

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

**Los estados de excepción en torno al COVID-19 en Ecuador:
análisis desde los derechos humanos y principios
democráticos**

Ana Paula Flores Larrea

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Ana Paula Flores Larrea

Código: 00137403

Cédula de identidad: 1721401949

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN TORNO AL COVID-19 EN ECUADOR: ANÁLISIS DESDE LOS DERECHOS HUMANOS Y PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS¹

THE STATES OF EMERGENCY AROUND COVID-19 IN ECUADOR: ANALYSIS FROM THE HUMAN RIGHTS AND DEMOCRACY PRINCIPLES

Ana Paula Flores Larrea²
anapau0822@hotmail.com

RESUMEN

A raíz del COVID-19, varios países adoptaron medidas excepcionales para mitigar su elevada capacidad de contagio. El estado de excepción, además de ser usualmente el medio para aplicar estas medidas, es una institución jurídica empleada por los Estados para superar situaciones de emergencia, como la actual, a cambio de alterar su orden jurídico ordinario por un tiempo. Aunque un régimen excepcional bien empleado, puede ayudar a la consecución de fines legítimos, cuando es usado a conveniencia, puede acarrear serias secuelas en la democracia y derechos humanos. Sobre esta base, el presente artículo cuestiona la finalidad con la que se está utilizando el régimen excepcional en el Ecuador. Se evidencia, cómo su límite temporal fue flexibilizado y extendido, lo que podría acarrear una alteración en la ecuación democrática a largo plazo. Por último, se plantea recomendaciones que pretenden evitar el debilitamiento del Estado de derecho en tiempos de crisis.

PALABRAS CLAVE

Estado de excepción, límite de necesidad, límite de temporalidad, derechos humanos, principios democráticos.

ABSTRACT

Because of COVID-19, multiple countries have adopted exceptional measures to mitigate its elevated contagiousness. The state of emergency, besides usually being the mean to apply those measures, it is a legal institution employed by the States to overcome emergency panoramas such as the current one, in exchange for altering its ordinary legal order for a while. Even if the exceptional regime can be widely helpful in extreme cases, it can also be twisted and used as a convenience, which can affect democracy and human rights. From this premise, the present article questions the purposes for which the state of emergency is being applied in Ecuador. It is evidenced how its temporal limit was relaxed and extended, which can lead to an alteration in the democratic equation. Lastly, recommendations have been made that pretend to avoid the weakening of the rule of law in times of crisis.

KEYWORDS

State of emergency, limit of necessity, limit of temporality, human rights, democracy principles.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Daniela Salazar Marín.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. - 2. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO. - 3. FUNDAMENTOS Y LÍMITES DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN. UNA MIRADA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS Y PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS. - 4. EXPERIENCIA COMPARADA DE DISTINTAS FORMAS DE ENFRENTAMIENTO DEL COVID-19 EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS. - 5. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN DE ECUADOR EN TORNO AL COVID-19. - 6. CONCLUSIONES.

1. Introducción

Cuando un estado de excepción es usado discrecionalmente, lo transitorio se transforma en definitivo, lo provisorio en constante, lo excepcional en permanente, vale decir, la excepción se convierte en la regla³.

La historia nos enseña que siempre han existido crisis, ciertas veces por obra de la naturaleza y muchas otras por causa directa del hombre. Actualmente, la humanidad está atravesando una pandemia que está lejos de acabar⁴. Frente a dicha situación, son varios los Estados que han activado su régimen de emergencia para hacer frente a la crisis sanitaria. Muchos de ellos siguen en estado de excepción⁵, limitando derechos, concentrando poderes en pocas manos y tomando medidas jurídicas extraordinarias aceleradas que no han tenido mayor efectividad. Ecuador, lamentablemente, no es la excepción.

La posibilidad de instaurar un estado de excepción bajo supuestos muy especiales es una facultad aceptada inclusive por los organismos internacionales de protección de derechos humanos. Frente a una pandemia como la que el mundo vive, que está fuera del control de incluso grandes potencias, suena lógico activar como última y extrema alternativa un régimen excepcional que limite el ejercicio de ciertos derechos para hacerle frente al COVID-19. Sin embargo, del análisis de los decretos de estados de excepción emitidos en Ecuador y sus correspondientes dictámenes de constitucionalidad, se busca cuestionar la finalidad por la que se empleó el régimen excepcional; analizar la flexibilización del límite temporal que estableció la Corte Constitucional; y, determinar si fue necesario recurrir a la excepcionalidad para afrontar la crisis sanitaria durante el tiempo que se lo hizo.

³ Sobre los derechos humanos y los estados de excepción, Informe del relator especial Leandro Despouy, Organización de Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23 de junio de 1997, párr. 129.

⁴ Ver, Tedros Adhanom Ghebreyesus, director general de la Organización Mundial de la Salud, rueda de prensa, junio 30 de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/2UNKSZf>.

⁵ En el presente trabajo, se utilizará la noción lata de “estado de excepción”, que comprende, entre otros términos utilizados en las diferentes legislaciones, los estados de: “alarma”, “emergencia”, “sitio”, o “urgencia”.

Desdichadamente, Ecuador se ha caracterizado por vivir más en tiempos de excepción que en tiempos normales⁶. Por ello, se acusa a su gobierno de utilizar reiteradamente estados de excepción de forma desnaturalizada⁷. Lo que llama la atención es que la Corte Constitucional, guardiana del Estado constitucional de derechos y justicia, ha sido quien ha emitido constantemente dictámenes favorables, a lo que se le añade un deficiente control político por parte del poder legislativo.

Durante la pandemia, son dos estados de excepción —emitidos en Ecuador durante marzo y junio⁸— que tuvieron un dictamen favorable. No obstante, en el segundo régimen excepcional ya se generaron discrepancias dentro de la Corte Constitucional, por lo que se emitió un voto salvado en contra de la constitucionalidad del decreto⁹. Por esta razón, se realizará un análisis crítico a fin de establecer si, en esta situación, el Estado ecuatoriano se escudó bajo un estado de excepción, desnaturalizando la institución por no utilizarlo de manera transitoria; o si, por el contrario, frente a una pandemia era posible establecer un estado de extremísima excepción que habilitó la flexibilización de límites constitucionales.

Se analizará si en el Ecuador se utilizó el estado de excepción según su finalidad desde un enfoque de los derechos humanos y principios democráticos. Por tanto, los métodos y técnicas empleados son el cualitativo deductivo —cuya técnica es el análisis— y comparativo —cuya técnica es la analogía. Mediante el análisis se buscará comprender si los conceptos recogidos en las normas que regularizan los estados de excepción están siendo aplicados correctamente en la práctica, mientras que, mediante la analogía, se intentará comprender cómo otros Estados democráticos han respondido a un enemigo común.

Para el efecto, el ensayo jurídico empezará estudiando el marco normativo y teórico del estado de excepción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano [2.]. Esto llevará a verificar los distintos límites que regulan a dicha institución para proteger derechos y al Estado constitucional [3.]. En un tercer momento, se realizará un análisis comparativo de distintos países democráticos

⁶ Ver, Hernán Salgado Pesantes, “¿Guardianes o sepulteros de la Constitución 2008?”, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 17 (2013), 322.

⁷ Ver, Juan Pablo Aguilar, “Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: La Corte Constitucional y los estados de excepción”, *Juris Dictio: Revista Periódica del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito* 13 (2010), 59.

⁸ El primer estado de excepción fue declarado mediante el decreto ejecutivo N°. 1017, 16 de marzo de 2020. El segundo fue mediante el decreto ejecutivo N°. 1074, 15 de junio de 2020.

⁹ Dictamen 3-20-EE/20, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de junio de 2020. Voto Salvado de los jueces: Karla Andrade Quevedo, Daniela Salazar Marín, Ramiro Ávila Santamaría, 37.

—con diferentes sistemas jurídicos— y sus mecanismos para afrontar la pandemia [4.]. Finalmente, se determinará en base a todo lo analizado, si la figura excepcional fue implementada en Ecuador conforme su esencia [5.].

2. El estado de excepción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Tanto el Ecuador como la mayoría de los países del mundo tienen regulado al régimen excepcional desde: (i) el Estado de derecho, visto como una institución en la que el gobierno tiene limitadas sus actuaciones por las normas jurídicas¹⁰ junto con la democracia como pilar fundamental, que se concreta en el respeto y subordinación a la Constitución¹¹; y, (ii) los derechos humanos, desde una visión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual busca proteger las facultades intrínsecas de las personas de abusos e irregularidades por parte de los Estados¹². Con esta perspectiva, se desarrollará el marco normativo ecuatoriano del estado de excepción [2.1.] y con base en este se dilucidará su finalidad y alcance [2.2.].

2.1. Marco normativo del estado de excepción

Dado que los estados de excepción usualmente traen consigo restricciones y/o limitaciones de derechos, son varios los tratados internacionales de derechos humanos que regulan esta figura¹³. Algunos de estos instrumentos han sido ratificados por el Ecuador y, por tanto, forman parte de su ordenamiento. En ese sentido, para que una suspensión sea legítima en el ámbito internacional, necesariamente se debe configurar una situación de carácter excepcional, de extrema gravedad y por real causa de emergencia o amenaza¹⁴. Los instrumentos que contienen las condiciones acumulativas que caracterizan a los estados de excepción en Ecuador son: la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵.

