisis no describía se lo haga de forma inmediata, desconociendo el procedimiento propio contenido en la Ley Orgánica del Servicio Público (Art. 5 literal h) *LOSEP*, s. f.), así como la norma constitucional contenida en el artículo 228 (Art. 228 Asamblea Nacional del Ecuador, 2008), sin embargo ante la errónea, mala e indebida interpretación de los jueces constitucionales de primer y segundo nivel, este beneficio terminó concediéndose, declarando un derecho, lo cual la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prohíbe expresamente.(Art. 42 numeral 5 Ecuador, s. f.)

Bajo estas circunstancias y ante el otorgamiento de un derecho mediante las acciones de protección, dos profesionales de la salud deciden presentar dicha garantía, siendo una de ellas en la ciudad de Cuenca y la otra en el cantón Cañar. Al respecto de estas dos demandas constitucionales signadas con los números 01371-2021-00194 y 03201-2021-00381, y ante la presunta existencia de incompatibilidad de norma de menor jerarquía con la Constitución, de esta forma el juzgador Dr. Carlos Eduardo Cárdenas Rivera, eleva a consulta mediante lo que se conoce como control concreto de constitucionalidad.(Art. 142 Ecuador, s. f.)

3.3. El Control Concreto de Constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, nos indica que solo y únicamente cuando el juez constitucional que conoce una causa, en la cual la norma infra constitucional o de menor jerarquía, es contraria u opuesta a lo que determina la Constitución, o lo que determina los Tratados Internacionales reconocidos por el Estado ecuatoriano, y de aquello surja una

duda razonable respecto a la aplicación de derechos para el caso en cuestión, dicho juzgador podrá elevar a consulta al Órgano de interpretación más alto que tiene nuestro país como lo es la Corte Constitucional, a fin de que la misma pueda verificar la compatibilidad y aplicabilidad de la norma elevada en consulta. (Art. 142 inc. 2 Ecuador, s. f.), de igual manera la Corte Constitucional ha indicado que:

“El control concreto de constitucionalidad tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.”(Sentencia No. 001-13-SCN-CC, 2013).

Este tipo de control constitucional según Rafael Oyarte (Rafael Oyarte, 2016, pp. 995, 996), puede ser difuso y concentrado, el primero de ellos refiere a que, cualquier juzgador que se encuentre conociendo un caso en particular y ante la duda sobre una norma y su aplicabilidad en el caso en concreto, este tiene la facultad y posibilidad de inaplicar la norma por considerarla inconstitucional para el caso, sin necesidad de que se acuda a la Corte Constitucional para su pronunciamiento, dicho de otra manera, el juzgador tiene la facultad propia de aplicar o no la norma por considerarla constitucional o no, respecto a los derechos que se encuentran ventilando en el caso puesto a su consideración.

El control concentrado refiere a que, cuando el juzgador se encuentra conociendo el caso y tiene la duda respecto a la aplicabilidad o no de una norma frente a la Constitución, puede elevar a consulta para si mejor interpretación y solución de la aplicabilidad de la norma frente al caso en concreto, sin embargo, de lo anotado cabe recalcar que los efectos jurídicos de estas dos formas de control concreto de constitucionalidad se diferencian, la primera cuyo efecto jurídico será inter partes, efecto jurídico que causa solo y únicamente a los intervinientes del caso en concreto que está a discusión y que evidentemente la norma en caso de ser inconstitucional, simplemente no se la aplica, es decir dicha norma continuará siendo vigente, ya que no cualquier juzgador tiene la facultad de eliminar una norma del ordenamiento jurídico; respecto a la segunda forma de control concreto de constitucionalidad el efecto jurídico es distinto al

descrito en líneas anteriores, esto por cuanto, la norma aplicable o no se eleva a consulta al máximo Órgano de interpretación constitucional y que cuya facultad de acuerdo a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional puede reestructurara, rescribir, y de ser el caso despojar y eliminar una norma del ordenamiento jurídico que sea incompatible con la Constitución, es decir el efecto jurídico podría ser *erga omnes y/o inter partes*.(Danny José Cevallos Cedeño, 2015, p. 32).

3.4. Problema Jurídico Planteado por la Corte Constitucional.

Dentro del presente caso en análisis, la Corte Constitucional se plantea dos problemas jurídicos, los mismos que convergen ante las peticiones de las acciones constitucionales de protección presentados a los juzgadores de Cuenca, así como de Cañar, por lo que, para poder entrar a determinar el problema jurídico planteado, es menester indicar la consulta que fue elevada a la Corte Constitucional:

“Consulta de Norma No. 1. El juez consultante identifica como enunciados normativos, cuya constitucionalidad cuestiona, al artículo 25 y la disposición transitoria novena de la Ley de Apoyo Humanitario: Artículo 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. Disposición transitoria novena: Los concursos públicos de méritos y oposición para otorgar los nombramientos definitivos a los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) en cualquier centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS),

se los realizará en el plazo máximo de seis meses a partir de la entrada en vigencia de esta Ley. Los méritos tendrán un puntaje de 50% que se asignarán con el título debidamente registrado en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología, e Innovación para los perfiles que se apliquen. En el caso de los trabajadores de la salud el puntaje se basará en los requisitos previos a su contratación. La oposición tendrá un puntaje de 50% que será asignado con la presentación notariada del contrato ocasional o nombramiento provisional vigente en la Red Integral Pública de Salud (RIPS). Los nombramientos definitivos se entregarán de manera inmediata.

El juez consultante señala:

- (1) Las normas están en conflicto con el principio de igualdad de derechos, deberes y oportunidades, el derecho a la igualdad y no discriminación, y la disposición que señala que el ingreso al servicio público se realizará mediante un concurso de méritos y oposición.
- (2) El concurso de méritos y oposición establecido por el legislador, en el cual se busca garantizar la estabilidad de los trabajadores de la salud, va en desmedro del derecho a la igualdad de las personas que no podrían acceder a un concurso cuya convocatoria es cerrada y con un ganador predeterminado: “el sistema de mérito y oposición busca que todos los ciudadanos tengan la posibilidad real de acceder a un cargo en el sector público, y en virtud del derecho a la igualdad tienen las mismas oportunidades de demostrar que tienen la capacidad en un concurso público.”
- (3) Las normas simulan un concurso de méritos y “son inconstitucionales por regular un régimen de excepción generando de esta forma un fraude al Art. 228 de la CRE.”
- (4) Las normas sacrifican “derechos elevados a la categoría de fundamentales como lo es la igualdad, pues podría ser irrazonable y desproporcionado que dicha diferencia restrinja las oportunidades de participar en un concurso de méritos y oposición en perjuicio de aquellas personas que, teniendo los méritos para prestar sus

servicios en la red integral de salud, sean desplazados por el solo hecho de no tener un contrato ocasional, un nombramiento provisional y no haber atendido en virtud de estos actos en la red pública de salud. Si se tienen los méritos, independientemente de la diferencia que realiza el legislador, debería tener la oportunidad de participar en un concurso de méritos y oposición.”

Bien, luego de haber expuesto la consulta, cabe evidenciar el planteamiento del problema:

Para resolver un caso puesto en consideración de la Corte Constitucional es necesario que la misma deduzca el problema jurídico existente y lo plantee como tal, para poder iniciar con su análisis respectivo, esto a fin de determinar la existencia o no de la compatibilidad de la norma infra constitucional con la Constitución, así como, su debida aplicación para la solución del conflicto que generó el caso en análisis.

Problema jurídico N. 1 ¿Las normas de la Ley de Apoyo Humanitario que establecen la estabilidad de los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria son contrarias a la disposición constitucional que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación?

Problema jurídico N. 2 ¿Las normas legales de la Ley de Apoyo Humanitario que regulan el concurso de méritos y oposición son contrarias a lo dispuesto en la Constitución sobre el ingreso al servicio público?

Ante la existencia de dos problemas jurídicos, es necesario indicar que, los dos van de la mano ya que el uno dota de un derecho (Art. 25 LOAH, nombramiento definitivo, previo un concurso de méritos y oposición.) y procedimiento o reglas que delimitan al concursante y postulación (Disposición Transitoria Novena LOAH).

ARGUMENTOS CENTRALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Para hablar respecto a los argumentos centrales de que se ha utilizado en la presente sentencia analizada, es indispensable señalar que argumentar es la actividad del ser humano en la cual, vierte su criterio otorgando razones suficientes y necesarias que, bajo el razonamiento lógico, la misma permitirá realizar un viaje de entendimiento hacia otra persona para que comprenda lo que pretende significar a través de sus palabras.

Elementos como la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo debe contener una argumentación para que la misma cumpla con su propósito, que no es otra cosa que el de convencer a través de estos elementos y argumentos que se tiene la razón respecto a un punto central, es decir, este ejercicio o actividad deberá ser usada por parte del juzgador a fin de dar la solución necesaria al caso y a su vez, hacer entender a los justiciables su decisión positiva o negativa. (Atienza, 2003, p. 83,84, 85)

Ahora bien, en el presente caso en análisis, la Corte Constitucional realiza algunos argumentos que se consideran relevantes o centrales llamadas *obiter dictas*, razones más fuertes que conllevan a argumentos centrales y estos a su vez, traen consigo una *ratio decidendi*, como se verá en las siguientes líneas, para terminar por una *decisum*.

En primer lugar, la Corte señala:

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado...

El Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”

Es decir, la Corte Constitucional, centra su mira hacia la Igualdad y no Discriminación que goza el ser humano a través de principios y derechos en la carta magna.

Posterior a ello la Corte indica, el fin u objeto principal de la creación por parte del legislador respecto a la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario señalando:

La Ley de Apoyo Humanitario determina como parte de su objeto “establecer medidas de apoyo humanitario, necesarias para enfrentar las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19... 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” (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020)

Resaltando que la creación de esta nueva ley, fue con la finalidad de establecer medidas de apoyo de carácter humanitario, garantizando el mantenimiento de las condiciones de empleo, es decir, el legislador ya observó a donde iba encaminada esta normativa, la primera otorgar medidas de apoyo humanitario, por parte del Estado hacia sus gobernados, específicamente en el área de la salud a los médicos, enfermeras, camilleros, y demás personas que arriesgaron su vidas en la crisis ocasionada por la pandemia covid-19, precautelando la vida de otro ser humano en el Ecuador, y la segunda que, a consecuencia de haber prestado esos servicios de más de 24 horas de trabajo en pie de lucha y que sin ellos muy probablemente se agravaba la situación de control de mortandad y propagación del virus ocasionando más muertes de personas, el otorgamiento de un reconocimiento real y digno que demuestre que el Estado, está agradecido con el respaldo y ayuda brindada en aquellos momentos difíciles cuando más manos se necesitaba en la rama de la medicina.

Titulares del Derecho

La Corte Constitucional indica:

“Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad,

diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.” (Asamblea Nacional, 2008)

Es decir, indica que la norma constitucional otorga el derecho de igualdad a todas las personas sin diferencia alguna, debiendo recalcar que en efecto la igualdad que nos habla la Constitución, no solamente refiere al contenido de igualdad formal o igualdad en la ley respecto a todas las personas, también existe la igualdad material y esto también, ha sido desarrollado como jurisprudencia de la misma Corte Constitucional.

De igual forma la Corte identifica a dos grupos quienes son sujetos de derechos a pertenecer a la red pública en calidad de servidores públicos:

En los casos sujetos a análisis existen dos grupos comparables de sujetos de derechos. En el primer grupo se encuentran los trabajadores y profesionales de la salud que prestaron servicios para la red pública de salud durante la crisis COVID-19 con contrato ocasional o nombramiento provisional; en el segundo grupo se encuentran los trabajadores y profesionales de la salud que no prestan servicios ni trabajaron en la red pública de salud durante la crisis COVID 19 (Sentencia N° 18-21-CN/21, 2021).

De esta forma se puede identificar y verificar que, el derecho de igualdad tomado en consideración por la Corte Constitucional, a fin de dar solución al problema jurídico expuesto a los mismos, fue única y exclusivamente encaminado a la igualdad formal o igualdad en la ley, esto por cuanto, se indica dos grupos, los que si prestaron sus servicios en las distintas instituciones públicas pertenecientes al Estado y el otro grupo, profesionales de la salud quienes no laboraron en pandemia en una institución pública; de tal forma que, la igualdad a la que hace referencia la Corte Constitucional, es una igualdad formal o igualdad en la ley, en otras palabras se puede indicar que, la igualdad que la

Corte Constitucional toma en consideración para tomar una decisión fue la que todas las personas son iguales ante la ley y por ende tienen los mismos derechos, obligaciones y lo más importante oportunidades, ya que, al otorgar el Estado una norma que se observe un trato diferenciado en el contenido de la misma para cierto grupo de personas (profesionales de la salud) la misma causa discriminación ante los otros, por ello la Ley es contraria a la Constitución, respecto a los principios y derechos.

El trato diferenciado se verifica por la diferenciación entre los dos grupos basados en ciertos requisitos que hacen que solo el primer grupo pueda participar en el concurso. Este trato estaría dentro de lo que la Constitución considera “cualquier otra distinción”.

DERECHO A NO SER DISCRIMINADO.