La Convención Americana en su artículo 27.1. dispone que el Estado podrá suspender ciertos derechos exclusivamente en presencia de: (i) guerra, (ii) peligro público; o, (iii) una

¹⁰ Ver, Jesús Rodríguez Zepeda, “Estado de derecho y democracia”, *Instituto Federal Electoral: Serie Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática* 12, (2003), 8.

¹¹ Ver, Luigi Ferrajoli, “Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho* 19, (2003), 228.

¹² Ver, Ariel E. Dulitzky, “Alcance de las obligaciones internacionales de los Derechos Humanos” en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, de Martín Rodríguez Pinzón, D. y Guevara B., J. A. (México: Universidad Iberoamericana, 2004), 90.

¹³ Ejemplos de estos son: Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 15; Convención América de Derechos Humanos, artículo 27; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4.

¹⁴ Dictamen No. 006-15-DEE-EE, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de mayo de 2015, 14.

¹⁵ Ver, Amaya Úbeda de Torres, *Democracia y Derechos Humanos en Europa y América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos* (Madrid: Reus, 2007), 583.

emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. Agrega que se utilizará el régimen excepcional para afrontar dichas circunstancias “en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”¹⁶. De similar manera, las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen en su artículo 4.1. que se podrán suspender derechos cuando se ponga en peligro la vida de la nación¹⁷. Este segundo instrumento contiene disposiciones más amplias y generales respecto a cuáles son las situaciones excepcionales y, además, establece la necesidad de que estas situaciones sean declaradas públicamente y enfrentadas limitándose a las exigencias de la situación¹⁸. Ambos tratados internacionales detallan cuáles son los derechos que no pueden ser suspendidos e imponen la obligación de informar a los Estados Partes sobre su situación y cese.

Por su parte, la Constitución del Ecuador —en contraste con otros países— prevé únicamente un tipo de régimen extraordinario denominado estado de excepción¹⁹. Esta norma establece la facultad del presidente de decretarlo, siempre que cumpla con la validez formal y material establecida²⁰. De igual forma, menciona los requisitos que deben ser cumplidos. Así, exige que la situación que ocasionó la emergencia este encasillada dentro de una de las causales taxativas, acompañada de su motivación. Dispone la continuidad de las funciones del Estado y los principios que deben evaluarse —entre ellos la necesidad, temporalidad y territorialidad. Agrega los derechos que pueden ser suspendidos²¹; las funciones que podrá tener el ejecutivo durante la vigencia del régimen excepcional; el control político y constitucional; el cese y la caducidad del mismo; y, la responsabilidad por los abusos cometidos²².

Por ende, la Constitución —a diferencia de la normativa internacional— regula de manera más estricta al régimen de excepción, poniendo límites concretos. Así, establece el límite temporal, ya que lo delimita a sesenta días de duración más una prórroga de treinta días. También, coloca

¹⁶ Artículo 27. Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 1969, ratificada por el Ecuador el 12 de agosto de 1977. Las exigencias de fondo requeridas son similares a lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 15 que exige que las circunstancias sean “actuales, excepcionales y de una gravedad tal que se afecte al Estado o a su población de forma importante”.

¹⁷ Artículo 4.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, Nueva York, 1966, ratificado por el Ecuador el 24 de enero de 1969.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Artículos 164 al 166, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

²⁰ Ver, Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Pensamiento Jurídico Contemporáneo, 2011), 290.

²¹ Artículo 165 de la Constitución de la República del Ecuador: “exclusivamente se podrán suspender el derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información”.

²² Artículo 166, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

causales taxativas, las cuales son: (i) agresión, (ii) conflicto armado internacional o interno, (iii) grave conmoción interna, (iv) calamidad pública; o, (v) desastre natural. Por último, restringe los derechos que pueden ser suspendidos ya que los limita a los que expresamente contempla su texto.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece el control constitucional de los estados de excepción, regulando así: el alcance del control, tanto formal como material, de los decretos que establezcan este régimen; y, de igual forma, el control formal y material de las medidas que se adopten durante la vigencia del mismo²³.

Finalmente, la Ley de Seguridad Pública y del Estado establece que los estados de excepción son un régimen de legalidad en el cual no se puede cometer arbitrariedades y lo define como “la respuesta a graves amenazas de origen natural o antrópico que afectan a la seguridad pública y del Estado”²⁴. Esto conforme al ámbito internacional, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la respuesta del Estado ante una emergencia debe seguir siendo la propia de un sistema democrático y esta no puede ser aprovechada para socavarlo²⁵. Además, al igual que la Constitución, esta ley determina de manera análoga cuál debe ser el contenido y requisitos del decreto ejecutivo que declare el estado de excepción. La Ley hace énfasis en la “estricta necesidad”, la cual se refiere a que podrá decretarse esta institución solo cuando el orden institucional ordinario no es capaz de hacer frente a la situación advenidera²⁶.

2.2. La finalidad y alcance del estado de excepción en el Estado de derecho

Desde la segunda mitad del siglo XX se comenzó a normativizar los estados de excepción y se establecieron sus efectos: (i) uno de carácter negativo: excepcionar, de manera provisional, la aplicación del ordenamiento “ordinario” originando una suspensión y restricción de ciertas libertades y derechos; y, (ii) uno de carácter positivo: en el que se faculta la instauración de un Derecho de emergencia extraordinario con nuevas reglas de excepción adaptadas a la realidad en el que, necesariamente, se debe proteger derechos y principios democráticos mientras dure una crisis²⁷.

²³ Artículos 119-123, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC]. R.O. Suplemento 52, 22 de octubre del 2009, reformado por última vez el 3 de febrero de 2020.

²⁴ Artículo 28, Ley de Seguridad Pública y del Estado, R.O. Suplemento 35, 28 de septiembre del 2009, reformado por última vez el 21 de junio de 2017.

²⁵ Ver, Caso Durand y Ugarte c. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 16 de agosto de 2000, párr. 101.

²⁶ Artículos 29-32. Ley de Seguridad Pública y del Estado.

²⁷ Ver, Vicente Álvarez, “El Coronavirus (COVID-19): Respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (2020), 9.

De acuerdo con la doctrina, la institución del estado de excepción, en la actualidad, tiene como finalidad enfrentar “acontecimientos reales o fácticos, que perturban el orden constitucional con carácter de emergencia”²⁸ y asegurar de forma inmediata la estabilidad y el restablecimiento del Estado de derecho²⁹. De acuerdo con Salgado, el estado de excepción busca limitar al Estado constitucional mediante la adopción de medidas extraordinarias dadas por la existencia de una grave alteración en la convivencia nacional que no puede ser solucionada por el ordenamiento ordinario³⁰. Es así como el régimen excepcional autoriza la concentración de poderes en una autoridad, la limitación de ciertos derechos y adopción de medidas que no estarían permitidas bajo el marco legal ordinario³¹.

A pesar de tener una finalidad relativamente clara, en la práctica se ha visto que el régimen extraordinario puede convertirse en una “tentación para el ejercicio de poderes arbitrarios, ante la cual en no pocos casos han cedido las autoridades de turno [...] transformando lo excepcional en común y corriente”³². Por esta razón, la doctrina plasmada en la legislación ha desarrollado los requisitos bajo los cuales un estado de excepción puede decretarse dentro de un Estado de derecho. Así, contrario a lo que varios autores sostienen respecto de que los regímenes excepcionales son instituciones que brindan potestad discrecional de ejercer el poder en situaciones de emergencia³³, Despouy manifiesta que los requisitos imponen limitaciones concretas a las facultades extraordinarias y “obran, en la práctica, a manera de garantías jurídicas para preservar la vigencia de los derechos humanos”³⁴.

Por ende, su propósito es el de salvaguardar la normalidad democrática y el conjunto de los derechos en un Estado de derecho³⁵. En la misma línea, la Corte Interamericana ha establecido

²⁸ Alberto Dalla Vía, *Derecho constitucional económico* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006), 405.

²⁹ Ver, Francisco Fernández Segado, “El Estado de Excepción en el Derecho Constitucional Español”, *Revista de Derecho Privado* (1976), 23.

³⁰ Ver, Hernán Salgado Pesantes, “¿Guardianes o sepulteros de la Constitución 2008?”, 322.

³¹ Ver, Juan Pablo Aguilar, “Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: La Corte Constitucional y los estados de excepción”, 59.

³² *Id.*

³³ Ver, Carl Schmitt, *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (Madrid: Alianza Editorial, 1921), 120.

³⁴ Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999), 24.

³⁵ Ver, Mac-Gregor Ferrer y Alfonso Herrera García, “La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos” en *Cien ensayos para el Centenario* de Gerardo Esquivel, Pedro Salazar Ugarte y Francisco Ibarra (México: Instituto Belisario Rodríguez, 2017), 998. Para efectos de mayor entendimiento, cuando se habla de Estado de derecho y principios democráticos se está haciendo referencia a instituciones con fines conexos que constituyen “una organización del poder público, el cual, por medio del derecho, regula la separación, distribución, limitación y control del poder, que

que la suspensión de derechos a través de los estados de excepción no permite la suspensión temporal del Estado constitucional³⁶, ni permite una huida de la legalidad. Por el contrario, su verdadera naturaleza tiene como único y auténtico fin la “defensa de principios democráticos, de las instituciones del Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos”³⁷. Por esta razón, se dice que la declaración de un régimen excepcional coadyuva a la permanencia del Estado de derecho, por lo que “el resto del ordenamiento jurídico del Estado se mantiene”³⁸. Lo que quiere decir que el poder ejecutivo, legislativo y judicial deben seguir en sus funciones.

La Corte Constitucional ecuatoriana señala que la finalidad de los estados de excepción es la defensa y protección del Estado de derecho, sus principios y sobre todo los derechos humanos, frente a una emergencia que amenaza la institucionalidad³⁹. Es decir, estos sirven por tiempo limitado y solo de manera transitoria, hasta que se permita restablecer el orden y volver al ordenamiento ordinario.

Lamentablemente en Ecuador, como en muchos países de Latinoamérica, este desarrollo doctrinario y jurisprudencial no siempre ha sido aplicado. Los gobiernos han utilizado mal la figura convirtiendo lo excepcional en regla general. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado años atrás que “Ecuador tiene una larga historia de declaraciones de estados de emergencia dictados para paliar problemas tanto sociales como económicos”⁴⁰. Hoy en día, esto no deja de ser cierto, en Ecuador hasta fines de septiembre de 2020, de los 274 días del año, el 65% —ciento ochenta días— estuvo vigente un estado de excepción en todo el territorio. Al respecto, Oyarte manifestó que el decretar por segunda vez un régimen excepcional por la misma causa que motivó el primero puede ser estimado como fraudulento⁴¹.

Frente a esta línea delgada entre la teoría y la práctica en la aplicación de los estados de excepción, es fundamental establecer sus límites y fundamentos para evitar su errónea aplicación.

es un Estado respetuoso de la democracia y que se constituye garante de las libertades individuales”. Jorge Vanossi, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2000), 51.

³⁶ Ver, Caso J. c. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 27 de noviembre de 2013, párr. 137.

³⁷ Opinión Consultiva OC-8/87 sobre el hábeas corpus bajo suspensión de garantías, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de enero de 1987, párr. 20.

³⁸ Jorge Zavala, *Derecho Constitucional* (Guayaquil: Edino, 1999), s/p.

³⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 001-08-SEE-CC de 4 de diciembre de 2008, 8-9.

⁴⁰ Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, Informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3,13 abril 2000.

⁴¹ Ver, Rafael Oyarte. Rueda de prensa, abril, 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3kFzKYZ>.

3. Fundamentos y límites del estado de excepción. Una mirada desde los derechos humanos y principios democráticos

Se ha establecido como idea fundamental que, bajo acontecimientos graves de tipo social o político que pongan en riesgo la vigencia o permanencia de los elementos considerados centrales en todo Estado constitucional, está permitido recurrir como última y extrema alternativa a un régimen excepcional temporal⁴². Dicho marco solo puede ser aplicado bajo supuestos muy especiales ya que, de lo contrario, se puede dar paso a un uso distorsionado de la excepcionalidad⁴³. Por esto, se vuelve importante y necesario delimitar el uso excepcional de la institución [3.1.] para, en un segundo momento, abordar sus límites [3.2.].

3.1. Situaciones para decretar un estado de excepción. El uso de la excepción

En la actualidad, el campo de aplicación de los estados de excepción es sumamente amplio dado los múltiples acontecimientos extraordinarios que los pueden motivar. Usualmente es el legislador quien establece dicho marco para cada Estado, en ciertos países de manera general y ambigua, mientras que en otros se utiliza una clasificación más precisa y restringida⁴⁴. No obstante, la excepcionalidad se puede aplicar únicamente a situaciones genuinamente extremas, donde el Estado y su sistema político corren un peligro real de caos social⁴⁵.

A nivel internacional, las situaciones excepcionales son aquellas de tal magnitud, gravedad y de tal envergadura que amenazan la vida de la nación. La Comisión Europea de Derechos Humanos⁴⁶ dio luces de cómo entender dicho estándar al mencionar que este comprende la existencia de un peligro excepcional e inminente frente al cual los mecanismos ordinarios “permitidos para el mantenimiento de la seguridad pública, salud y orden son claramente inadecuados”⁴⁷ ya que la situación afecta a la población de manera general causando consecuencias

⁴² Ver, Eloy Espinosa-Saldaña, “El juez constitucional y sus márgenes de acción durante la vigencia de un estado de excepción”, en *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (2006), 4240.

⁴³ Ver, Roberto Garcarella, “Dialogo democrático y emergencia en América Latina” en *Coronavirus: un mundo en emergencia* (Buenos Aires: Max Planck Institute, 2020), 4.

⁴⁴ Ver, Florentín Meléndez, *La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Emergencia según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (San Salvador: Universidad Complutense, 1999), 116.

⁴⁵ Ver, Néstor Sagüés, “Los roles del Poder Judicial ante el estado de necesidad” en *Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles* de Víctor Bazán (México: UNAM, 2003), 1045.

⁴⁶ Tiene una regulación análoga al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por tanto, dicho instrumento puede servir de guía para los Estados americanos.

⁴⁷ Comisión Europea de Derechos Humanos, Documento Serie B 1960, 82. Daniel O. Donneli, *Protección Internacional de Derechos Humanos* (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989), 400.

negativas para la vida en sociedad⁴⁸. Que afecte a la población en su generalidad se refiere a que una circunstancia “perturba la seguridad física del grupo humano, la integridad territorial de la nación o el funcionamiento de sus instituciones públicas”⁴⁹.

La excepcionalidad ha sido consolidada por varios pronunciamientos jurisprudenciales, entre los cuales destacan los europeos por ser particularmente claros. Así, en el caso de *Lawless* se estimó que el peligro debía ser “actual o al menos inminente, lo que invalida toda restricción adoptada con fines meramente oportunistas, especulativos o abstractos”⁵⁰. De esta forma, cuando se está frente a una situación excepcional, la presencia de un estado de excepción se vuelve saludable para el Estado pues sirve de medio de retorno a la normalidad. Caso contrario, dictarlo en tiempos donde no está justificado “implica una desviación de poder, pues se lo establece con el mero fin de asumir facultades extraordinarias, lo que es constitucionalmente inaceptable”⁵¹.

Conforme a los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación, la salud pública entra dentro de los motivos que pueden dar paso a limitar derechos ya que, si bien no está en peligro la institucionalidad del Estado, sí lo está la integridad física de su población⁵². Por tanto, se da una protección de los ciudadanos, mas no del Estado en sí mismo. Por ello, el régimen excepcional adoptado debe ser conforme a la Constitución, esto para evitar que so pretexto del virus se afecte al Estado de derecho⁵³.

Además, es fundamental tener en cuenta el principio *pro favor libertatis*, en virtud del cual, ante casos dudosos, le corresponde a la Corte Constitucional guiarse por dicho principio. Esto “pues [...] se tiene presente que la restricción es lo excepcional, y ello debe justificarse sin dejar margen a la duda”⁵⁴.

El fundamento de reducir la aplicación de estados de excepción a solo situaciones extremas es que el funcionamiento de las instituciones democráticas, bajo regímenes extraordinarios, sufre

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ Informe de la Comisión de Derechos Humanos sobre su 35º período de sesiones, Informe, Relator Especial Nicole Questiaux sobre el estudio de las implicaciones para los derechos humanos de los acontecimientos recientes relativos a situaciones conocidas como estados de sitio o emergencia, E/CN.4/Sub.2/1982/15, 27 de julio de 1982, párr. 55.

⁵⁰ Caso *Lawless c. Irlanda*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 1 de julio de 1961, párr. 28.

⁵¹ Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 575.

⁵² Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, 41º Período de sesiones, 1984, párr. 15. Su importancia radica en el hecho de que fueron adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General 29.

⁵³ Carlos Ayala, “Algunos efectos de las restricciones adoptadas por el COVID-19 para el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos con especial énfasis en las Américas”, *El Derecho Constitucional ante el COVID-19* (2020), 53-54.

⁵⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 001-10-SEE-CC de 13 de enero de 2010.

cambios importantes. Por ejemplo, las posibilidades de participación de sectores de oposición política son menores dadas las limitaciones a los derechos. Se da concentración de poderes en el ejecutivo debilitando las demás funciones. También, la libertad de prensa, al ser un derecho susceptible a ser limitado bajo un régimen excepcional, puede conducir a censuras peligrosas. Inclusive, el marco excepcional puede generar paralización en distintos sectores de la económica.

3.2. Límites de los estados de excepción para evitar vulneraciones de derechos humanos

En la actualidad, una declaración de estado de excepción está regulada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta rama del derecho ha establecido restricciones a cualquier Estado constitucional que pretenda ejercer facultades extraordinarias⁵⁵. Dichos límites están destinados a proteger los derechos e impedir abusos con la excusa de enfrentar emergencias.