La Corte ha establecido lo siguiente:

Esta definición tiene tres elementos para configurar el trato discriminatorio. Primero, la comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones; segundo, la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente; tercero, la verificación del resultado por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando tiene como resultado el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos (Sentencia N° 18-21-CN/21, 2021).

Esto quiere decir que, para que exista un acto de carácter discriminatorio, en este deberá existir tres elementos indispensables, igualdad de condiciones y circunstancias que conlleven a un trato diferenciado a través de la norma o de las autoridades privadas o públicas y que dichas decisiones no contengan la

razón debidamente justificada, para ello es indispensable recalcar, que los derechos siempre serán desarrollados y aplicados hacia las personas en beneficio y crecimiento de los mismos; dicho de otra forma los derechos siempre serán desarrollados y aplicados por la progresividad de los mismos, ya que cualquier actuación en contrario sería inconstitucionalmente inválido, esto por cuanto los derechos no pueden ser retrotraídos, sino más bien su mutación corresponderá al beneficio del ser humano en la sociedad.

DERECHO A LA IGUALDAD.

Respecto a este principio y derecho la Corte a fin de verificar una posible violación de derecho de igualdad parte del parámetro de identificación a través de un test de proporcionalidad, desarrollado por la misma Corte en las sentencias N. 11-18-CN/19 y 1-18-RC/19, siendo el siguiente:

Para verificar si dicha diferenciación tiene justificación es necesario verificar la proporcionalidad de la medida. Nuestra normativa legal prevé un método con cuatro elementos: fin constitucionalmente válido, idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha. (Sentencia 11-18-CN "matrimonio igualitario", 2019)

Estos cuatro parámetros en estricta evidencia podrán verificar si en efecto el contenido de la norma no es arbitrario, ni contrario a los derechos y principios constitucionales, sin embargo, el dotar de contenido al mismo test, evidencia claramente como se podría a través de la argumentación jurídica, dotar de razones suficientes, lógicas, comprensibles, las mismas que den paso al cumplimiento de cada uno de estos parámetros o no, sin embargo, a fin de garantizar derechos y conforme el análisis realizado primero se identificará lo manifestado por la Corte Constitucional, para que, posterior a ello se realizará, a través de la misma argumentación jurídica y con razones suficientes contenidas en la misma sentencia, así como, algunas razones de conocimiento público y jurídico, cambian el sentido de la *ratio decidendi* y por ende la decisión de la

Corte Constitucional, convirtiéndola en una sentencia garantista y proteccionista identificando plenamente el derecho de igualdad formal y material que necesitaba el caso en particular a fin de no causar discriminación alguna.

1.- “El fin constitucionalmente válido de la medida diferenciadora” a decir de este parámetro, la Corte Constitucional establece que en efecto, ante una crisis sanitaria de carácter pandémico (covid-19), enfermedad que estaba elevando los índices rápidamente de mortandad a nivel nacional, y que para ello, el brindar el contingente necesario, coadyuvando al Estado, a través de la institución pública, Ministerio de Salud con su personal (profesionales de la salud), aportaba importantemente a una de las garantías constitucionales que tiene el mismo, como es, el de brindar el derecho a la salud a todas las personas quienes fueron infectadas, por ello este parámetro si cumple dentro del test.

2.- “La idoneidad de la medida” al hablar de este parámetro, la Corte indica que, lo contenido en la norma de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, respecto al otorgamiento de un nombramiento definitivo a los profesionales de la salud, deberá satisfacer la sostenibilidad, así como la estabilidad de los profesionales de la salud, es decir, el fin que tuvo el legislador al crear esta norma es idónea.

3.- “La necesidad de la medida” en este parámetro, la Corte hace una relación entre si la medida contenida en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, que causa una diferencia creada por el legislador, es la más efectiva y menos grave para afectar el derecho de los demás profesionales de la salud, tomando en consideración dos grupos de profesionales de la salud, los primeros, quienes participaron en pandemia COVID 19 y los segundos quienes no participaron en pandemia a través del Estado pero que son profesionales de la salud y se merecen el mismo trato e igualdad respecto a un concurso de méritos y oposición abierto, para cuyo concurso, el mismo no sea direccionado para cierto grupo identificado, es decir, que o se limite ni cause restricción alguna a los demás profesionales de la salud, por ende y ante la interpretación de que si se encuentra

dirigido y causa restricción hacia los demás profesionales de la salud este parámetro no cumple, dando inclusive más bien al legislador y a todos el entendimiento de qué forma y qué manera, podría haber sido válida este parámetro dentro del test

Una medida menos gravosa es el establecer un concurso público abierto en el que se reconozca la experiencia durante la pandemia de personas que trabajaron dentro y fuera de la red pública de salud, de este modo se reconocería el trabajo durante la pandemia y, por otro, se fortalecería el sistema de salud público Otra medida es el otorgar, en los concursos públicos y abiertos de méritos y oposición, puntaje adicional por haber laborado durante la pandemia. (Sentencia N° 18-21-CN/21, 2021)

4.- La proporcionalidad estricta, en este parámetro, la Corte indica que, para que exista una verdadera proporción respecto a la creación de una normativa que cause diferencia entre los mismos, la misma deberá en su contenido justificar satisfactoriamente la razón del por qué, la medida es aplicada, así como beneficiaría a unos y que efectivamente a consecuencia de ello se sacrifique el derecho de otros.

Como se puede observar lo *ut supra* antes indicado, con la *obiter dicta* más relevante, así como las *ratios decidendi*, que la Corte Constitucional tomó y fundó su decisión del despojo de la norma contenida en el art. 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, así como la disposición transitoria novena, transformándose en la *decisum*.

DECISIÓN TOMADA POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Una vez identificada la *ratio decidendi*, emitida por la Corte a través de su test de proporcionalidad, del mismo se evidencia que de acuerdo a los cuatro parámetros que el mismo exige, dos de cuatro cumplen, por tanto, respecto a los parámetros que no cumple se establecen las razones por la cuales la Corte por

medio de sus atribuciones toma su decisión siendo las más importantes para la *decisum* las siguientes:

La necesidad y la proporcionalidad, la primera bajo el argumento de que la medida diferenciadora tomada por el legislador, no es la menos gravosa respecto a estos dos grupos identificados por la misma, existiendo dos medidas menos gravosas para la compatibilidad de la norma infra constitucional; y la segunda de ellas que en efecto para la toma de esta medida la misma deberá justificar a través de las razones con sus respaldos fácticos, como jurídicos que conlleven a plasmar la medida diferenciadora respecto a los demás profesionales de la salud, sacrificando el derecho hacia las demás y prevaleciendo el derecho de quienes trabajaron en pandemia covid-19 en las dependencias de salud pública.

Bajo estas circunstancias expuestas la Corte Constitucional, toma su decisión, indicando que el contenido en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, así como su disposición transitoria novena son realmente incompatibles con la Constitución, por ende, deciden despojar a la norma infra constitucional del ordenamiento jurídico.

Es necesario también indicar que el efecto jurídico de la decisión tomada en este caso, es un efecto erga omnes, esto por cuanto, es una facultad de la Corte Constitucional hacerlo, esto quiere decir que el efecto de la sentencia ya no es en concreto sino en control abstracto, para ello también podremos advertir que la estas atribuciones se rigen bajo algunos principios, pero exclusivamente el que nos compete abordar es el principio de Interpretación Conforme, así como el principio de Declaratoria de Inconstitucionalidad como último recurso.

Respecto al primero de ellos la norma prevé que, ante la existencia de una interpretación de la norma en análisis, que dote de compatibilidad constitucional no se deberá declarar la inconstitucionalidad de la norma, sino más bien, se deberá poner una interpretación obligatoria que sea compatible, esto a fin de que se puedan garantizar los derechos de las personas, a través del contenido de la

norma.

Respecto al segundo de ellos se puede indicar que, ante la existencia de una incompatibilidad de la norma que no pueda ser interpretada o ajustada a la Constitución pues a esta si se la tendrá que declarar inconstitucional y por ende despojarla del ordenamiento jurídico, sin embargo nótese que el mismo legislador le indica a los jueces a través de la norma diciéndoles, errar es humano y cuando exista este tipo de error que no sea subsanable por la vía de la interpretación, despoje a la norma porque no podemos continuar manteniéndola si en vez de ayudar al juzgador más bien dificultad su interpretación y aplicación.

Es preciso considerar que los jueces son quienes pueden interpretar, sin dejar de lado que la interpretación no es un ejercicio exacto como las matemáticas y no varía, al contrario varia con cada caso, con cada particularidad que el mismo contiene, como por ejemplo el caso que nos ocupa, se trata de algo jamás visto en la humanidad una pandemia cuya tasa de mortalidad cada día iba acrecentando y que pese a desconocer su tratamiento, su forma de contagio, sus complicaciones, millones de personas se salvaron por la presencia de estos “héroes de bata blanca”, que tenían familias y pese a ellos expusieron sus vidas para salvar la de los demás y de esta forma preservar la especie humana, de tal forma que, el juzgador previo a despojar la norma, puede dotar de contenido a través de la interpretación y ajustarla para que sea compatible con la Constitución para ser aplicada.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL N. 18-21-CN/21 Y ACUMULADO

Una vez puesto en consideración los puntos más importantes analizados en la sentencia en estudio, corresponde realizar un análisis crítico del contenido de la misma, esto a fin de identificar si realmente la Corte Constitucional realizó una interpretación adecuada y la misma a través de la decisión resolvió el problema jurídico en la sociedad.

Como primer punto es necesario manifestar que la Corte Constitucional, se plantea dos problemas jurídicos, los mismos que van de la mano, tomando en consideración que el uno refiere a otorgar un derecho y el otro hace relación al procedimiento o parámetros que se deberá contener a fin de otorgar el mismo; esto es, otorgar un nombramiento definitivo, previo al concurso de méritos y oposición a los profesionales de la salud y que evidentemente se dará más valor a aquellos profesionales de la salud, quienes estuvieron laborando en primera línea en la crisis sanitaria debido a la pandemia covid- 19.

Luego de ello es necesario indicar que, la Corte Constitucional al momento de establecer quienes son los sujetos de derechos, establece dos grupos siendo estos:

- 1: Quienes están solicitando a través de una acción constitucional de protección su nombramiento y cuya compatibilidad de norma se está resolviendo mediante un control concreto de constitucionalidad (caso en análisis)
- 2: Quienes no han solicitado y no han prestado su contingente durante la pandemia covid-19, pero que son profesionales en la rama de la salud y a quienes se les estaría cuartando el derecho de participar en un concurso público de méritos y oposición (Sentencia N° 18-21-CN/21, 2021).

Frente a este panorama es menester indicar que, la Corte Constitucional a partir de ese momento, empieza a delimitar e identificar mal el problema jurídico, ya que, en realidad no existieron dos grupos para realizar un cuadro de comparabilidad respecto a la igualdad, esto por cuanto mediante acciones constitucionales de protección a nivel nacional, ya se venía concediendo este derecho y lo que es más, a través del Ministerio de Salud Pública, venía saltándose el procedimiento que establece la Constitución, la ley y la sentencia en estudio, como se puede observar en líneas anteriores.(Ministerio de Salud Pública, 2021)

Quito, 5 de octubre de 2021

El reconocimiento al trabajo de los profesionales de la salud que participaron durante la pandemia por la COVID-19, se tradujo en la entrega simbólica de 50 nombramientos de un total de 108, que corresponden al Hospital Gineco Obstétrico Pediátrico de Nueva Aurora “Luz Elena Arismendi” (HGONA).

La ministra de Salud, Ximena Garzón, aseguró que desde mayo esta administración ha entregado 3.320 nombramientos de los 4.000 previstos hasta octubre.

El evento que se llevó a cabo, este martes 5 de octubre, es parte del compromiso adquirido por la Titular de Salud, para cumplir con el personal de primera línea que atendió de forma directa a pacientes COVID-19, según establece la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario.

Lo hacemos como un acto de justicia. Ustedes arriesgaron su vida para salvar la de los demás, tuvieron que batallar contra un enemigo invisible del que se conocía poco. Mi admiración, respeto y cariño como profesionales de la salud. Se expusieron a muchos riesgos, siempre motivados por un alto sentido de servicio y vocación a los demás, dejando de lado su seguridad por el cuidado de sus pacientes, manifestó la Autoridad Sanitaria (Ministerio de Salud Pública, 2021).

De esta forma claramente se identifica que en realidad lo que existía no eran dos grupos como la Corte Constitucional indica, el consultante y el posible afectado en lo posterior, sino ya existían tres grupos claramente identificados, los primeros quienes mediante acciones constitucionales y por medio del mismo Ministerio de Salud Pública se les otorgó un nombramiento definitivo saltándose el procedimiento que la ley exige a través de un concurso de méritos y oposición abierto y de ahí el escogimiento del mejor profesional cuyas características profesionales, estudios capacitaciones y conocimiento sean verificados, sea el absoluto ganador y por ende ocupe la vacante que el Ministerio de Salud generó por necesidad institucional, los segundos quienes se encontraban en espera de

la consulta elevada a la Corte Constitucional bajo el Control Concreto de Constitucionalidad y los terceros quienes no han participado en pandemia pero que sin embargo tienen el pleno derecho de presentarse en un concurso abierto de méritos y oposición.