Tanto la doctrina como la norma han establecido los límites materiales del estado de excepción⁵⁶. De ellos, vale la pena resaltar: (i) necesidad; (ii) temporalidad; (iii) territorialidad; (iv) proporcionalidad; (v) razonabilidad; y, (vi) apego al Derecho interno. Límites que coinciden con los reconocidos explícitamente en nuestra Constitución. Para diferenciar el presente análisis del ya realizado por la Corte Constitucional, esta sección se enfocará en los tres primeros requisitos ya que doctrinariamente se sostiene que un régimen excepcional debe cumplir, al menos, con los límites de “duración, [...] ámbito geográfico y [...] alcance material”⁵⁷. Además, estos resultan fundamentales para el análisis crítico que se realizará en el apartado sobre la declaración de los estados de excepción en Ecuador durante el COVID-19.

3.2.1. Límite de necesidad

El límite de necesidad “es el punto de partida del ejercicio de poderes extraordinarios y tiene una estrecha vinculación con los demás límites que lo regulan”⁵⁸. Se puede declarar un estado de excepción solamente cuando sea estrictamente necesario⁵⁹, es decir, solo ante fenómenos naturales o sociales de emergencia que sobrepasen al Estado constitucional y donde no se pueda

⁵⁵ Ver, Claudio Grossman, “A Framework for the Examination of States of Emergency Under the American Convention on Human Rights”, *American University International Law Review* 1, (1986), 45.

⁵⁶ Ver, Claudio Grossman, “Algunas consideraciones sobre el régimen de situaciones de excepción a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *Derechos Humanos en las Américas*, (1984), 121.

⁵⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación general No. 29, 24 de julio de 2001, párr. 4.

⁵⁸ Florentín Meléndez, *La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Emergencia según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 116.

⁵⁹ Ver, Caso Espinoza González c. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 20 de noviembre de 2014, párr. 120.

restablecer la normalidad mediante el marco ordinario por no ser lo suficientemente apropiado, sólido o poderoso para afrontar la crisis⁶⁰. Este límite tiene la finalidad de impedir que los Estados se adjudiquen facultades extraordinarias en condiciones de supuestas crisis o casos que podrían ser superados por el ordenamiento ordinario⁶¹.

De ahí que es pertinente establecer la diferencia con el principio de excepcionalidad ya que usualmente suelen ser confundidos. La excepcionalidad valora la gravedad del hecho que se está enfrentando, mientras que el principio de necesidad se enfoca en si el ordenamiento no dispone de otra medida legal ordinaria que pueda contener la emergencia de forma menos gravosa⁶².

El control de necesidad puede ser realizado por diferentes órganos, cada uno de ellos con distintos criterios para fiscalizar la declaratoria y controlar las disposiciones que se dictan⁶³. Primero, están los órganos políticos de control —la Asamblea Nacional— que utilizan parámetros de oportunidad política. Según la Comisión Interamericana, los parlamentos juegan un rol fundamental en épocas de emergencia, pues deben intervenir de manera puntual para modificar o anular las decisiones del ejecutivo y ayudar a restablecer el orden de la sociedad en caso de ser necesario⁶⁴.

Segundo, están los órganos jurisdiccionales que realizan la tarea fiscalizadora con base en parámetros jurídicos sobre la existencia real o no de la necesidad y proporcionalidad justificada. Por último, está el control de las organizaciones internacionales al momento de la notificación⁶⁵. En el caso de los Estados Americanos, la Corte Interamericana menciona que los gobiernos no gozan de discrecionalidad ilimitada, sino que corresponde a los órganos del sistema interamericano ejercer control de forma subsidiaria y complementaria⁶⁶.

⁶⁰ Ver, Felipe Betancourt, *Derechos Humanos, Estado Constitucional y Democracia. Los Desafíos de un mundo global* (México: Tirant lo Blanch, 2020), s/p.

⁶¹ Ver, Florentín Meléndez, *La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Emergencia según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 106.

⁶² Ver, María Daniela Dávalos, “Estados de excepción: ¿mal necesario o herramienta mal utilizada? Una mirada desde el constitucionalismo contemporáneo” en *Neoconstitucionalismo y sociedad* de Ramiro Ávila Santamaría (Quito, 2008), 133.

⁶³ Ver, Caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 30 de mayo de 1999, párr. 109.

⁶⁴ Ver, Comisión Interamericana, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, Resolución 1/2020, 10 de abril de 2020, 6.

⁶⁵ Ver, Vicente Álvarez, “El Coronavirus: Respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, 11.

⁶⁶ Ver, Caso Zambrano Vélez c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 4 de julio de 2007, párr. 147.

3.2.2. Límite temporal

Siempre que un estado de excepción se aparta de la legalidad que lo regula se generan anomalías que ponen en peligro los derechos y principios democráticos⁶⁷. Una de las anomalías que más afecta al Ecuador es la perennación del régimen excepcional. Esta consiste en la aplicación rutinaria de la excepción, ya sea perpetuándola, renovándola o prorrogándola constantemente, desconociendo el principio temporal que define su carácter transitorio⁶⁸.

La temporalidad se encuentra implícita en la propia naturaleza de un estado de excepción, en el hecho de que debe ser estrictamente transitorio⁶⁹. En caso de no encontrarse limitado en el tiempo, se está “ante un cambio general de supuestos que no engendra un derecho excepcional por su naturaleza y por el tiempo de su duración, sino un nuevo Derecho general”⁷⁰ fundamentado en la excepción, volviéndolo ilegítimo. Según este límite, el régimen excepcional solo puede aplicarse como medio transitorio, evitando a toda costa prolongarlo excesivamente o, peor aún, indefinidamente pues “no se puede sacrificar derechos a perpetuidad”⁷¹. De ser así, provocaría una alteración a la legalidad vigente, debido a que “una situación de tal naturaleza daría lugar a la inversión de la legalidad al darle el carácter de permanente a una ley que por su naturaleza está destinada a regir periodos breves y extraordinarios”⁷².

Lo más importante de este límite es esclarecer que, aunque parecería lógico que las medidas extraordinarias permanezcan hasta que culmine la emergencia, de un análisis íntegro se obtiene que los estados de excepción no deben extenderse mientras dure el hecho objetivo extraordinario, sino, solamente hasta lograr afrontar la emergencia y contenerla. Esto debido a que son un medio de preparación frente a una crisis irresistible y no un fin en sí mismo. Por lo que, no se justificaría una duración ilimitada de excepcionalidad en crisis indefinidas.

Este límite depende de cómo cada Estado desee regularlo, sin embargo, todas las normas que limitan derechos están sujetas a criterios de interpretación restrictiva⁷³. Esto quiere decir que, no se puede suspender o limitar derechos más allá de lo que esté permitido por el Derecho y siempre debe ser una medida de *ultima ratio*.

⁶⁷ Ver, Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, 55.

⁶⁸ *Id.*, 60.

⁶⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 0001-09-SEE-CC de 20 de febrero de 2009, 8.

⁷⁰ Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid: Alianza, 1999), 223.

⁷¹ Sentencia No. 0003-09-SEE-CC, 3 de septiembre de 2009, Voto salvado de la jueza Nina Pacari, 16.

⁷² Florentín Meléndez, *La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Emergencia según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 98.

⁷³ Ver, Caso J. c. Perú, párr. 124.

Las medidas extraordinarias que no cumplen el carácter temporal atentan contra principios jurídicos que fundamentan la democracia, como el de legalidad ya que, si se prolonga la excepcionalidad, se altera el ejercicio de derechos de manera indefinida pudiendo anular su ejercicio efectivo. Por esta razón, algunos ordenamientos jurídicos han establecido un límite máximo de tiempo para un estado de excepción⁷⁴, en Ecuador son sesenta días con una renovación máxima de treinta días más⁷⁵.

La prolongación en el tiempo de un régimen excepcional no es un método idóneo para contrarrestar crisis extraordinarias que se han vuelto permanentes. Por lo tanto, si con el transcurso de un tiempo prudencial las medidas adoptadas no son capaces de contener la emergencia y resolverla, los Estados están en la obligación de buscar medios ordinarios⁷⁶ ya sean políticos, sanitarios o económicos, que no atenten gravemente los derechos. Es así como la Corte Constitucional sostuvo que los estados de excepción pueden “concentrar transitoriamente poderes en determinados órganos”⁷⁷, y si la situación se vuelve permanente y necesita medidas estables, el Estado debe utilizar las circunstancias ordinarias para retornar a la normalidad⁷⁸.

No se puede olvidar que “cuanto mayor sea la vigencia del estado excepcional, mayor será su incidencia en la suspensión o limitación de derechos”⁷⁹. He allí la importancia del límite temporal.

3.2.3. Límite territorial

El límite territorial implica que las medidas extraordinarias que se desprenden de la declaratoria del estado de excepción deben estar delimitadas al espacio geográfico donde estas son estrictamente necesarias⁸⁰, es decir, dónde la situación excepcional tiene efectos⁸¹. La Constitución ecuatoriana reconoce que puede ser dentro de todo el Estado o puede darse en parte de él —en

⁷⁴ Ver, Armin von Bogdandy, Jesús María Casal y Mariela Morales Antoniazzi, *La resistencia del Estado Democrático de Derecho en América Latina frente a la pandemia de COVID-19* (Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, 2020), 59.

⁷⁵ Artículo 166, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷⁶ Ver, Florentín Meléndez, *La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Emergencia según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 108.

⁷⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 001-08-SEE-CC, 4 de diciembre de 2008, 9.

⁷⁸ Ver, Sobre los derechos humanos y los estados de excepción, Informe del relator especial Leandro Despouy, párr. 72.

⁷⁹ *Id.*, párr. 32.

⁸⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 0001-09-SEE-CC, 20 de febrero de 2009, 8.

⁸¹ Ver, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación general No. 29, adoptada durante la 1950ª reunión, el 24 de julio de 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párr. 4.

cierta provincia o localidad. De esta forma se busca limitar el uso de facultades y poderes excepcionales en lugares y situaciones donde lo amerite de manera real y objetiva⁸².

Con estos límites en mente, se pasará a un análisis de los medios jurídicos que utilizaron distintos Estados para enfrentar la pandemia y así, conocer si utilizaron el régimen ordinario o si, por el contrario y al igual que Ecuador, utilizaron el derecho de excepción.

4. Experiencia comparada de distintas formas de enfrentamiento del COVID-19 en los Estados democráticos

La lucha contra el COVID-19 ha llevado a muchos Estados, inclusive los democráticos, a tomar medidas extraordinarias que sin duda serían constitucionalmente problemáticas en tiempos de normalidad. Son varios los países que han decretado cuarentenas y confinamientos domiciliarios, han impuesto toques de queda y cerrado sus fronteras⁸³. En este apartado, no se busca analizar exhaustivamente las declaraciones de emergencia adoptadas, pero sí, desarrollar las principales respuestas institucionales frente al COVID-19. Las medidas se resumen en: (i) la declaración del estado de excepción bajo el régimen constitucional [4.1.]; (ii) el uso de la legislación interna existente encargada de la salud pública o desastres naturales [4.2.]; y, (iii) la aprobación de nueva legislación de emergencia⁸⁴ [4.3.].

4.1. Estados que adoptaron estados de excepción

Actualmente, nueve de cada diez Estados tienen disposiciones de emergencia escritas en sus constituciones, mismas que habilitan el establecimiento de medidas excepcionales y otorgan poderes especiales al ejecutivo⁸⁵. El 10% de países que no prevén de manera expresa un estado de emergencia general, permiten que bajo ciertos casos referentes a la seguridad pública se disponga la suspensión de derechos⁸⁶. De este primer conjunto de Estados, algunos han optado por recurrir a los estados de excepción o sus equivalentes —estados de emergencia— dado que su ordenamiento ordinario resultó insuficiente para gestionar acciones gubernamentales frente a la crisis sanitaria del COVID-19.

⁸² Ver, Caso Zambrano Vélez y otros c. Ecuador, párr. 52.

⁸³ Ver, Andrea Salcedo, “Coronavirus Restrictions, Across the Globe”, *The New York Times*, 2020.

⁸⁴ Ver, Tom Ginsburg y Mila Versteeg, “States of Emergencies: Part I”, *Harvard Law Review* (2020), s/p.

⁸⁵ Ver, Zachary Elkins, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 94.

⁸⁶ Ver, James A. Dueholm, "Lincoln's Suspension of the Writ of Habeas Corpus: An Historical and Constitutional Analysis", *Journal of the Abraham Lincoln Association* 29 2, (2008), 50. Disponible en: <https://bit.ly/2Kpgpiv>.

Para resumir la situación que se ha dado en el mundo, a continuación, se presenta una infografía en el que se analiza, dentro de los Estados democráticos⁸⁷, cuáles países han optado por no instaurar un estado de excepción y cuáles sí lo han hecho:



Este mapa geográfico ilustra si, en Estados democráticos, se decretó un estado de emergencia y por cuánto tiempo estuvo vigente. Así, de un análisis propio se desprende que, de 75 países, aproximadamente el 35% de Estados no emitió un estado de excepción, mientras que el 65% sí lo hizo. Ahora, dentro de ese grupo de Estados que sí decretó, el 30% lo hizo por sesenta días o menos, el 12% por noventa días o menos, el 23% por ciento cincuenta días o menos y el 35% por más de ciento ochenta días.

Entonces, es interesante notar que de los 17 países que utilizaron el régimen de excepción de manera prolongada, más de la mitad son de Latinoamérica, donde ha existido una clara

⁸⁷ Ver, Estudio realizado por el *Institute for democracy and electoral assistance*, actualizado el 28 de octubre del 2020 que clasifica los países en: democráticos, de régimen híbrido o autoritarios. Disponible en: <https://bit.ly/2IN7jeM>.

⁸⁸ Para la realización de la infografía se utilizó principalmente los datos y documentos de: (i) *International Center for not-for-profit law*. Disponible en: <https://bit.ly/35Gh7jr>; y, (ii) *Centre for Civil and Political Rights*. Disponible en: <https://bit.ly/35Ksзуq>.

tendencia a abusar de dicha institución⁸⁹. Cabe precisar también, una diferencia importante que se tiene con el Ecuador, ya que varios de estos países no reconocen en su Constitución un límite máximo expreso para la duración del estado de excepción⁹⁰.

4.2. Estados que superaron la pandemia utilizando la legislación existente

Otra manera de combatir la pandemia fue activar legislación que ya existía en las normas jurídicas internas para enfrentar crisis sanitarias y emergencias⁹¹. Las democracias estables o avanzadas se han inclinado desde el siglo pasado a combatir crisis mediante el modelo legislativo⁹². Dentro de este marco, los Estados han optado por limitar ciertos derechos a través del ordenamiento ordinario. A saber, la Corte Constitucional de Kosovo dictaminó que no era necesario que el gobierno declare un estado de excepción para enfrentar al COVID-19, y que era preferible que se limite derechos a través de leyes y no suspenderlos debido a que la primera opción resulta menos intrusiva en los derechos humanos⁹³.

Son varios los Estados que tienen legislaciones especiales de salud pública que incluyen restricciones de derechos relativas a frenar la crisis. En Alemania, las medidas adoptadas han sido conforme la Ley de Protección contra infecciones de 2001⁹⁴, que permite, entre otros, limitar la libertad individual, libertad de circulación y reunión⁹⁵. Sin embargo, la legislación de salud pública no es el único tipo de legislación que se ha utilizado, Canadá tiene la Ley de Protección Civil y Gestión de Emergencias que permite de igual forma, limitar derechos y suspender actividades masivas⁹⁶. Ambos países, tomados como ejemplo, han sido categorizados como los que han

⁸⁹ Ver, Diego Valadés, “Causas legales de los estados de excepción en América Latina”, en *La Dictadura Constitucional en América Latina* (México: UNAM), 95.

⁹⁰ El artículo 168 numeral 17 de la Constitución de Uruguay no regula un tiempo de duración máximo de un estado de emergencia. En Perú, su norma suprema en el artículo 137 establece un máximo de sesenta días de duración, pero no impone un límite a su prórroga.

⁹¹ Ver, Tom Ginsburg y Mila Versteeg, “States of Emergencies: Part I”, *Harvard Law Review* (2020), s/p.

⁹² Ver, Armin von Bogdandy, Jesús María Casal y Mariela Morales Antoniazzi, *La resistencia del Estado Democrático de Derecho en América Latina frente a la pandemia de COVID-19*, 31.

⁹³ Caso No. KO54/20, Corte Constitucional de la República de Kosovo, Revisión constitucional de la Decisión No. 15/01, 23 de marzo de 2020, párr. 225.

⁹⁴ Ver, Deutsches Institut für Menschenrechte, “Coronavirus pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications”, *European Union Agency for fundamental rights*, (2020), 2.

⁹⁵ Artículo 17 de Ley de Protección contra infecciones de 2001. Noruega, Países Bajos, Taiwán, Japón y Suiza tienen leyes similares.

⁹⁶ Ver, Newsroom, Ontario Enacts Declaration of Emergency to Protect the Public (2020). Disponible en: <https://bit.ly/3pBvjCp>. Similares leyes se utilizaron en República Checa: Ley de Seguridad.

respondido de mejor manera al COVID-19; tanto en gestión sanitaria, como en respuesta política y financiera⁹⁷.

En este sistema, se busca acudir a su ordenamiento jurídico precavido para enfrentar la pandemia, limitando ciertos derechos, pero sin caer en un estado de excepción. Vale la pena incluir que en la mayoría de estos países, la alternativa del régimen excepcional ha estado, por lo general y al menos en teoría, disponible⁹⁸. Sin embargo, el modelo legislativo tiene como ventaja que se toman medidas más mesurables y de mayor control político⁹⁹.

4.3. Estados que emitieron nuevas leyes de emergencia

Por último, en otros Estados el poder legislativo ha aprobado leyes nuevas directamente vinculadas a enfrentar la pandemia¹⁰⁰. Dichas leyes se vuelven necesarias cuando el ordenamiento jurídico no posee las normas adecuadas para enfrentar la emergencia. Un claro caso es el Reino Unido, donde se emitió la Ley de Coronavirus 2020¹⁰¹ que regula temas tales como el nombramiento de comisionados judiciales temporales, suministro de alimentos, restricciones al uso y divulgación de información, vacunas, cierre temporal de escuelas y demás.