Esta identificación resulta sumamente importante, puesto que, identificando estos tres grupos, cambian la perspectiva, la interpretación hasta la conceptualización de los derechos y evidentemente el resultado de la sentencia, puesto que, ya no se estaría a simple vista observando la igualdad formal (todos son iguales ante la ley), sino que se estaría ante un caso más complejo que aquello, es decir, frente a una igualdad material (mismas personas, ejemplo profesionales de la salud, en iguales condiciones ejemplo todos son profesionales de la salud y circunstancias exactas ejemplo tenemos el mismo derecho de aquellos a quienes se les otorgó o concedió el nombramiento definitivo), de esta forma y tomando en consideración lo que la misma Corte a través de sus pronunciamientos ha manifestado, se debió considerar la igualdad no solo formal sino también material, esto a fin de que no exista un trato diferenciado injustificado que lleve a una discriminación, *“Por tanto, el concepto de igualdad no significará una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas.”*(Corte Constitucional del Ecuador, 2013).

Ahora bien, al enfocarse en el punto álgido de la sentencia, es decir su *ratio decidendi*, la misma a través del ejercicio de un test o examen de igualdad se desarrolló, sin embargo, aquí nuevamente se observa, pero bajo las circunstancias antes expuestas en líneas anteriores a fin de identificar si las mismas hubieran cambiado el sentido y la decisión de la Corte Constitucional, cabe indicar que en cuanto se refiere a los parámetros: el fin constitucionalmente válido de la medida diferenciadora, la idoneidad de la medida las mismas no se abordará, puesto que las mismas de acuerdo a la misma Corte Constitucional cumplen con estos dos requisitos, pero se contextualiza en las dos siguientes:

- 1.-Si la necesidad de la medida de acuerdo a la Corte Constitucional y su test

desarrollado indica que esta, implica dilucidar si la medida diferenciadora, es menos gravosa y por ende al afectar a las demás personas no implica en quitar, disminuir o restringir un derecho a unos, para otorgar a otros, es necesario entender las circunstancias, entendiéndose que los profesionales de la salud quienes brindaron su contingente se encontraba diariamente en un constante peligro, es decir arriesgaron sus vidas y las de sus familias para proteger un bien común que fue la vida del ser humano.

Para ello es necesario recalcar lo que la Corte ha manifestado dentro de la presente sentencia en análisis *“Una medida menos gravosa es el establecer un concurso público abierto en el que se reconozca la experiencia durante la pandemia de personas que trabajaron dentro y fuera de la red pública de salud, de este modo se reconocería el trabajo durante la pandemia y, por otro, se fortalecería el sistema de salud público”*, indicando que la norma contenida en el artículo 25, luego de la presente investigación bajo ninguna circunstancia es incompatible con la Constitución ya que, está claro que se debe llamar a un concurso de méritos y oposición, y que solo luego de aquello, se podrá conceder un nombramiento definitivo, luego de ello la misma Corte, indica que existente otras salidas a fin de que la normativa en cuestión sea compatible, esto es, que en el concurso de méritos y oposición que el Ministerio de Salud Pública convoque, se otorgue un puntaje adicional o experiencia de labor durante la pandemia covid-19, evidenciando varias salidas alternativas a fin de que la normativa contenida en la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario no sea despojada de forma inmediata y violenta del ordenamiento jurídico.

Lo que no se ha dicho en esta argumentación es respecto de aquellas personas quienes si fueron concedidas de forma inmediata sus nombramientos ya sean por parte de acciones jurisdiccionales o por parte del Estado a través del Ministerio de Salud Pública, cuyo contenido se verá en el siguiente parámetro.

La proporcionalidad estricta, la Corte determina que para que se cumpla este parámetro es indispensable revisar dos aspectos, el primero de ellos la protección de derechos y el segundo la restricción de los mismos hacia los demás, bajo las circunstancias expuestas en líneas anteriores es evidente que si ya existieron personas (profesionales de la salud) que han sido beneficiadas por esta ley y su contenido, ya sea por la errónea interpretación de los jueces en las acciones constitucionales de protección aceptadas y/o por la autoridad nominadora Ministerio de Salud Pública.

Esto denota que ya existía un trato diferenciador por parte del Estado frente a estas personas de forma general, puesto que para unos si y para otros no, es decir para los primeros en llegar, solicitar o acudir al órgano jurisdiccional o Ministerio de Salud Pública, si tenían derecho y se les protegió y demás, pero respecto para quienes se encontraban solicitando y a consecuencia de jueces más minuciosos respecto de la aplicación o no de la ley, estos serían los desaventajados o restringidos el derecho, peor aún para quienes todavía no accedían con las peticiones, así como quienes se encontraban a la espera de un concurso de méritos y oposición para tener una oportunidad, de tal forma que no se podría justificar la satisfacción de unos y el sacrificio y/o desprotección de otros, considerando que la ley y su aplicación en beneficio de derechos es para todos no solo para algunos.

Mas aún, tomando en consideración que ante la existencia de una igualdad material (circunstancias similares, en condiciones iguales), genera una desproporcionalidad de carácter justificado frente a una mera expectativa, como la Corte ha indicado respecto a aquellos quienes no trabajaron en pandemia, pero son profesionales de la salud. Por tanto, la desprotección frente a los mismos (profesionales de la salud durante la pandemia covid-19) continúa latente, y a partir de ello se considera una flagrante conculcación de derechos de igualdad material y discriminación.

Una vez que se ha podido demostrar con claridad que, el contenido del derecho de igualdad formal y material era sumamente importante tomarlo en cuenta dentro de la sentencia analizada en este trabajo investigativo, para que, de esta forma, a través de la decisión tomada por la Corte Constitucional no afecte ni vulnere derechos de los profesionales de la salud y ante el establecimiento de la importancia de la *ratio decidendi* que conlleva a tomar al operador de justicia una decisión respecto al contenido de la norma infra constitucional, a fin de verificar la constitucionalidad de la misma y tomar la mejor decisión.

Ahora bien, para determinar los efectos jurídicos que está ha causado es importante analizar si la *ratio decidendi* contenida en la sentencia analizada tenía otra salida, es decir, sino existía otro camino menos dañino y perjudicial que el que fue tomado y considerado por la Corte Constitucional a través de su decisión, así como, dar una solución efectiva e inmediata al problema jurídico, tomando en consideración los derechos de igualdad de todas estas personas quienes se ven involucradas de forma directa e indirectamente, así pues, con la *ratio decidendi* implementada en este capítulo, se podrá colegir si la Corte Constitucional tenía otra salida a más de la tomada en la sentencia.

RATIO DECIDENDI

La Corte Constitucional al establecer si existe o no una discriminación compara el acceso a los derechos de participación de dos grupos en concreto y así presenta que el de los trabajadores de la salud que presentaron sus servicios durante la crisis de la pandemia COVID 19, ya sea por un contrato ocasional o por un nombramiento provisional; y el segundo grupo en el que se encuentran los trabajadores y profesionales de la salud que no prestaron servicios durante dicha emergencia sanitaria, estas aristas conducen a que la Corte Constitucional verifique si existe un trato diferente entre estos grupos, así pues, este Organismo de Justicia reconoce la posibilidad de presentarse el concurso y sobre otros la imposibilidad de someterse al mismo.

Hay que suponer que un trato diferente no necesariamente es discriminatorio, por tal razón debe considerarse determinados elementos que verifiquen si la medida es o no proporcional y obviamente aquí se encuentra el fin constitucionalmente válido, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad. Respecto del primero la Corte considera que los médicos cumplieron con su deber objetivo de cuidado, y coadyuvaron al cumplimiento de uno de los deberes fundamentales del Estado, como es garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución, principalmente el derecho de acceso a la salud, donde incluso precautelar el bien jurídico protegido como es la vida es ineludible.

Al reconocer esta labor de los médicos, se persigue un fin constitucionalmente válido, aquello también conduce a determinar que la medida es idónea, puesto que sostiene la estabilidad a través o en forma de un incentivo para estos funcionarios del sistema de salud, ahora bien, en cuanto a la necesidad la Corte advierte que pudieron perseguirse o establecerse otras medidas para lograr estos fines constitucionalmente válidos y la idoneidad de estos, dejando plasmado que un concurso abierto, se incentivará a los profesionales que actuaron durante un la pandemia, y esto pudo haber significado de igual forma, una medida justa y necesaria, pero al crear un concurso cerrado, se opone a los criterios de la Constitución, generando consecuente un desmedro a los derechos de aquellos trabajadores que por alguna u otra razón no pudieron laborar durante la pandemia.

Considerando que la *ratio decidendi*, es la piedra angular de la sentencia, ya que esta contiene la formulación, regla que constituye la base para las decisiones judiciales, es decir, contiene las disposiciones jurídicas, dejando manifiesto lo que el derecho, prohíbe, permite, ordena o habilita (Castro, 2009).

La *ratio decidendi*, se identifica cuando exista el precedente jurisprudencial vinculante, haciendo constar “se establece la siguiente regla jurisprudencial”, o a su vez puede contenerse en la jurisprudencia vinculante.

Bajo este parámetro, se puede establecer con claridad los requisitos indispensables que una sentencia a través de su *ratio decidendi* debería contener una adecuada identificación de los hechos, una interpretación de la jurisprudencia, así como doctrina, herramientas jurídicas que brindan una posibilidad al juzgador de realizar argumentos fuertes, racionales lógicos, comprensibles y contundentes, quienes a su vez traen como resultado una decisión judicial correcta.

Para ello podremos advertir que una sentencia de orden constitucional, en las llamadas *obiter dictas*, debe tener varias razones específicas, producto de un análisis profundo del problema jurídico frente a la sociedad y sí este a su vez, causa algún agravio respecto a los demás, lo que llamamos discriminación, a consecuencia de otorgar un beneficio adicional en la ley a algunos y no a todos.

Este razonamiento y ejercicio lógico, que realiza la Corte Constitucional en cada una de sus casos, va más allá de una simple subsunción de facto y de iure, esto por cuanto estamos hablando de un caso *suigéneris*, que tomó por sorpresa al mundo entero y que como resultado de esta pandemia miles de personas murieron y que evidentemente sin contar con el personal de salud que se incorporó al Ministerio de Salud Pública, el caos, incertidumbre y la muerte indiscriminada hubiese sido peor que la que se tuvo.

En este orden de ideas es menester indicar, que una de las razones indispensables que la Corte Constitucional no observó, es la exposición por convicción de estos profesionales quienes no pusieron solo en riesgo su vida, sino la de sus familias, sacrificando no solamente su tiempo, sino también el de sus seres queridos.

Adicional a esto y dentro del trabajo investigativo se observó que el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario en su texto no es inconstitucional, al observar de una forma detenida claramente existe la exigencia de que dicho nombramiento se otorgará una vez que se haya realizado el concurso de méritos

y oposición, la misma que tiene estrecha relación a lo dispuesto en la norma constitucional artículo 228.

Sin embargo, la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, si tendría el carácter de inconstitucional, ya que la misma al otorgar 50 % en méritos y 50% con la presentación de su contrato o nombramiento durante la pandemia, es la que causa un perjuicio respecto a los demás profesionales del área de salud (igualdad formal). Pero era necesario el despojo de la norma del ordenamiento jurídico, no existía otra salida que no fuese la del despojo de la norma; si la Corte Constitucional dentro de sus atribuciones podía haber reformado o reestructurado la norma en la sentencia en análisis y fácilmente volverla constitucional condicionadamente.

Se entiende que la norma de la disposición transitoria novena podría ser un parámetro que regula el concurso, es decir el procedimiento; sobre aquello es importante entender cuál era la voluntad del legislador, y no era otra cosa que otorgar un reconocimiento a las personas que pusieron sus vidas en riesgo para salvar la vida de los demás, precautelando la vida humana.

Pese a lo esgrimido, cabe recalcar que la función del juzgador no debe en ningún caso, tener un criterio formado antes de conocer el hecho factico y jurídico, esto por cuanto, da a entender que los jueces al estar contaminados, crean un juicio de valor sin reconocer la realidad del caso en estudio lo que lleva a una inminente decisión errónea, causando un trastoque de derechos constitucionales tales como en la presente sentencia constitucional.

A consecuencia de este juicio de valor, se establece que, la interpretación que realiza una Corte Constitucional progresista de derechos, al realizar un análisis interpretativo lo hace de una manera sesgada, errónea, inobservando la igualdad material que el caso en particular ameritaba sea analizado.

En otras palabras, la falta de análisis profundo de la situación vivida por parte de los profesionales de la salud en época de pandemia covid-19, trae como consecuencia un ejercicio interpretativo y argumentativo erróneo e insuficiente, mismo que no llega a resolver el problema jurídico, para justificar lo mencionado, me permitiré dentro del presente trabajo investigativo realizar una interpretación más lógica en la cual se abordará la igualdad material, esto a fin de arribar a una correcta decisión y no causar ninguna discriminación.

El test de proporcionalidad que determina la Corte Constitucional tiene cuatro aspectos importantes que son: 1.-El fin constitucionalmente valido, 2.-La idoneidad, 3.- La necesidad y 4.- Proporcionalidad.