De este breve desarrollo de experiencias comparadas, se desprende que existieron varias formas legales de contener los efectos de la pandemia. Es claro que no todos los países encajaron perfectamente en un solo marco, ya que existen muchos con escenarios combinados — especialmente en Latinoamérica— y tampoco se pretende establecer que un sistema es mejor que otro, esto debido a que el juicio de valor dependerá mucho de las condiciones internas de cada país. No obstante, lo que se puede concluir sin miedo a equivocarse es que el dictar estados de excepción no era la única forma posible de afrontar al COVID-19.

5. Los estados de excepción de Ecuador en torno al COVID-19.

En el presente apartado se desarrollará un análisis descriptivo tanto del primer estado de excepción [5.1.], como del segundo [5.2.], cada uno con su respectiva renovación. Se finalizará

⁹⁷ Ver, Ian Bremmer, “The Best Global Responses to COVID-19 Pandemic” *Time* (2020). Disponible en: <https://bit.ly/2Hdf254>.

⁹⁸ Ver, Armin von Bogdandy, Jesús María Casal & Mariela Morales Antoniazzi, *La resistencia del Estado Democrático de Derecho en América Latina frente a la pandemia de COVID-19* (Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, 2020), 28.

⁹⁹ Ver, José Enrique Sotomayor Trelles, “Hacer elecciones y tomar decisiones en tiempos de pandemia: un análisis desde la teoría de la justicia” en *Derecho de los Desastres: COVID-19* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020), 1087.

¹⁰⁰ Ver, Tom Ginsburg y Mila Versteeg, “States of Emergencies: Part I”, *Harvard Law Review* (2020).

¹⁰¹ Ver, Coronavirus Act 2020.

con un análisis crítico de las posibles inobservancias que se dieron en dichos regímenes, respecto de los principios democráticos y derechos [5.3.].

5.1. El estado de excepción *ordinario*

Producto de la emergencia sanitaria generada a causa del COVID-19, el 16 de marzo de 2020, el ejecutivo decretó el primer estado de excepción en todo el territorio nacional con una vigencia de sesenta días¹⁰², mismo que fue posteriormente renovado por treinta días más¹⁰³, tal como la norma habilita. En ambas ocasiones la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de dichos decretos¹⁰⁴.

La causal invocada por el presidente fue la de calamidad pública, con base en que las medidas tomadas en torno a la declaratoria de estado de emergencia sanitaria¹⁰⁵ no fueron acatadas por la ciudadanía¹⁰⁶. En dicho decreto, entre otras medidas, se dispuso la movilización de las Fuerzas Armadas en todo el Ecuador, se suspendió el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito, de asociación y reunión, se estableció toque de queda, se suspendió la jornada presencial de trabajo y se ordenó el monitoreo de personas contagiadas.

Frente a dicho decreto la Corte dictaminó que, según los informes técnicos presentados, la pandemia cumplía los dos elementos concurrentes para que se configure una calamidad pública: (i) la ocurrencia de una situación catastrófica originada por causas naturales que afecta gravemente las condiciones sociales de un espacio geográfico; y, (ii) que la situación sea imprevista o sobreviniente¹⁰⁷. De igual forma, expresó que se requieren medidas extraordinarias para contener

¹⁰² Decreto ejecutivo 1017, Presidencia de la República [Por medio del cual se decreta el primer estado de excepción debido a la pandemia por COVID-19], Suplemento del Registro Oficial No. 163, 17 de marzo de 2020.

¹⁰³ Decreto ejecutivo 1052, Presidencia de la República [Por medio del cual se decreta la prorrogación del primer estado de excepción debido a la pandemia por COVID-19], Suplemento del Registro Oficial No. 209, 22 de mayo de 2020.

¹⁰⁴ Dictamen No. 1-20-EE/20, Corte Constitucional, 19 de marzo de 2020. Dictamen No. 2-20-EE/20, 22 de mayo de 2020.

¹⁰⁵ A diferencia del régimen excepcional, la declaratoria de emergencia sanitaria está regulada por la Ley Orgánica de Salud, artículo 259 que la define como “toda situación de riesgo de afección de la salud (...) que favorecen el incremento de enfermedades transmisibles. Requiere la intervención especial del Estado con movilización de recursos humanos, financieros u otros, destinados a reducir el riesgo o mitigar el impacto en la salud de las poblaciones más vulnerables”. Por otra parte, el artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece cuales son las situaciones de emergencia: “aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, (...)”, debe ser declarado por el Ministro de Estado o la máxima autoridad de la entidad en emergencia, lo cual habilita justificar contrataciones públicas sin el procedimiento legal regular. Bajo el régimen de emergencia sanitaria se habilita medidas para contener la crisis a nivel institucional sin suspender derechos.

¹⁰⁶ Decreto ejecutivo 1017, 12.

¹⁰⁷ Dictamen No. 1-20-EE/20, párr. 29.

la propagación del virus¹⁰⁸ y que las restricciones impuestas respondían a parámetros utilizados internacionalmente para frenar al COVID-19¹⁰⁹.

Al momento de renovarlo, el decreto se fundamentó en lo determinado por la Organización Panamericana de la Salud: levantar las medidas de distanciamiento social de manera inmediata y sin planificación podían generar una nueva oleada de transmisión¹¹⁰ por lo que era necesario treinta días más para “replegar de modo gradual y planificado las medidas de aislamiento social y viabilizar las medidas de distanciamiento social que se requieren para el manejo de la pandemia en Ecuador”¹¹¹. La Corte en este caso verificó que existía la necesidad de una prórroga del estado de excepción con el fin de cumplir las recomendaciones internacionales de salud¹¹². No obstante, resaltó los límites temporales que la Constitución establece y exhortó a que, durante la vigencia de la prolongación del régimen excepcional, el Estado “tome las medidas necesarias para que se pueda enfrentar la pandemia de conformidad con los mecanismos jurídicos ordinarios”¹¹³. Esto debido a que consideró que las acciones del Estado no podían limitarse únicamente al régimen excepcional porque el virus estaría presente en el mundo de forma permanente y se requería un cambio estructural. Además, agregó que no se puede perennizar la figura excepcional en ningún caso.

5.2. El estado de excepción *extraordinario*

Posteriormente, el Pleno de la Corte conoció un nuevo decreto ejecutivo expedido el 15 de junio de 2020 declarando, por segunda ocasión, un estado de excepción en todo el territorio y bajo la misma causal de calamidad pública por la aún vigente catástrofe del COVID-19¹¹⁴, a la cual se agregó una nueva circunstancia: una emergencia económica sobreviniente a la emergencia sanitaria. Dicho decreto disponía similares restricciones a las impuestas en el primer régimen excepcional¹¹⁵.

En esta ocasión, el dictamen de constitucionalidad no fue unánime, el voto de mayoría declaró su validez, a pesar de ciertos vicios, bajo la observancia de varios parámetros establecidos en la parte resolutive de la sentencia¹¹⁶. Su decisión estuvo basada en que la pandemia desde el 9

¹⁰⁸ *Id.*, párr. 34.

¹⁰⁹ *Id.*, párr. 58.

¹¹⁰ Decreto ejecutivo 1052, 14.

¹¹¹ Decreto ejecutivo 1052, 15.

¹¹² Dictamen No. 2-20-EE/20, párr. 12.

¹¹³ *Id.*, párr. 26.

¹¹⁴ Decreto ejecutivo 1074, 14.

¹¹⁵ *Id.*, 15-17.

¹¹⁶ Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, 29 de junio de 2020, párr. 151.

de abril de 2020 se volvió de transmisión comunitaria¹¹⁷ y que esta se vio agravada por la falta de atención oportuna del Estado¹¹⁸. Por estas dos razones, la Corte concluye que el COVID-19 continúa siendo un riesgo para la salud y que constituía un hecho sobreviniente, de gravedad y sin precedentes que, permitió adecuar la situación en los parámetros de una calamidad pública por segunda ocasión.

Por otra parte, determinó que la emergencia económica no constituía una situación por la cual se pueda decretar un estado excepcional porque este no tiene como finalidad resolver cuestiones estructurales sino enfrentar contingencias extraordinarias o emergentes¹¹⁹.

En cuanto al límite temporal, este organismo mencionó que, de una interpretación integral y transversal, se obtiene que el principio de necesidad y la situación fáctica inédita permitió extender más allá de los noventa días impuestos por la literalidad de la Constitución, “sujeto a ciertas condiciones que garanticen el deber del Estado de asegurar un adecuado tránsito a la nueva normalidad”¹²⁰. Volviéndose de esta forma, un régimen de excepción extraordinario que sobrepasaba el límite temporal establecido.

Respecto del límite territorial, la Corte lo analiza desde un enfoque dinámico determinando que el estado de excepción debe aplicarse en todo el territorio nacional debido a la permanencia de una etapa de contagio comunitario en todas las provincias¹²¹. Una vez más, exhortó al Estado a generar mecanismos adecuados que permitieran combatir y controlar la pandemia por medios ordinarios estableciendo un régimen de transición¹²². Y, realiza consideraciones adicionales, entre las cuales analizó la irrestricta protección a la democracia y su institución, la libertad de expresión e información, y la situación de personas en vulnerabilidad¹²³.

El voto salvado argumentó que dado que el nuevo decreto vulneraba los límites impuestos a los estados de excepción —el temporal, territorial y material— era inconstitucional. Sin embargo, el hecho de que la población en Ecuador no tuvo el periodo de transición a una nueva normalidad hacía que el suspender los efectos del decreto fuera irresponsable, por lo que se decidió extender los efectos de inconstitucionalidad por cuarenta y cinco días. Tiempo que debía ser

¹¹⁷ *Id.*, párr. 15.

¹¹⁸ *Id.*, párr. 43.

¹¹⁹ *Id.*, párr. 35.

¹²⁰ *Id.*, párrs. 65 y 66.

¹²¹ *Id.*, párr. 72.

¹²² *Id.*, párr. 151, literal c.

¹²³ *Id.*, párrs. 141-160.

utilizado para emitir normas jurídicas requeridas para tomar las medidas estructurales indispensables para afrontar la pandemia bajo el régimen ordinario¹²⁴.

La renovación por treinta días del último decreto se fundamentó en varios informes técnicos que recomendaban al ejecutivo extender las medidas extraordinarias dado que no se había logrado aún contener el virus y la situación hospitalaria no era idónea para soportar el aumento de casos positivos¹²⁵. Dentro del dictamen de constitucionalidad, se dejó establecido que el régimen excepcional era constitucional, no obstante, se fijó que “no se podría extender más allá de este periodo de treinta días”¹²⁶ dado que dicha figura se desnaturalizaría al tratar de ampliarlo permanentemente para superar un problema que se ha tornado indefinido y requiere de una reforma estructural.

Por tanto, la Corte dejó sentado que no declararía la constitucionalidad de ningún otro decreto que esté fundamentado bajo los mismos hechos que configuraron la causal de calamidad pública por el COVID-19. Siendo así las cosas, la Corte concluye con la mención de ciertas medidas ejemplificativas que el ejecutivo podía implementar en el periodo de transición para enfrentar la pandemia a través de mecanismos ordinarios¹²⁷.

5.3. Inobservancia de derechos y principios democráticos en los estados de excepción en torno al COVID-19 en Ecuador

El COVID-19 está lejos de ser exclusivamente una emergencia sanitaria transitoria, sino que también es un desastre y debe ser gestionado como tal¹²⁸. En Ecuador, la deficiente gestión de dicha emergencia provocó que la pandemia se vuelva un desastre por la falta de acción humana¹²⁹. Frente a este, el gobierno decretó estados de excepción que, por ser perennizados, podrían constituir un riesgo para la democracia, a pesar de ser aún muy prematuro para conocer sus reales consecuencias.

Para minimizar estos riesgos y no permitir que los derechos y principios democráticos sean vulnerados, son importantes tres cuestiones: (i) disponer de la supervisión judicial y legislativa de

¹²⁴ Dictamen No. 3-20-EE/20, Voto salvado, párr. 35.

¹²⁵ Decreto ejecutivo 1126, Presidencia de la República [Por medio del cual se decreta el segundo estado de excepción debido a la pandemia por COVID-19], Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 279, 1 de septiembre de 2020, 11-12.

¹²⁶ Dictamen No. 5-20-EE/20, Corte Constitucional, 24 de agosto de 2020, párr. 39.

¹²⁷ *Id.*, párrs. 61-136.

¹²⁸ *Ver*, Hugo Cahueñas, “Gobernanza del riesgo de desastres frente al COVID-19 en Ecuador” en *Derecho de los Desastres: COVID-19* de Pontificia Universidad Católica del Perú, (Lima: 2020), 1152.

¹²⁹ Colectivo Ecuador con Gestión de Riesgos (2020). Carta Abierta. Disponible en: <https://bit.ly/3bpTTxz>.

las actuaciones del ejecutivo; (ii) limitar las medidas excepcionales a situaciones estrictamente necesarias; y, (iii) asegurar que tales poderes duren por tiempo limitado¹³⁰.

Con respecto a la supervisión judicial y legislativa es importante tener en cuenta el rol que ha tenido tanto la Corte Constitucional como la Asamblea Nacional durante los estados de excepción. Empezando por la Corte, este organismo ha controlado de cerca al ejecutivo respecto de las actuaciones y medidas que ha tomado en respuesta al COVID-19; y, en varias ocasiones, ordenó al gobierno dictar leyes que regulen la situación sanitaria, por lo que jugó un rol de supervisión legislativa y desafió las omisiones del gobierno¹³¹. Sin embargo, se debate su actuar en la declaración de constitucionalidad en el segundo estado de excepción, por las razones que se verán más adelante.

Al contrario, la Asamblea Nacional no ha jugado un rol protagónico durante la pandemia ni en el control político, ni en la producción de leyes para enfrentarla¹³². Recién durante el segundo régimen excepcional, se aprobó la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria derivada del COVID-19. Como precisión, dicha Ley regula únicamente temas laborales y financieros. Sin embargo, la Asamblea está en la obligación de desarrollar legislación en muchos otros campos que la pandemia afectó como son la regulación del cierre de fronteras, reuniones sociales, espectáculos públicos, toque de queda, requisiciones, entre otros¹³³.

Así, la producción de leyes en sentido estricto para enfrentar la pandemia ha sido escasa por lo que el poder legislativo no ha cumplido su deber de coordinar acciones para cumplir sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos constitucionales¹³⁴. De esta forma, ante la inacción de la Asamblea, se inobservó la norma recogida tanto en la Constitución como en el ámbito internacional, que menciona que las funciones del Estado deben continuar a pesar de la crisis. Por otra parte, no existe dato alguno de que la Asamblea haya realizado un control político de los estados de excepción que se emitieron durante la pandemia.

En cuanto al principio de necesidad, si bien es difícil contradecir la necesidad de decretar un estado de excepción frente al COVID-19, dadas sus características de rápida propagación, alta

¹³⁰ Ver, Tom Ginsburg y Mila Versteeg, “States of Emergencies: Part II”, *Harvard Law Review* (2020).

¹³¹ Ver, Tom Ginsburg y Mila Versteeg, *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic* (Virginia: Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper, 2020), 31-32.

¹³² Ver, José Hernández, Coronavirus: ¿la Asamblea sirve o estorba?, 18 de abril 18 de 2020, Disponible en: <https://bit.ly/3fd4RKM>.

¹³³ Entrevista a Hernán Salgado. “La Asamblea Nacional debe ser proactiva y adaptar a régimen ordinario la normativa para enfrentar la pandemia”. Disponible en: <https://bit.ly/3nKeymR>.

¹³⁴ Artículo 226, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

gravedad y, perturbación social y económica¹³⁵, es importante mencionar que el virus llegó tarde a América Latina, en comparación con Asia y Europa. Por lo que, se tuvo la posibilidad de tener en cuenta experiencias vividas en otros países y estimar la adopción de medidas tempranas dirigidas a contener el virus¹³⁶. Incluso, para marzo, ya se contaba con recomendaciones de la OMS de cómo actuar¹³⁷. En sí, la llegada de la pandemia a Ecuador pudo ser razonablemente prevista lo que debió alertar al Estado para que, al menos, ponga en marcha políticas de enfrentamiento de la pandemia; no obstante, esto no sucedió.

Combatir la pandemia mediante el ordenamiento jurídico, ya sea ordinario o extraordinario, constituía un desafío. Sin embargo, mediante la adopción de medidas adecuadas era posible contenerlo¹³⁸ y, a criterio de la misma Corte, noventa días era más que suficiente para controlarlo¹³⁹. Las medidas estructurales y los cambios de políticas públicas deben canalizarse a través de mecanismos de normalidad ya que debe existir deliberación en el poder legislativo al momento de tomar decisiones¹⁴⁰.

Es fundamental establecer las desventajas que trae al Estado optar por aplicar medidas extraordinarias por largo tiempo sobre todo el territorio o en la mayor parte de él. Como se sabe, la declaratoria de un estado de excepción tiene “un efecto importante y grave sobre la economía del territorio, y puede llevar a la desaparición de fuentes de ingreso, pérdidas de trabajo, escasez de productos y, finalmente, recesión económica”¹⁴¹. Tampoco se pretende establecer que se debe dejar que el país siga el curso natural de los sucesos. Porque si bien, el no tomar medidas de ningún tipo minimizaría tal impacto económico, esto sería a un costo elevado sobre la salud y vida de personas. Por ende, el punto intermedio de ambas opciones es “optar por medidas de mitigación orientadas a reducir los efectos nocivos sobre la salud, sin recurrir a estrategias de profundo

¹³⁵ Ver, Organización Mundial de la Salud, “Actualización de la estrategia frente a la COVID-19”, 14 de abril del 2020, 2. Disponible en <https://bit.ly/2UDUTrU>.

¹³⁶ Ver, Armin von Bogdandy, Jesús María Casal & Mariela Morales Antoniazzi, *La resistencia del Estado Democrático de Derecho en América Latina frente a la pandemia de COVID-19*, 27.

¹³⁷ Ver, Armin von Bogdandy, y Pedro Villarreal “International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis”, *MPIL Research Paper No. 2020-07* (2020). Disponible en: <https://bit.ly/2UEwfHZ>.

¹³⁸ Ver, Tedros Adhanom Ghebreyesus, Declaraciones del Director General de la OMS, “WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19”. Disponible en: <https://bit.ly/35JzZOv>.

¹³⁹ Dictamen No. 3-20-EE/20, párr. 53.