Referir a las dos primeras no vendría al caso puesto que de la misma sentencia se desprende que estos dos parámetros cumplen perfectamente, por lo que pasaré a indicar de los dos siguientes.

Respecto a la necesidad, la medida diferenciadora no es la de otorgar un nombramiento definitivo a los profesionales de la salud que trabajaron en pandemia, puesto que para ello ya existía una norma clara que determinaba aquello y está contenida en la LOSEP, así como su reglamento; más bien para determinar esta medida diferenciadora se debía observar más allá de los casos en concreto elevados a control concreto de constitucionalidad, esto es, se debía verificar lo que ya venía sucediendo con esta normativa así como su aplicación, es decir, al existir ya personas “profesionales de la salud” quienes fueron beneficiados con la indebida interpretación del juzgador constitucional de primer nivel, así como su errónea aplicación de la ley.

En otras palabras, ante la existencia de tres grupos identificados dentro de este problema jurídico, los primeros a quienes se les otorgó un nombramiento definitivo sin que exista el trámite correspondiente (concurso de méritos y oposición), los segundos quienes se encontraban peticionando a través de la garantía jurisdiccional acción de protección su nombramiento definitivo y el tercer

grupo quienes prestaron o no su contingente durante la crisis sanitaria en pandemia.

En este orden de ideas y al existir tres grupos de personas como ya se lo ha manifestado era imperioso realizar un ejercicio interpretativo más profundo, el cual abarque el test de proporcionalidad, no solo respecto a la igualdad formal, sino también ante una igualdad material (paridad), y de estos dos frente a una posible discriminación, lo que la Corte debió observar e identificar que nos encontramos a un caso en el cual la igualdad material es necesaria aplicarla, esto por cuanto, ya tenemos personas a quienes se otorgó este derecho y que a consecuencia de ello ya se encontraban como beneficiarios dentro de una carrera del servicio público.

Observando lo manifestado en líneas anteriores, estamos frente a una necesidad totalmente válida, toda vez que, la medida no es gravosa para ninguno de estos grupos ya identificados, otorgando una igualdad de condiciones al abrir un concurso de méritos y oposición y otorgar puntos adicionales por su experiencia en pandemia o como una medida de acción afirmativa, tal cual, la misma Corte Constitucional manifiestas en su contenido como otra alternativa de medida diferenciadora *“Una medida menos gravosa es el establecer un concurso público abierto en el que se reconozca la experiencia durante la pandemia de personas que trabajaron dentro y fuera de la red pública de salud, de este modo se reconocería el trabajo durante la pandemia y, por otro, se fortalecería el sistema de salud público”*, de tal forma que, la Corte está indicando el camino que se puede establecer a fin de que la norma sea constitucionalmente válida.

En cuanto a la proporcionalidad, cabe señalar que no es que todos los profesionales la salud quisieron prestar su contingente para salir de esta crisis sanitaria, más bien al contrario, existieron profesionales que, pese a su juramento hipocrático, abandonaron sus puestos de trabajo y decidieron refugiarse en sus domicilios por el temor, desconocimiento de contagio, así como los altos niveles de mortandad que trajo consigo esta pandemia covid-19, de tal

forma que, no se llega a establecer como justificable lo manifestado por la Corte Constitucional, “quienes no tuvieron la oportunidad trabajar durante la crisis sanitaria”, aquello no es una medida de proporcionalidad propiamente dicho.

Para determinar la proporcionalidad y se entienda de mejor manera me permito citar el siguiente ejemplo hipotético:

Ejemplo.- Supongamos que existe un incendio forestal en la amazonia del Ecuador, que está acabando con la flora, la fauna, así como la vida de quienes habitan ese sector y para ello se necesita de forma inmediata e imperiosa la presencia de miles de bomberos, sin embargo; acuden al lugar los bomberos de los sectores más cercanos, y aquellos logran salvar muchas vidas, así como, el ecosistema de nuestro país; al terminar esa ardua labor que no fue nada fácil, el órgano legislativo quiere otorgarles algo más que un saludo a la bandera y por ello les otorga una suba de sueldo beneficiosa y considerable por el lapso de un año, sabemos que bomberos los tenemos en cada cantón de cada provincia, sin embargo, no todos los bomberos del Ecuador participaron en aquella lucha de aplacar el fuego y por ende no serían partícipes de tener un beneficio de suba de sueldo, aquello sería discriminatorio contra quienes no participaron en dicho incendio?

De este ejemplo se evidencia la importancia de ver al derecho de igualdad desde varias perspectivas, a fin de establecer su mejor interpretación y aplicación, conteniendo el derecho a la igualdad desde los dos aspectos, igualdad formal y la igualdad material a fin de que no exista una discriminación por parte del Estado hacia cualquiera de este grupo antes ejemplificado.

De tal forma que, se considera que el despojo de la norma contenida en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario no era la mejor y peor aún la única solución para resolver el problema jurídico.

Dentro de las facultades que tiene la Corte Constitucional la menos gravosa podía haber sido una modulación de la norma a fin de que la misma garantice

los derechos de estos tres grupos contenidos en el problema jurídico.

Respecto a la Disposición Transitoria Novena, se concuerda con la Corte Constitucional, es discriminatoria, ya que la misma cierra la posibilidad de que existan postulantes diversos y exista un verdadero concurso público de méritos y oposición, sin embargo, para ello bastaba con una declaratoria de constitucionalidad condicionada, de tal forma que la Corte Constitucional al ser una de sus facultades podía haber delimitado la misma, reescribiendo la norma a fin de que guarde relación con la Constitución, así como las normas infra constitucionales.

Para finalizar es importante precisar que una interpretación jurídica en un Estado constitucional de derechos, no puede ser solo visto desde una perspectiva positivista, ya que la misma impedirá el desarrollo de los derechos contenidos en la misma y a consecuencia de ello traerá consigo una flagrante violación de derechos fundamentales y constitucionales del ser humano.

EFFECTOS JURÍDICOS Y EL ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DENTRO DE LA SENTENCIA NO 18-21-CN/ Y ACUMULADO.

Dentro de los efectos jurídicos y el alcance a los principios y derechos de igualdad y no discriminación, se determina que mediante el control concreto de constitucionalidad la norma contenida en el artículo 25, así como, la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, se analizaron los hechos fácticos que fueron presentados en primer nivel en una acción de protección por los justiciables, posterior a ello, se identifica lo realizado por los jueces de primer nivel ante la petición y consecutivamente se abordará el procedimiento que se realizó por parte de la Corte Constitucional, así como, el problema jurídico que el caso presentaba, los argumentos centrales que llevaron a la decisión y el efecto jurídico de la *ratio decidendi* en el caso bajo análisis.

Ilustración 9: Principio de igualdad y no discriminación inconstitucionalidad art, 25 LOAH y transitoria novena

Art. 25 LOAH y transitoria novena			
PROPÓSITO DEL LEGISLADOR	PRONUNCIAMIENTO CORTE CONSTITUCIONAL		
La interpretación está constantemente presente en la función propia del legislador.	Atenta el principio de igualdad y no discriminación		
Intencionalidad Intrínseca, para actuaciones heroicas	Art. 11.2 CRE. Para que exista un trato discriminatorio debe existir:		
Esta actuación ha puesto en cuestionamiento el sistema político y el sistema jurídico al establecer disposiciones de leyes no sustanciadas en normas legales superiores y ser dictadas por la Corte Constitucional	Comparabilidad	Constatación del Trato diferencial	Verificación de resultados

<p>El legislador puede tener la voluntad, sin embargo, no puede excederse, por lo cual la C.C, llama la atención a la Asamblea Nacional de la época, por aprobar normas que además de lo señalado (vulnerar la seguridad jurídica) no contaban con los sustentos técnicos y económicos necesarios</p>	<p>Hace referencia a la existencia de dos Titulares de derechos en condiciones idénticas o similares. En el primer grupo se encuentran los trabajadores y profesionales sanitarios que han prestado servicios a la red sanitaria pública durante la pandemia y tuvieron un nombramiento cuando la LOAH entró en vigencia; el segundo grupo incluye a los trabajadores y profesionales de la salud que prestaron sus servicios durante la pandemia y que, hasta el momento de expedir la Sentencia, no se les aplicó el Régimen que establecía la Ley de Apoyo Humanitario.</p>	<p>Constatación de trato diferencial para uno de los grupos a los que se refiere y la verificación de los resultados debido a la diferencia de trato y si se trata De una diferencia razonable o una diferencia discriminatoria. “Sí puede haber trato diferenciado sin transgredir el principio de igualdad y no discriminación cuando el mismo Tenga una justificación objetiva y razonable. Los primeros alcanzaron el nombramiento los segundos no.</p>	<p>Es necesario verificar la proporcionalidad de la Medida. Cabe recalcar que la diferencia razonable se produce cuando se respetan los derechos, y la distinción es discriminatoria cuando conduce al debilitamiento o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Debido a que el principio de supremacía constitucional es lo que constituye un estado como lo es Ecuador, la sentencia expedida fue un acto de declaración de un estado jurídico emanado de una Autoridad pública.</p>
---	--	---	---

Fuente: Sentencia N° 18-21CN/ y acumulado
Elaborado por: José David Martínez T.

Bajo el análisis del Doctor Ávila, Juez Ponente, gran exponente de la corriente doctrinaria *ius naturalista “progresista de derechos”*, en esta sentencia refiere al positivismo como base de su posición y argumentación, sin que exista una *ratio decidendi* como las que se ha observado en las otras sentencias, por ejemplo:

Caso: Matrimonio igualitario en el Ecuador¹⁴, caso Aborto¹⁵, entre otras más, y

¹⁴ Al respecto del matrimonio igualitario, la Corte Constitucional, ha emitido un pronunciamiento sobre la garantía de derechos de otros colectivos sociales como por ejemplo a favor de los LGBTI, el 12 de junio de 2019, se aprobó el matrimonio igualitario, sentando jurisprudencia en un país donde la Carta Constitucional y otras leyes como el Código Civil, establece que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer.

Hay que resaltar, que la Corte Constitucional ecuatoriana, ha emitido su decisión, en base a la respuesta al planteamiento de un tribunal de justicia menor, que consultó a la CC, si el Ecuador, podía aplicar la Opinión Consultiva 24-17, de la Corte IDH, para autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, sin necesidad de realizar una reforma constitucional.

Es menester indicar que para la fundamentación de la sentencia se observaron los diferentes *amicus curiae* que tuvieron la oportunidad de expresarse, aportando con la pluralidad necesaria de un proceso con dichas características. Fue relevante el *amicus* presentado por los ciudadanos que vieron menester intervenir en el proceso judicial, gracias a esto la Corte Constitucional estableció la necesidad de separación que debe existir entre la procreación y el matrimonio desde el enfoque jurídico de la autonomía de la voluntad (Sentencia 11-18-CN "matrimonio igualitario", 2019); o el aporte del Consejo Nacional para la Igualdad de Género que fundamentó la idea de que la sexualidad de las personas, otorga el sentido propio a su existencia, por tanto, el Estado tiene la obligación de garantizar su respeto y protección.

Ahora bien, debemos indicar que existe necesariamente la urgencia de la modificación de las normas jurídicas que regulan el matrimonio, a fin de evitar la discriminación, pues el artículo 67 de la CRE, señala, que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

De igual forma deberá modificarse el código civil en su art 81.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Debe ser fundamental, entender que el derecho a la igualdad en sus diferentes materias, sobre todo la igualdad en materia de sexualidad y sus diversidades, que, desde la perspectiva de los Derechos Humanos, no se encuentra sujeta a realización progresiva, y el principio de no discriminación, no solo aplica en el ámbito del reconocimiento de los derechos civiles, sino también, respecto al matrimonio igualitario, ya que el expresar libremente y sin perjuicios la decisión de dos seres humanos, independientemente de su inclinación sexual puedan de desarrollar su vida y estructurar un hogar, una familia, que sea ente activo de la sociedad, en el ámbito laboral, social entre otros. Esta última decisión de la Corte Constitucional del Ecuador, permite garantizar lo determinado en el artículo 1 de la CADH, respecto a que los Estados Partes de la Convención, asumieron el compromiso de velar y garantizar la protección de los derechos, reconocidos en la Convención, para su goce pleno y efectivo, sin ninguna clase de discriminación, ya sea por su raza, idioma, sexo, religión, color de piel, idioma, diversas opiniones políticas y de cualquier otra índole, sea económica, por jurisdicción o territorio.

Recordemos que la igualdad y la no discriminación es un principio fundamental del derecho que se relaciona y extiende a todas las disposiciones constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corte IDH ha determinado que el principio y derecho a la no discriminación, ha ingresado en la potestad del *ius cogens*. Pues la estructura jurídica basa sobre este y protegen al ordenamiento jurídico nacional e internacional. Es gracias a este este principio, que el Estado y todos sus órganos tiene el deber especial de erradicar, de *iure o de facto*, toda norma, actuación o práctica que genere, y sea protagonista de la discriminación y desigualdad.

¹⁵ Ramiro Ávila, Juez de la Corte Constitucional, al respecto de su voto concurrente, debe entenderse como un voto a favor de la decisión, donde resalta la importancia del caso y cuál es el derecho de avanzada que se consigue con el mismo.

El Juez basó su decisión en los testimonios que han sido registrados por las organizaciones de derechos humanos, tanto internas, como externas, incluso, la figura del *Amicus curiae*, coadyuvó para fundamentar su voto, pues los riesgos que una mujer atraviesa cuando sea practica o se somete a sitios no idóneos, conllevan a que existan riesgos en su salud y en su vida.

La Corte Constitucional, dentro de su análisis jurídico determinó que la frase (...) una mujer que padezca de discapacidad mental, establecida en el artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, era inconstitucional. Pues esta frase, desprotegía al resto de mujeres existiendo desigualdades, porque basado en el derecho positivo, se podría sancionar a las mujeres que también eran víctimas de violación, y que no se enmarcaban en dicha causa establecida en el texto legal COIP. La Corte Constitucional, dentro del

se ha tomado en consideración estas dos sentencias ya que, en una de ellas, el Doctor Ávila, es el Ponente y en la segunda otorga su voto a favor de la sentencia del aborto, indicando entre otras cosas:

“El derecho a la igualdad formal, es un derecho en el cual todos somos iguales ante la ley y cualquier trato en sentido contrario será o deberá ser considerado como discriminatorio y contrario a nuestra carta magna”, pero también se habla del derecho a la igualdad material “Igualdad de Condiciones en situaciones similares (Tratos Diferenciados Debidamente Justificados)”.

Respecto a este último el trato diferenciado debidamente justificado, se expresa en la Ley de Apoyo Humanitario, específicamente al señalar, que no todos los médicos quienes posean títulos deberán tener un plus por el hecho de serlos sin haberse expuesto en la crisis sanitaria por la pandemia COVID-19, la razón justificada en efecto deviene de aquello al entenderse que en efecto este reconocimiento es idóneo, es razonable y está debidamente justificado, ya que todos los ecuatorianos en aquellos momentos atravesaban situaciones caóticas, sin conocer a la enfermedad, tampoco su forma de contagio, pero pese a ello, esta gente estuvo al frente brindando su contingente profesional, para salvar vidas, e inclusive, sin contar con los elementos e insumos suficientes como prendas de protección, medicamentos, entre otros.

Bajo estas consideraciones expuestas, la mejor solución que se podía realizar en su momento dentro de la sentencia a fin de garantizar los derechos de todas las personas que se encontraban bajo esas características, como el ser profesional de la salud o afines y que hayan laborado durante la pandemia

análisis pormenorizado no determinó que haya un criterio motivado respecto al trato discriminatorio, por la diferencia entre las mujeres que han sido víctimas de episodios sexuales en contra de su voluntad, razón más que suficiente para solicitar que dicha particularidad establecida en la norma legal sea suprimida. I. Por tanto, el Dr. Ávila, señaló que, al contrario, es evidente que al momento en que se aplica el poder punitivo del Estado a las mujeres que han sido víctimas de violación, quienes interrumpen voluntariamente su embarazo, sin tener una discapacidad mental, se produce una conducta discriminatoria grave que las re victimiza pues deben enfrentar un proceso y sanción penal. La Corte consideró necesario un marco regulatorio apropiado y es así que después de seis meses, el proyecto fue presentado ante la Asamblea Nacional.

COVID-19 en primera línea, la Corte Constitucional debía declarar la inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, así como en la Disposición Transitoria Novena condicionadamente; es decir crear parámetros que limiten y otorguen este derecho a quienes realmente se lo merecen, creando para ello, otro texto legal de ser necesario y normativo que se adecúe correctamente a la Constitución, otorgando uno o varios puntos más en la fase de méritos, como acciones afirmativas únicamente para los concursos públicos, enmarcado en la igualdad material.

CONCLUSIONES

- La falta de contenido argumentativo respecto a la igualdad material en la ratio decidendi de la sentencia °18-21-CN/21 y acumulado, causa una decisión total y absolutamente discriminatoria.
- La Corte Constitucional a través de la sentencia N°18-21-CN/21 y acumulado, que declaró como inconstitucional el artículo 25 y la disposición transitoria novena de la LOAH, no garantizó ni protegió los derechos constitucionales que tienen todas las personas dentro del territorio ecuatoriano.
- El despojo violento de la norma contenida en artículo 25 y la disposición transitoria novena de la LOAH, trae como consecuencia jurídica la flagrante y constante vulneración del derecho a la igualdad formal y material de los profesionales de la salud en el Ecuador.
- Con una carga argumentativa que identifique el derecho a la igualdad material en el test de proporcionalidad, cambiaba notablemente la decisión adoptada por la Corte Constitucional.
- Una declaratoria de inconstitucionalidad de la norma condicionada, rescrita por la Corte Constitucional, dotando de contenido normativo acciones afirmativas a la disposición transitoria novena, era la solución más plausible en la sentencia analizada.
- El despojo violento de la norma contenida en artículo 25 y la disposición transitoria novena de la LOAH, trae como consecuencia jurídica la flagrante y constante vulneración del derecho a la igualdad formal y material de los profesionales de la salud en el Ecuador.

RECOMENDACIONES

- La Corte Constitucional, debe implementar cursos y/o capacitaciones a jueces de primer y segundo nivel, a fin de unificar criterios respecto a la toma de decisiones en las acciones constitucionales de protección, así como, el cuándo y porque se deberá elevar a consulta de aplicación de norma bajo un control concreto de constitucionalidad.
- La Corte Constitucional, previo a la toma de una decisión, la misma que traerá consigo un efecto erga omnes, como en el caso en estudio, deberá realizar un análisis profundo del caso desde varias aristas, tomando en consideración que el derecho a la igualdad parte desde una generalidad (igualdad formal), y termina en una particularidad de sujetos (igualdad material), y si la toma de la decisión es la segunda, la misma se deberá justificar mediante argumentos el porqué de su decisión a través de sus *obiter dictas* y *ratio decidendi*.
- La Corte Constitucional, deberá tomar siempre en consideración la voluntad del legislador y tratar de interpretar lo escrito por este Órgano a lo que más se ajuste a la realidad de los hechos en la sociedad y estos a la interpretación del derecho plasmado en la norma de menor jerarquía, a fin de transformarse en un Órgano interpretativo, garantista, proteccionista y progresista de derechos constitucionales.
- La Corte Constitucional, deberá considerar que el despojo de la norma infra constitucional del ordenamiento jurídico sea siempre de *última ratio*, es decir, siempre existirá la posibilidad de dotar de contenido a fin de que dicha norma sea constitucionalmente válida y pueda aplicarse de forma inmediata en los casos en concretos o en los posteriores.
- El Estado debe realizar un control constitucional, donde se resalte la importancia de la igualdad como límite frente al legislador, pues ellos deben

fundamentar en las leyes que se adopten e implementen por ejemplo: incluir acciones afirmativas, que favorezcan en este caso específico al personal de salud que estuvo prestando sus servicios en la emergencia sanitaria, ello evitaría que se vulnere la norma constitucional y también se “recompensaría” de cierta forma al personal de salud que arriesgo su vida.

BIBLIOGRAFIA

- (OEA), O. d. (1969). *Convención America sobre Derechos humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*. Costa Rica.
- Alejos, E. (11 de septiembre de 2018). Obtenido de Sabes cuáles son los catorce métodos de interpretación jurídica.: <https://lpderecho.pe/sabes-cuales-los-catorce-metodos-interpretacion-juridica-legis-pe>
- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. *Centro de estudios Constitucionales*, 607 pp.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez L., M. (2006). *Introducción al derecho*. México: Mc.Hraw-Hill.
- Asamblea Nacional, E. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador: R.O. 449.
- Atienza, M. (2004). *El sentido del derecho*. España: Ariel.
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Bachelet, M. (24 de marzo de 2020). *Ohchr.org*. Recuperado el 09 de junio de 2022, de <https://www.oacnudh.org/bachelet-pide-que-se-alivien-las-sanciones-para-facilitar-a-los-sistemas-sanitarios-la-lucha-contra-el-covid-19-y-limitar-el-contagio-a-escala-mundial/>
- Bernal, P. (2002). El juicio de igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En V. G. Sosa, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (págs. 51-74). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Carbonell, M. (2006). *Igualdad y Constitución*. México: Cuadernos de la igualdad 1 (CNPD).
- Castro, N. (2009). *El Precedente Constitucional vinculante para el Ecuador*. Quito: Corporacion de Estudios Y Publicaciones.
- CEDAW, C. (2004). *Recomendacion General 25*.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*.

Madrid: Marcial Pons.

Colombo, J. (2002). *Funciones del derecho procesal constitucional*. Revista *Ius et Praxis*, Año 8 N° 2.

Consulta de Constitucionalidad de Norma, 18-21-CN (Corte Constitucional del Ecuador Abril de 15 de 2021).

Coral-Díaz, A. (22 de octubre de 2012). *Una propuesta de análisis jurisprudencial desde el discurso para casos de violencia contra las mujeres en el marco de violencia de pareja*. Obtenido de Scielo.org.com: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v11n22/v11n22a02.pdf>

Córdoba, V. (2019). Metodología o técnica en la investigación jurídica. En E. M. otros, *Tópicos de metodología de la investigación jurídica* (págs. 140 - 158). México: Universidad de Xapala.

Corte Constitucional del Ecuador. (2019-2021). *Derecho a la igualdad en la Jurisprudencia*. Quito.

Corte IDH. (2012). *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. 31 de agosto de 2012: Sentencia N°2464 .267.

Corte Nacional de Justicia. (2014). *Ratio decidendi, Obiter dicta* . Quito: Corte Nacional de Justicia. - 1ª ed.

Doctrina Jurisprudencial, STC 3 de noviembre de 1987, reiterado en STC de 25 de abril de 1988, STC 165/1999 de 27 de septiembre , STC de 12 de diciembre de 2005. (Tribunal Constitucional Español).

Durkheim, E. (2001). *Las reglas del método sociológico*. México: Coyoacán.

Estupiñan, J. (2021). *La investigación jurídica en la formación de los profesionales del derecho*. Babahoyo: Asociación Latinoamericana de Ciencias.

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Gadamer, H. (2005). *Verdad y Método*. España: Sígueme.

Galiano A., D. C. (1963). *Teoría General del Derecho*, . Madrid: Universitas.

García, A. (1987). Problemas metodológicos del principio constitucional de

- igualdad. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 112-113.
- Gascón, M. (2017). *La argumentación en el derecho*. Mexico: Palestra.
- Giardelli, L. T. (2008). Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones, paralelismos entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y la del Sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad. En F. M. y, *La ciencia del derecho procesal constitucional* (págs. 301-343). México: Marcial Pons.
- Giddens, A. (1993). *Las nuevas reglas del método sociológico. Crítica positiva de las sociologías interpretativas*. . Buenos Aires: Amorrortu.
- Gimenez, D. (1999). *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant to Blanch.
- Gimenez, D. (2004). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Madrid: J.M. Bosch .
- Giusti, M. (2007). *Pobreza, Igualdad y derechos Humanos*. Lima: revista sobre cultura ,democracia y derechos humanos.
- Guastini, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Unam.
- Guastini, R. (1999). *Sobre el concepto de Constitución*. México: Cuestiones constitucionales:Revista Mexicana de Derecho Constitucional.
- Guastini, R. (2002). La interpretación: Objetos, conceptos y teorías. En V. R., *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial* (págs. 19-38). México D.F.: Fontamara.
- Guastini, R. (2008). Teoría e ideología de la Interpretación constitucional. En T. d. Salazar. Mexico: IIJ- UNAM-Trotta.
- Guastini, R. (2010). Teoría e ideología de la interpretación constitucional. En T. d. Salazar., *Teloría e ideologia dell' interpretazione costituzionale* (Segunda ed.). Madrid: IIJ UNAM-Trotta.
- Hallivis, M. (2007). *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa.
- Hart, H. (1997). Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad. En T. d.

- Treviño. Isonomía.
- Heller, H. (1985). *"Las ideas socialistas" en escritos políticos*. Madrid: Alianza.
- IDH, C. (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Serie A N° 18: Opinión Consultiva. OC-18/03.
- IDH, C. (2014). *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. . 20 de noviembre de 2014: Sentencia N°289.219.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*. New York: Rusell & Rusell.
- Lalaguna, E. (1969). *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*,. Pamplona: Aranzadi.
- Larenz, K. (2002). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Salamanca: Ariel.
- López, D. (2012). *El Derecho de los jueces*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Mantilla, E. (2009). *"Interpretar": ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del derecho privado*. Valparaíso: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso .
- Ministerio de Salud Pública. (05 de octubre de 2021). *Página oficial MSP*. Obtenido de <https://www.salud.gob.ec/msp-entrego-nombramientos-a-profesionales-de-la-salud-en-cumplimiento-a-la-ley-humanitaria/>
- Nacional, A. (2020). *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*. Quito.
- Nacional., A. (22 de junio de 2020). *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*. Quito, Pichincha, Ecuador: R.O 229.
- Naranjo de la Cruz, R. (2010). *El sistema de derechos constitucionales y sus garantías, Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- OEA. (2008). *Lineamientos para la elaboracion de indicadores de progreso en materia d derechos economicos, socilaes y culturales*. Doc. 14.
- Otonelli, N. (2015). *La Indeterminación parcial del derecho y su carácter no neutral. Una Búsqueda de vínculo entre las teorías de Har y de Kennedy*. Revista Ruptura, Interpretación Jurídica y Decisión Judicial.
- Pérez, K. (2005). *Principio de igualdad: Alcances y perspectivas*. México: IIJ, UNAM.
- Pérez, K. (2005). *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*. México: UNAM, IIJ, .
- Piccato, A. (2006). *"Teoría del derecho"*. . México: IURE editores.

- Porras, A. (2012). La hermenéutica constitucional: los ribetes del problema principal de la teoría jurídica contemporánea. En J. Montaña, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional: Aspectos Generales*, (pág. 167). Quito: Apuntes de Derecho Procesal Constitucional: Aspectos Generales.
- Prieto, L. (1994). *Minorías, respecto a la disidencia e igualdad sustancial*. España: Prieto.
- Prieto, L. y. (1997). *Derechos Eclesiástico*. Madrid: McGraw-Hill
- Pulido, C. B. (2015). *Derechos Fundamentales*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx>: <https://archivos.juridicas.unam.mx/>
- Ramírez, J. (1967). *Introducción al estudio del derecho y nociones de Derecho Civil*. México: UNAM.
- Recasens, L. (1959). *Filosofía del Derecho*. México.
- Rodríguez, E. (2007). *El problema de la interpretación en la aplicación del Derecho*. Boyacá: Universidad de Boyaca.
- Rodríguez, J. (2004). *Qué es la discriminación y como combatirla*. México: Conapred.
- Rojas, V. (2010). *Argumentación Jurídica*. México: Oxford University.
- Rousseau, J. (1823). *Discours sur l'Origine de l'Inégalité*. Paris: Mussel- Pathay.
- Rubio, F. (1991). *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Introducción*. España: Revista Española de Derecho Constitucional.
- Rubio, F. (1991). *La igualdad en la jurisprudencia del tribunal Constitucional*. España: REDC.
- Savigny, F. (1970). De la vocación de nuestra época para la legislación y la. En T. y. Savigny, *La codificación. Una controversia programática basada en sus obras*. Madrid.
- Savigny, F. (2004). Sistema de Derecho Romano. En *Traducción Jacinto Mesía y Manuel Poley* (pág. 2576). Madrid: Analecta.
- Sentencia 11-18-CN "matrimonio igualitario", 11-18-CN (Corte Constitucional del Ecuador 12 de junio de 2019).

- Sentencia N° 18-21-CN/21, 18-21 (Corte Constitucional 17 de noviembre de 2021).
- Sentencia N° 1894-20-JP, 1894-20 JP (Corte Constitucional 04 de marzo de 2020).
- Sentencia N° 245-2012, SEP-CC, 00789-09 (Corte Constitucional del Ecuador 24 de julio de 2012).
- Sentencia N° 34-19-IN/21 y acumulados, 34-19-IN y acumulados (Corte Constitucional 28 de abril de 2021).
- Sentencia N°001-12-PJO-CC, 0893-09-EP acumulados (Corte Constitucional 05 de enero de 2012).
- Sentencia N°007-11-SNC-CC, 0086-10-CN (Corte Constitucional del Ecuador 31 de mayo de 2011).
- Serrano, A. (1985). El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En L. Martín, *De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. (pág. 39). Zaragoza: Seminario de profesores de la Facultad de Derecho.
- Tarello, G. (1974). *Diritto, enunciati, usi: Studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Vega, P. (1988). La Crisis de los derechos fundamentales. En A. y. Corcuera J, *Derecho y economía en el Estado social*. Tecnos.
- Vernengo, R. (1994). *La interpretación literal de la ley*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Vigo, R. (2017). *La Interpretación (argumentación) Jurídica en el Estado Constitucional de Derechos*. México: Tirant Lo Blanch.

ANEXOS.

ANEXO 1. Sentencia No. 18-21-CN/21 y acumulado.



**Sentencia No. 18-21-CN/21 y acumulado
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaria**

Quito, D.M. 29 de septiembre de 2021

CASOS No. 18-21-CN y 29-21-CN

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, EN
EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES,
EXPIDE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA

Tema: La Corte Constitucional responde dos consultas de norma respecto al artículo 25 y la disposición transitoria novena de la Ley de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, y declara la inconstitucionalidad de las dos normas consultadas.

I. Antecedentes y procedimiento

1. El 22 de junio de 2020 se publicó la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19 (“Ley de Apoyo Humanitario”).¹

Consulta de Norma No. 1 (No. 18-21-CN)

2. El 24 de marzo de 2021, Carmen del Rocío Barbecho Quito presentó una acción de protección en contra del Ministerio de Salud Pública (“MSP”), la Coordinación Zonal 6 del MSP y la Procuraduría General del Estado (“PGE”).² En su demanda, señaló que fue discriminada porque, siendo enfermera y pese a estar al cuidado de pacientes con COVID-19, no se le ha aplicado el régimen que establece la Ley de Apoyo Humanitario, cuando al resto de sus compañeras enfermeras ya se les ha otorgado el nombramiento definitivo, lo cual habría violado su derecho a la seguridad jurídica, a la igualdad y al trabajo.³
3. El 13 de abril de 2021, el juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Cuenca (“el juez consultante”) suspendió la tramitación de la causa y presentó una consulta de constitucionalidad.

¹ Ley de Apoyo Humanitario, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 229, de 22 de junio de 2020.

² Acción de protección No. 01371-2021-00194. La actora señaló que presta servicios de enfermera bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales en la Coordinación Zonal 6, que su trabajo consistió en estar al frente de los enfermos de COVID-19 por más de 6 meses, que estuvo en riesgo de contraer la enfermedad, pero que se la discriminó porque no se está cumpliendo el artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario, que debe llamarse a concurso público y otorgarle el nombramiento definitivo, que la discriminación deviene porque al resto de las enfermeras que cumplían con las mismas funciones y con el mismo tiempo se les ha otorgado nombramiento definitivo.

³ Constitución, artículos 82 (seguridad jurídica), 11.2 (igualdad) y 33 (trabajo).

4. El 20 de mayo de 2021, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la causa, notificó a las partes del proceso originario y dispuso que la PGE, el MSP, el Ministerio del Trabajo, la Presidencia de la República y la Asamblea Nacional que, en el término de 5 días, presenten un informe motivado sobre los argumentos que fundamentan la consulta.
5. El 1, 2 y 3 de junio 2021, la Presidencia de la República, el Ministerio del Trabajo y el MSP, la Asamblea Nacional y la PGE pidieron extensión del término para informar, por la transición de gobierno y la designación de nuevas autoridades. La Presidencia de la República informó que coordinará con los ministerios competentes para la entrega de los informes solicitados.
6. El 3 de junio de 2021, el Ministerio de Trabajo remitió información y anexó varios documentos.⁴
7. El 4 de junio de 2021, el juez ponente concedió a los solicitantes diez días término adicionales para recibir sus informes.
8. El 18 de junio de 2021, el MSP y la Asamblea Nacional remitieron su informe. El 22 de junio de 2021, la PGE hizo lo propio.

Consulta de Norma No. 2 (No. 29-21-CN)

9. El 2 de julio de 2021, Tránsito Dolores Acero Gualpa presentó una acción de protección en contra del MSP, la Coordinación Zonal 6 de Salud y la Dirección Distrital 03D02 de Salud del MSP.⁵ En su demanda, señaló que la omisión inconstitucional del MSP vulneró el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad jurídica⁶.
10. El 20 de julio de 2021, la jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Cañar (“la jueza consultante”), suspendió la tramitación de la causa y presentó una consulta de constitucionalidad.

⁴ Memorando del Asesor Jurídico del Ministerio de Trabajo sobre “Información nombramientos definitivos Art. 25 Ley de Apoyo Humanitario” de fecha 31 de mayo de 2021; y, el Informe Técnico Nro. MDT-SPN-2020-087-A denominado “Proyecto Norma Técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID 19” de fecha 20 de noviembre de 2020.

⁵ Acción de protección No. 03201-2021-00381: La actora señala que se desempeña como médico con nombramiento provisional desde 2014, que atendió constantemente durante la pandemia a personas con síntomas de COVID-19 y reclama el cumplimiento de la omisión inconstitucional de extenderle su nombramiento definitivo conforme las disposiciones de la Ley de Apoyo Humanitario. En su caso alega que pese a cumplir los requisitos legales el MSP no calificó su carpeta como idónea.

⁶ Constitución, artículos 82 (seguridad jurídica) y 33 (trabajo).

11. El 27 de agosto de 2021, el Primer Tribunal de Sala de Admisión admitió la consulta de norma signada con el No. 29-21-CN y dispuso la acumulación al caso 18-21-CN por encontrar que las consultas tienen identidad de objeto y acción.⁷
12. El 22 de septiembre de 2021, Tránsito Dolores Acero Gualpa ingresó un escrito en el que defiende la constitucionalidad de las normas consultadas. El 24 de septiembre de 2021, la Asamblea remitió el informe solicitado.

II. Competencia

13. La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver consultas de norma por consideraciones de constitucionalidad.⁸

III. Consulta y argumentos del juez y la jueza consultante

Consulta de Norma No. 1

14. El juez consultante identifica como enunciados normativos, cuya constitucionalidad cuestiona, al artículo 25 y la disposición transitoria novena de la Ley de Apoyo Humanitario:

Artículo 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.

Disposición transitoria novena: Los concursos públicos de méritos y oposición para otorgar los nombramientos definitivos a los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) en cualquier centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS), se los realizará en el plazo máximo de seis meses a partir de la entrada en vigencia de esta Ley.

Los méritos tendrán un puntaje de 50% que se asignarán con el título debidamente registrado en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología, e Innovación para los perfiles que se apliquen. En el caso de los trabajadores de la salud el puntaje se basará en los requisitos previos a su contratación.

La oposición tendrá un puntaje de 50% que será asignado con la presentación notariada del contrato ocasional o nombramiento provisional vigente en la Red Integral Pública de Salud (RIPS). Los nombramientos definitivos se entregarán de manera inmediata.

⁷ Corte Constitucional, Auto de admisión, Caso No. 29-21-CN, 27 de agosto de 2021. El Tribunal estuvo conformado por el Juez Constitucional Enrique Herrería Bonnet (ponente) y las juezas constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez.

⁸ Constitución, artículo 428; y, Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional ("LOGJCC"), artículo 142.

15. El juez consultante señala:

- (1) Las normas están en conflicto con el principio de igualdad de derechos, deberes y oportunidades, el derecho a la igualdad y no discriminación, y la disposición que señala que el ingreso al servicio público se realizará mediante un concurso de méritos y oposición.⁹
- (2) El concurso de méritos y oposición establecido por el legislador, en el cual se busca garantizar la estabilidad de los trabajadores de la salud, va en desmedro del derecho a la igualdad de las personas que no podrían acceder a un concurso cuya convocatoria es cerrada y con un ganador predeterminado: *“el sistema de mérito y oposición busca que todos los ciudadanos tengan la posibilidad real de acceder a un cargo en el sector público, y en virtud del derecho a la igualdad tienen las mismas oportunidades de demostrar que tienen la capacidad en un concurso público.”*¹⁰
- (3) Las normas simulan un concurso de méritos y *“son inconstitucionales por regular un régimen de excepción generando de esta forma un fraude al Art. 228 de la CRE.”*¹¹
- (4) Las normas sacrifican *“derechos elevados a la categoría de fundamentales como lo es la igualdad, pues podría ser irrazonable y desproporcionado que dicha diferencia restrinja las oportunidades de participar en un concurso de méritos y oposición en perjuicio de aquellas personas que, teniendo los méritos para prestar sus servicios en la red integral de salud, sean desplazados por el solo hecho de no tener un contrato ocasional, un nombramiento provisional y no haber atendido en virtud de estos actos en la red pública de salud. Si se tienen los méritos, independientemente de la diferencia que realiza el legislador, debería tener la oportunidad de participar en un concurso de méritos y oposición.”*¹²

Consulta de Norma No. 2

16. La jueza consultante coincide con las normas constitucionales presuntamente infringidas y con los argumentos del juez consultante y señala:

⁹ Constitución, artículos 11 (2) principio igualdad y no discriminación; 66 (4) derecho a la igualdad y no discriminación; y, 228 ingreso al servicio público mediante concurso de méritos y oposición.

¹⁰ Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Cuenca, expediente de la acción de protección No. 01371-2021-00194, foja 98.

¹¹ Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Cuenca, expediente de la acción de protección No. 01371-2021-00194, foja 98v.

¹² Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Cuenca, expediente de la acción de protección No. 01371-2021-00194, foja 99v.

- (1) Las disposiciones citadas de la Ley de Apoyo Humanitario infringirían el principio de igualdad de derechos, deberes y oportunidades, el derecho a la igualdad y no discriminación, y la disposición que vincula el ingreso al servicio público con un concurso de méritos y oposición.¹³
- (2) La presunta desigualdad entre ciudadanos respecto al acceso a un cargo público, puesto 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.”*¹⁴
- (3) La creación de un régimen de excepcionalidad que *“...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.”*¹⁵
- (4) El develar la constitucionalidad de dichas normas es indispensable para brindar una solución al caso en cuestión, porque *“todos los derechos, incluso los derechos humanos, están delimitados, esto es, tienen sus restricciones o sus límites y que en el caso de la seguridad jurídica uno de ellos sería una norma inconstitucional y pese a que bien si son previas, claras y públicas, presumo son inconstitucionales...”*¹⁶

IV. Análisis constitucional

17. Los casos expuestos, pese a presentarse en una garantía constitucional concreta, abordan una situación general respecto a la compatibilidad de dos normas de la Ley de Apoyo Humanitario con la Constitución.¹⁷

¹³ Constitución, artículos 11 (2) principio igualdad y no discriminación; 66 (4) derecho a la igualdad y no discriminación; y, 228 ingreso al servicio público mediante concurso de méritos y oposición.

¹⁴ Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Cañar, expediente de la acción de protección No. 03201-2021-00381, segundo cuerpo, foja 132.

¹⁵ Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Cañar, expediente de la acción de protección No. 03201-2021-00381, segundo cuerpo, foja 132.

¹⁶ Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Cañar, expediente de la acción de protección No. 03201-2021-00381, segundo cuerpo, foja 133.

¹⁷ LOGJCC, artículo 143.1. “Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.”

18. La Corte analizará si las normas de la Ley de Apoyo Humanitario que establecen la estabilidad de los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria son contrarias a la disposición constitucional que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación (i); y, si las normas de la Ley de Apoyo Humanitario que regulan el concurso de méritos y oposición son contrarias a lo dispuesto en la Constitución sobre el ingreso al servicio público (ii).

I. ¿Las normas de la Ley de Apoyo Humanitario que establecen la estabilidad de los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria son contrarias a la disposición constitucional que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación?

19. La Constitución reconoce:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado...¹⁸

El Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.¹⁹

20. La Ley de Apoyo Humanitario determina como parte de su objeto “establecer medidas de apoyo humanitario, necesarias para enfrentar las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19... 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.”²⁰
21. El artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario crea expresamente un régimen de excepcionalidad por una única ocasión para “los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus... con un contrato ocasional o nombramiento provisional”. Dicho artículo se complementa con la Disposición Transitoria Novena que determina de manera general la forma en que se realizarán dichos concursos.
22. El principal argumento que fundamenta la duda de constitucionalidad del juez y la jueza consultantes, relacionado con el derecho a la igualdad y no discriminación, se centra en señalar que las disposiciones establecerían una diferenciación “irrazonable” y “desproporcionada” respecto a otras personas que podrían participar en dichos concursos, anulando su derecho a desempeñar un cargo o función pública, lo cual

¹⁸ Constitución, artículo 11.2.

¹⁹ Constitución, artículo 66.4.

²⁰ Ley de Apoyo Humanitario, artículo 1.

implicaría una discriminación. En tal sentido, esta Corte requiere verificar si en efecto existe tal trato discriminatorio.²¹

23. La prohibición de discriminación establecida en la Constitución determina:

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación (énfasis añadido).²²

- 24.** Esta definición tiene tres elementos para configurar el trato discriminatorio. Primero, *la comparabilidad*: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones; segundo, *la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas* ejemplificativamente; tercero, *la verificación del resultado* por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando tiene como resultado el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.
- 25.** En los casos sujetos a análisis existen dos grupos comparables de sujetos de derechos. En el primer grupo se encuentran los trabajadores y profesionales de la salud que prestaron servicios para la red pública de salud durante la crisis COVID-19 con contrato ocasional o nombramiento provisional; en el segundo grupo se encuentran los trabajadores y profesionales de la salud que no prestan servicios ni trabajaron en la red pública de salud durante la crisis COVID 19.
- 26.** El *trato diferenciado* se verifica por la diferenciación entre los dos grupos basados en ciertos requisitos que hacen que solo el primer grupo pueda participar en el concurso. Este trato estaría dentro de lo que la Constitución considera “*cualquier otra distinción*”.
- 27.** *La consecuencia o resultado* se verifica en el ejercicio de derechos. Ambos grupos, de acuerdo al derecho a desempeñar empleos y funciones públicas,²³ podrían participar en un concurso de méritos y oposición. Sin embargo, según la norma el segundo grupo no podría participar en el concurso, no podría resultar ganador y tampoco obtendría un nombramiento definitivo.
- 28.** Para verificar si dicha diferenciación tiene justificación es necesario verificar la proporcionalidad de la medida. Nuestra normativa legal prevé un método con cuatro

²¹ La Corte ha desarrollado un test o examen de igualdad en su jurisprudencia constitucional. Ver Sentencia 11-18-CN/19 y 1-18-RC/19.

²² Constitución, artículo 11.2.

²³ Constitución, artículo 61 (7).

elementos: fin constitucionalmente válido, idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.²⁴

29. El *fin constitucionalmente válido* de la medida diferenciadora sería la estabilidad de los trabajadores y profesionales de la salud²⁵ para lograr la sostenibilidad de los servicios de salud durante una crisis sanitaria sin precedentes en la historia del Ecuador.²⁶ La Constitución reconoce a la salud como un servicio público, cuya prestación debe ser segura, cálida y de calidez.²⁷ Incluso, se podría entender que la disposición reconoce la labor realizada por los trabajadores y profesionales de la salud que trabajaron durante la pandemia en la red pública de salud. Dicha finalidad también encuentra sustento constitucional, pues dichos trabajadores y profesionales de la salud contribuirían directamente a cumplir con el deber primordial del Estado de “[g]arantizar...el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular...la salud...”²⁸. Por lo tanto, se verifica el fin constitucional.
30. La *idoneidad* de la medida permite verificar si la medida es adecuada para alcanzar el fin planteado. En la Ley de Apoyo Humanitario se afirma que la medida respondería a la sostenibilidad del empleo y estabilidad de los trabajadores y profesionales de la salud. Efectivamente, la medida es un incentivo para los trabajadores y profesionales de la salud que laboraron durante la pandemia y contribuye a garantizar su estabilidad laboral. La medida es idónea.
31. La *necesidad* de la medida implica dilucidar si la medida diferenciadora –otorgar nombramiento definitivo a los trabajadores y profesionales de salud que hayan trabajado en la emergencia sanitaria- es la menos gravosa con relación a otras medidas para lograr el fin constitucional. Una medida menos gravosa es el establecer un concurso público abierto en el que se reconozca la experiencia durante la pandemia de personas que trabajaron dentro y fuera de la red pública de salud, de este modo se reconocería el trabajo durante la pandemia y, por otro, se fortalecería el sistema de salud público. Otra medida es el otorgar, en los concursos públicos y abiertos de méritos y oposición, puntaje adicional por haber laborado durante la pandemia. Lo anterior, no excluye otro tipo de reconocimientos o formas públicas de agradecimiento por su labor y entrega. En este sentido, al existir otras medidas menos gravosas, la medida no es necesaria.
32. A pesar de que la falta de necesidad es razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la medida, la Corte considera importante continuar con el análisis de la medida a luz de la *proporcionalidad estricta*, que exige analizar el

²⁴ LOGJCC, artículo 3.2.

²⁵ Constitución, artículo 229.

²⁶ Ministerio de Salud Pública del Ecuador, *Situación coronavirus Covid-19: 467.073 son casos confirmados con pruebas PCR, 16.103 personas fallecidas (confirmados COVID-19), desde el 29 de febrero de 2020 hasta el 9 de julio de 2021*, en: <https://www.salud.gob.ec/actualizacion-de-casos-de-coronavirus-en-ecuador/>.

²⁷ Constitución, artículo 362.

²⁸ Constitución, artículo 3.1.

equilibrio entre la protección y restricción generada por la medida. Además, se debe analizar los derechos de las personas que se beneficiarían de la medida y, por otro, los derechos de las personas que podrían perjudicarse con la medida, de tal forma que se pueda justificar la satisfacción de los derechos de unos y el sacrificio de los derechos de otras personas.

33. La Asamblea Nacional se *“ratifica en la constitucionalidad del artículo elevado a consulta, debido a que goza del principio de legitimidad y legalidad, en razón de que fue emitida por el órgano legislativo competente en la materia.”*²⁹ No ofrece, pues, argumentos que contribuyan al análisis de proporcionalidad y en particular sobre los derechos de las personas que no trabajaron en el sistema de salud durante la pandemia. Sin embargo, la medida tomada por la Asamblea es un expreso reconocimiento a la labor de los trabajadores y profesionales de salud que trabajaron durante la pandemia en la red de salud pública. Nada aporta para el análisis de los derechos de otros trabajadores de la salud.
34. La PGE señala en su informe que *“[l]a vigencia de los derechos constitucionales requiere que en el desarrollo infraconstitucional el legislador no se aleje del mandato constituyente, pues en situaciones específicas, lejos de lograr un desarrollo progresivo de derechos, el legislador puede terminar contraviniendo la norma constitucional, como cuando genera situaciones de trato diferenciado no justificado, situación que ocurre en el presente caso respecto del ingreso al sector público a través de procesos de meritocracia.”*³⁰ Y añade que *“[s]i se revisa con atención la norma consultada, el legislador no desarrolló estas razones suficientes para generar una diferenciación en la norma consultada”*³¹.
35. Por su lado, el MSP señala en su informe motivado que las disposiciones de la Ley de Apoyo Humanitario consultadas tienen numerosas *“falencias”*. En cuanto a su contenido y alcance manifiesta que *“[d]icho 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.”*³²
36. La Constitución establece, sin excepción alguna y sin condicionamientos previos, 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*

²⁹ Asamblea Nacional, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 18 de junio de 2021, expediente constitucional, foja 97. Asamblea Nacional, Informe motivado en el caso 29-21-CN, de 24 de septiembre de 2021, disponible en SACC.

³⁰ Procuraduría General del Estado, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 22 de junio de 2021, expediente constitucional, foja 107v.

³¹ Procuraduría General del Estado, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 22 de junio de 2021, expediente constitucional, foja 109.

³² Ministerio de Salud Pública, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 16 de junio de 2021, expediente constitucional, foja 88.

*ley...*³³ Si bien la Constitución hace una remisión expresa a la ley, esta no puede tener como contenido normas que vulneren los principios y derechos reconocidos en la Constitución, que es un límite claro a la libertad de configuración legislativa.

37. La norma antes transcrita nos obliga a tomar en consideración los derechos de las personas que, por cualquier circunstancia, no tuvieron la posibilidad de trabajar durante la pandemia en la red de salud pública. La medida legislativa, lejos de promover derechos sin discriminación de ningún tipo, excluye en los casos la posibilidad de un nombramiento definitivo a estas personas, que podrían aportar, por su conocimiento y experiencia, al sistema de salud.
38. Por otro lado, la medida, como advierte el MSP, no consideró criterios técnicos de planificación y financiamiento. Los derechos que tienen dimensiones prestacionales requieren recursos, caso contrario podrían generar efectos contrarios a los deseados, al generar expectativas que no se cumplirían.
39. Si bien es un fin constitucionalmente válido y posible el reconocer el aporte que han realizado los trabajadores y profesionales de salud durante la pandemia en la red pública de salud, no cabe hacerlo en desmedro de los derechos de otras personas, que también podrían demostrar su trabajo, fuera del sector público, con relación a la pandemia.
40. La medida tomada por la Asamblea, si bien es beneficiosa para un determinado trabajador y servidor público, es gravosa para los derechos de los trabajadores y profesionales de la salud que no tuvieron la oportunidad de trabajar durante la emergencia sanitaria en una red pública de salud, quienes podrían demostrar experiencia durante la pandemia y también méritos suficientes para el sector público. En este sentido, la medida no es estrictamente proporcional.
41. Por lo expuesto, el artículo 25 y la Disposición Transitoria Novena establecen una diferenciación que carece de justificación y, en consecuencia, es discriminatoria.³⁴ Al no ser posible otra interpretación que respete el espíritu de la norma, se concluye que las disposiciones consultadas son contrarias a la Constitución y deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

ii. ¿Las normas legales de la Ley de Apoyo Humanitario que regulan el concurso de méritos y oposición son contrarias a lo dispuesto en la Constitución sobre el ingreso al servicio público?

42. La Constitución 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

³³ Constitución, artículo 228.

³⁴ Constitución, artículo 228.

nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora³⁵.

43. El artículo cuya constitucionalidad se consulta, para ser debidamente contextualizado requiere ser interpretado conjuntamente con otras disposiciones constitucionales:

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 evaluación³⁶.

Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: ...

Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y 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 intergeneracional³⁷.

44. Las normas consultadas de la Ley de Apoyo Humanitario establecen que “*los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus... con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud ...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*”³⁸ (énfasis agregado). Además, la Disposición Transitoria Novena determina un sistema de puntajes para el concurso “*50% que se asignarán con el título debidamente registrado en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología, e Innovación para los perfiles que se apliquen*” y “*50% que será asignado con la presentación notarizada del contrato ocasional o nombramiento provisional vigente en la Red Integral Pública de Salud*”.
45. La jueza y el juez consultante señalan como principal duda de la constitucionalidad de las disposiciones aludidas, en lo relacionado con el ingreso al servicio público mediante concurso de mérito y oposición, que sería un concurso solo en apariencia, que no existiría una selección mediante méritos y oposición. Por la naturaleza cerrada del concurso y por establecer el propio legislador requisitos tales que hacen que el ganador esté predeterminado, afirman se trataría de una disposición que provoca un fraude a la Constitución.
46. En el informe motivado del MSP manifiesta “*...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*

³⁵ Constitución, artículo 228.

³⁶ Constitución, artículo 227.

³⁷ Constitución, artículo 61.7.

³⁸ Ley de Apoyo Humanitario, artículo 25.

función pública, presupuestos que han sido considerados como elementos fundamentales para el ejercicio de los derechos de participación o de elegir y ser elegidos... ”³⁹.

47. La Constitución de la República, conforme las normas citadas, reconoce que el desempeñar empleos y funciones públicas es un derecho de participación. Además, nuestra norma constitucional ha optado como regla general por un sistema de selección y designación participativo y meritocrático, cuya base misma son los concursos de méritos y oposición conforme con los presupuestos constitucionales señalados. Siendo este el mecanismo por el cual ha optado el constituyente para tener a las y los mejores servidores públicos al servicio de la colectividad, dicho sistema se rige por los principios de transparencia, equidad, pluralismo y democracia.
48. La Corte Constitucional ha establecido como regla general que el ingreso al servicio público se realiza mediante concurso de méritos y oposición (conforme los presupuestos constitucionales), salvo las excepciones previstas en la propia Constitución (por ejemplo, servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción).⁴⁰ Así también, que la obtención de un nombramiento definitivo únicamente se puede realizar mediante este sistema meritocrático adoptado constitucionalmente. Finalmente, ha dejado en claro que no procede que autoridades judiciales en la sustanciación de garantías jurisdiccionales ordenen, como medida de reparación integral, la concesión de nombramientos definitivos.⁴¹ Los precedentes de la Corte son de cumplimiento obligatorio para las juezas y los jueces que resuelven garantías jurisdiccionales.
49. La Corte reitera que es constitucionalmente factible reconocer la labor realizada por los trabajadores y profesionales de la salud que trabajaron durante la pandemia en la red pública de salud. Sin embargo, dicho reconocimiento no puede implicar dejar insubsistentes los presupuestos básicos de los concursos de méritos y oposición o hacer de este mecanismo constitucional una simple formalidad o una mera apariencia o simulación. Esto ocurre cuando se establece un concurso cerrado y cuyo ganador se encuentra predeterminado.
50. El acceso al servicio público debe combinar dos aspectos fundamentales. El uno tiene que ver con permitir el ejercicio del derecho a ejercer cargos públicos, que no puede ser en modo alguno discriminatorio; el otro es el escoger abiertamente entre todos los participantes a los ganadores con mejores capacidades y experiencia para que puedan ofrecer un servicio seguro, cálido y de calidez.⁴²

³⁹ Ministerio de Salud Pública, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 18 de junio de 2021, expediente constitucional, foja 81.

⁴⁰ Constitución, artículo 228.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencias 296-15-SEP-CC, 306-15-SEP-CC, 064-16-SIS-CC, 134-16-SEP-CC, 188-16-SEP-CC, 23-11-IS/19 y 46-14-IS/21.

⁴² Constitución, artículo 362.

51. Los presupuestos establecidos en la ley para el acceso al servicio público no permiten siquiera evaluar si las personas que han ofrecido sus servicios durante la pandemia contribuyeron a la seguridad, calidad y calidez del servicio de salud pública. Los requisitos de este concurso cerrado son simplemente presentar el título y un contrato o nombramiento provisional durante la pandemia, sin más. Podría suceder, por ejemplo, que existieron trabajadores y profesionales de la salud que no trabajaron de forma diligente en el cumplimiento de sus funciones durante la pandemia, y este hecho sería irrelevante para el otorgamiento de un nombramiento definitivo, pues los ganadores se habrían ya determinado.
52. Por lo expuesto, el artículo 25 y la Disposición Transitoria Novena, al establecer un concurso cerrado y con un ganador ya determinado, desnaturalizan al derecho a acceder al servicio público mediante un concurso de méritos y oposición conforme la normativa constitucional. Al no ser posible otra interpretación que respete el espíritu de la norma, se concluye que dichas normas son contrarias a la Constitución y deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

V. Los efectos de la sentencia

53. El 16 de abril de 2020 el ex Presidente de la República, Lenin Moreno Garcés, envió en calidad de urgente en materia económica el proyecto de Ley de Apoyo Humanitario. Dicho proyecto no contenía las disposiciones consultadas, que fueron agregadas durante el proceso legislativo.
54. El 9 de junio de 2020, el ex Presidente presentó su objeción parcial al proyecto y no objetó las disposiciones consultadas, pudiendo hacerlo tanto por razones de constitucionalidad o de conveniencia.⁴³ Una vez aprobada la Ley por la Asamblea Nacional y publicada en el Registro Oficial, la norma entró en vigencia el 22 de junio de 2020.
55. Las disposiciones consultadas de la Ley de Apoyo Humanitario, que gozan de presunción de constitucionalidad, derivaron en el otorgamiento de nombramientos, ya sea por la apertura de concursos de méritos y oposición bajo el régimen excepcional establecido en dicha norma, y con la presentación de buena fe de los requisitos legales establecidos en dicha normativa,⁴⁴ o mediante la presentación de acciones de protección.⁴⁵ Así también, existen procesos ya en curso y se han generado expectativas

⁴³ Procuraduría General del Estado, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 22 de junio de 2021, expediente constitucional, foja 110v. La PGE señala “La ley norma (sic) en consulta permite el otorgamiento de nombramientos definitivos, el efecto de estas normas implica un incremento anual en el gasto público alterando consecuentemente el presupuesto general del Estado. Si bien la norma conto (sic) con iniciativa presidencial y con informes de sustentabilidad, el art. 25 y disposición transitoria novena no eran parte de aquella iniciativa, fueron incorporados en la Asamblea Nacional.”

⁴⁴ Ministerio de Salud Pública, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 15 de julio de 2021, expediente constitucional, foja 137. “...se ha entregado hasta el momento un total de 10662 nombramientos permanentes, a los Profesionales de la Salud de las diferentes Coordinaciones Zonales.”

⁴⁵ Ministerio de Salud Pública, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 15 de julio de 2021, expediente constitucional, foja 137. “Desde fines del 2020, se han presentado aproximadamente un total de 300

legítimas por parte de quienes han concursado con la normativa de la Ley de Apoyo Humanitario.⁴⁶

56. La Corte ha verificado que dichas normas son contrarias a la disposición constitucional que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación, siendo la medida más gravosa que impide el derecho a ejercer cargos públicos de todas las personas que quisieran participar en dichos concursos. Así también, mediante dichas normas el legislador desconoce y evade disposiciones constitucionales expresas, y desnaturaliza los concursos de méritos y oposición, al establecer un régimen de excepcionalidad que impone un concurso cerrado y con un ganador predeterminado, impidiendo así que el sistema público de salud cuente con las personas más aptas e idóneas para la prestación de los servicios de salud.
57. La Corte determina que esta sentencia no tendrá efecto alguno respecto a concursos de méritos y oposición efectuados bajo el régimen excepcional establecido en las normas consultadas, tanto de aquellos terminados como aquellos que se encuentran en curso en cualquier etapa a partir de su convocatoria.⁴⁷ Los efectos de esta sentencia, en consecuencia, se aplicarán a las contrataciones y concursos a efectuarse a partir de su publicación en el Registro Oficial.

VI. Inconstitucionalidad de normas conexas

58. La Constitución señala como una atribución de la Corte el “[d]eclarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.”⁴⁸
59. La LOGJCC establece que para determinar la conexidad pueden darse distintos supuestos, entre ellos, “[c]uando la norma impugnada es consecuencia o causa directa de otras normas no impugnadas.”⁴⁹

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...”.

⁴⁶ Ministerio de Salud Pública, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 15 de julio de 2021, expediente constitucional, foja 137. En el Informe Técnico No. MSP-TH-GIDI-2021-141 adjunto se señala “...se ha remitido al Ministerio de Trabajo la creación de dos mil trescientos noventa (2.390) puestos de Profesionales de la Salud (primer grupo) en cumplimiento a la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, los cuales mediante Resolución Nro. MDT-VSP-2021-0032, se encuentran creados y en proceso para iniciar la fase de Concurso de Méritos y Oposición... Se ha remitido al Ministerio de Trabajo la creación de cuatro mil cuatrocientos cuarenta y nueve (4.449) puestos de Profesionales de la Salud (segundo grupo) en cumplimiento a la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario; los mismos que mediante Acuerdo Ministerial Nro. MSP-0004-2021, esta Cartera de Estado se encuentra rectificando o ratificando la información. Según se desprende del informe emitido por la Dirección Nacional de Talento Humano, el presupuesto anual requerido para la aplicación de la Ley de Apoyo Humanitario, la erogación económica total requerida para las fases señaladas es de \$ 461.681.599.46.”

⁴⁷ Constitución, artículo 11.8.

⁴⁸ Constitución, artículo 436.3.

⁴⁹ Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional (“LOGJCC”), artículo 76.9.

60. El 29 de septiembre de 2020 entró en vigencia el Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID 19, norma que desarrolla, en su artículo 10, las normas de la Ley de Apoyo Humanitario cuya constitucionalidad se ha consultado.⁵⁰ Así también, el 7 de enero de 2021 se expidió la norma técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario⁵¹ y, el 19 de julio de 2021, el Reglamento para la Aplicación del Artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y Artículo 10 de su Reglamento General.⁵²
61. En la presente sentencia la Corte al examinar las consultas de norma planteadas requirió realizar un control abstracto de constitucionalidad del artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario y de la Disposición Transitoria Novena y fundamento su inconstitucionalidad.⁵³ Sin embargo, conforme consta en el párrafo anterior, se expidieron con posterioridad varias normas reglamentarias que tienen relación directa con las normas consultadas.
62. En el presente caso la Corte encuentra que las normas secundarias señaladas tienen como objeto el desarrollo y operativización del régimen de excepcionalidad de estabilidad de trabajadores y profesionales de la salud. Conforme lo señalan sus considerandos y preámbulos, y se desprende de su articulado, fueron dictadas como consecuencia de las disposiciones de la Ley de Apoyo Humanitario consultadas y sus contenidos pierden sentido si dichas normas son expulsadas del ordenamiento jurídico.
63. La Corte encuentra que estas normas reglamentarias son conexas a la norma consultada de la Ley de Apoyo Humanitario y que los argumentos analizados para las normas consideradas inconstitucionales aplican para las normas conexas.
64. En consecuencia, para garantizar la supremacía constitucional y la coherencia normativa, las normas conexas señaladas deben correr la suerte de la principal y deben ser declaradas inconstitucionales.

VII. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, al responder las consultas de norma por parte de la jueza y el juez consultantes, dispone:

⁵⁰ Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID 19, publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 303, de 5 de octubre 2020.

⁵¹ Norma técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, publicada en el Registro Oficial No. 365, de 7 de enero 2021.

⁵² Reglamento para la Aplicación del Artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y Artículo 10 de su Reglamento General, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 497, de 19 de julio 2021.

⁵³ LOGJCC, artículo 143.1. "Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad."

1. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19 y de la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19.
2. Declarar, por conexidad, la inconstitucionalidad del artículo 10 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID 19, la Norma técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, y el Reglamento para la Aplicación del Artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y Artículo 10 de su Reglamento General.
3. Señalar que lo dispuesto en esta sentencia surtirá efectos a futuro, a partir de la publicación de este fallo en el Registro Oficial⁵⁴ y no tendrá efecto alguno respecto a concursos de méritos y oposición efectuados bajo el régimen excepcional establecido en dicha norma, tanto de aquellos terminados como aquellos que se encuentran en curso en cualquier etapa a partir de su convocatoria. Así también de aquellos nombramientos ya obtenidos como producto de la interposición de acciones de protección. Esto debido a que dichas normas hasta ese momento se presumían como constitucionales, y por cuanto generaron legítimas expectativas para quienes se encuentran participando en concursos legalmente convocados y en curso.
4. Determinar que, en relación a las dos consultas presentadas, el juez consultante y la jueza consultante no deben aplicar en sus resoluciones las disposiciones declaradas inconstitucionales mediante esta sentencia. Esto debido a que ya no gozan de presunción de constitucionalidad y ser contrarias a derechos constitucionales.
5. Llamar la atención a la Asamblea Nacional de la época, por aprobar normas que además de lo señalado no contaban con los sustentos técnicos y económicos necesarios.
6. Notifíquese y publíquese.

LUIS HERNAN BOLIVAR
SALGADO PESANTES
Firmado digitalmente por LUIS HERNAN BOLIVAR SALGADO PESANTES
Fecha: 2021.09.06
10:40:17 -0500

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

⁵⁴ LOGJCC, arts. 95 y 139.



Sentencia No. 18-21-CN/21 y acumulado
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con nueve votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Ali Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; en sesión ordinaria de miércoles 29 de septiembre de 2021.- Lo certifico.

AIDA
SOLEDAD
GARCIA
BERNI
Firmado digitalmente
por AIDA
SOLEDAD
GARCIA BERNI
Dra. Aida García Berni
SECRETARIA GENERAL