¹⁴⁰ Ver, José Enrique Sotomayor Trelles “Hacer elecciones y tomar decisiones en tiempos de pandemia: un análisis desde la teoría de la justicia” en *Derecho de los Desastres: COVID-19* de Pontificia Universidad Católica del Perú, (Lima: 2020), 1087.

¹⁴¹ *Id.*

impacto económico”¹⁴². Según la teoría del *estadista informado*, “la mejor decisión se toma cuando se cuenta con la mejor información disponible, y ponderando o equilibrando las consecuencias positivas y negativas de las opciones decisorias en una sociedad democrática”¹⁴³.

Al ser el COVID-19 un virus con aptitud de permanencia, el mecanismo excepcional debió dirigirse a restablecer cuanto antes las competencias ordinarias con el fin de adoptar las medidas estructurales que permitan superar la crisis¹⁴⁴. Solo de esta forma se podía reivindicar el elemento de sorpresa que justifica el desbalance democrático temporal que se encuentra detrás de la finalidad de los estados de excepción. Al momento en que tal elemento sorpresa deja de existir o pierde tal carácter, lo que compete es profundizar el diálogo y cooperación entre todos los poderes del Estado para adoptar rápidamente, sin sacrificar la deliberación, las medidas estructurales que permitan superar una crisis estructural¹⁴⁵.

De allí se puede concluir que, no se trata de que los actuales mecanismos de excepcionalidad sean insuficientes para enfrentar una pandemia, sino de que se está exigiendo de la excepcionalidad algo para lo que no fue concebida. Declarar estados de excepción de manera intermitente y utilizarlos para tomar decisiones de manera improvisada es un método ineficaz ya que las medidas adoptadas sin deliberación usualmente adolecen de puntos ciegos que obstaculizan su efectividad¹⁴⁶.

El decretar la constitucionalidad de los estados de excepción que sobrepasan los límites constitucionalmente establecidos genera una nueva figura: un estado de extremísima excepción¹⁴⁷ a cargo del ejecutivo, lo cual sería muy peligroso en materia de derechos y democracia. Queda la duda sobre si el régimen excepcional no se utilizó atendiendo al principio *pro favor libertatis*¹⁴⁸, ya que en caso de oscuridad o duda, este principio debió prevalecer.

El ordenamiento jurídico ordinario pudo ser utilizado para enfrentar la pandemia luego del fin del primer estado de excepción de tal manera que, frente a la situación extraordinaria potencialmente extensible, se responda con legislación ordinaria que cambie la estructura del

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ Ver, Roberto Gargarella y Jorge Ernesto Roa Roa, “Diálogo democrático y emergencia en América Latina”, *MPIL Research Paper No. 2020-07* (2020), 10.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ Ver, Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, *Estado de extremísima excepción reconocido tácitamente en la constitución y su aplicación al sector privado*, (Quito: Nuevo Derecho, 2020).

¹⁴⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 001-10-SEE-CC, 13 de enero de 2010.

Estado. La idea es que a una situación permanente se le apliquen medidas ordinarias permanentes. En el caso de una pandemia, ¿bajo qué medidas en concreto? la Corte lo ha mencionado ya en sus dictámenes. Por ejemplo, la Constitución contiene disposiciones sobre la gestión de riesgos en los artículos 389 y 390 que se centran en utilizar el principio de descentralización subsidiaria para enfrentar emergencias¹⁴⁹.

Vinculado al principio de necesidad está el de territorialidad. Se utilizó el estado de excepción en todo el territorio bajo el supuesto de que se agrave la situación en zonas con semáforo verde, donde ya no era necesaria su vigencia¹⁵⁰. El régimen excepcional se expidió para situaciones eventuales o hipotéticas en lugares específicos sin verificar su real ocurrencia, desatendiendo así el límite territorial.

Por último, el problema central surge en torno a la interpretación que se da del límite temporal, es decir, si este es un parámetro absoluto o flexible. Para analizarlo se vuelve imprescindible establecer si el segundo estado de excepción dictado durante la pandemia constituyó una renovación del régimen vigente o si, por el contrario, constituyó la declaratoria de uno nuevo fundamentado en las mismas causales. Si constituye una renovación del régimen excepcional se está infringiendo el límite temporal impuesto en el artículo 166 de la Constitución. Por otra parte, si se trata de un nuevo estado de excepción, se está defraudando la misma norma¹⁵¹ debido a que se trata de utilizarla de tal forma que no parezca una renovación a pesar de ser decretado por la misma situación. En este caso, la Corte Constitucional, al determinar que la situación había cambiado desde que se decretó por primera vez un estado de excepción porque se pasó a una transmisión comunitaria, parece que se habla de un nuevo estado de excepción extraordinario bajo la misma causal, mas no una prórroga del mismo.

Tanto en el dictamen como en su voto salvado se establece que la Corte debe revertir el erróneo precedente¹⁵² que dejó la Corte Constitucional de Transición en la cual se determinó que se podía establecer un régimen excepcional superior al establecido por la norma constitucional siempre que “se demuestre que no existe otra alternativa menos gravosa”¹⁵³ y que solo se terminará dicho marco si las causas desaparecen¹⁵⁴. Esta interpretación pasada fue catalogada como un

¹⁴⁹ Dictamen No. 5-20-EE/20, párr. 40.

¹⁵⁰ *Id.*, Voto salvado, párr. 29.

¹⁵¹ *Id.*, Voto concurrente, Jueces Agustín Grijalva y Alí Lozada, párr. 7.7.2.

¹⁵² *Id.*, Voto concurrente, párr. 7.7.2.; Voto salvado, párr. 22.

¹⁵³ Sentencia No. 0003-09- SEE-CC, Corte Constitucional para el período de transición, 3 de septiembre del 2009.

¹⁵⁴ *Id.*

fraude a la Constitución ya que contradice directamente, y sin justificación jurídica, el límite temporal fijado por el texto constitucional. Sin embargo, la Corte se apoya de dos argumentos para fundamentar su dictamen favorable de constitucionalidad del decreto: i) la magnitud y gravedad de la pandemia y, ii) los nefastos resultados en la salud y vida de los ciudadanos si se levantan las medidas excepcionales.

Es importante precisar que, el límite temporal no se funda únicamente en el respeto a la literalidad de la Constitución —lo que de por sí constituye razón suficiente— sino también en el valor de la deliberación democrática al limitar la duración de la figura extraordinaria¹⁵⁵. Incluso, se tiene un tinte histórico político pues, en el 2007, la Corte Interamericana dispuso que el Ecuador debe, de manera especial, adecuar su legislación interna en materia de estados de emergencia y suspensión de derechos¹⁵⁶. Por esta razón, en 2008 se generó disposiciones constitucionales más estrictas para evitar “cualquier vicisitud o problema coyuntural”¹⁵⁷, mismas que ahora fueron inobservadas.

La Constitución debe interpretarse al tenor literal que más se ajuste al texto en su integralidad¹⁵⁸. Como se menciona en el voto salvado del Dictamen 3-20-EE/20, el justificar una nueva declaratoria de emergencia invocando la misma causal y con el fin de abordar idénticos hechos haría que el régimen de excepcionalidad dure indefinidamente¹⁵⁹. En la misma línea, se menciona que “no se puede ni se debe hacer coincidir el estado de excepción con la duración de la pandemia”¹⁶⁰, su finalidad es únicamente servir como herramienta que permita ganar tiempo para reorganizarse y reequilibrar la crisis, mas no para superarla ya que esto tomará un tiempo indefinido. El voto salvado plantea un parámetro absoluto del límite temporal, salvaguardando la integridad de la Constitución aplicando el diferimiento de los efectos de inconstitucionalidad, en donde sería la Corte quien determina el tiempo de duración del régimen excepcional y ya no el ejecutivo.

Parece ser que, la Corte Constitucional ve a la temporalidad como un parámetro flexible a pesar de la clara redacción del texto constitucional. Esto va en contra de “una interpretación literal,

¹⁵⁵ Voto concurrente, párr. 7.7.2.

¹⁵⁶ Ver, Caso Zambrano Vélez y otros c. Ecuador, párr, 152.

¹⁵⁷ Marco Elizalde Jalil, “Reflexiones Constitucionales en torno al estado de excepción por la pandemia del COVID-19 en el Ecuador” *El Derecho Constitucional ante el COVID-19* (2020), 144.

¹⁵⁸ Artículo 427, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁵⁹ Dictamen No. 3-20-EE/20, Voto salvado, párr. 13.

¹⁶⁰ *Id.*

integral y *favor libertatis* del texto constitucional”¹⁶¹. Lo más grave está en que la Corte no dejó establecidos elementos objetivos para determinar en qué casos el límite temporal podría ser flexibilizado¹⁶², lo que deja abierto a futuros problemas de aplicación de regímenes excepcionales frente a crisis permanentes.

6. Conclusiones

En tiempos de crisis, se vuelve indispensable el funcionamiento de las instituciones de control para proteger derechos y controlar excesos de poder. La emergencia sanitaria de ningún modo exige sacrificar la democracia. Las acciones que se tomen durante ella deben estar siempre dirigidas a robustecer el Estado de derecho para lograr enfrentar situaciones excepcionales permanentes con medidas ordinarias. La clave para evitar que la democracia y los derechos sufran vulneraciones, está en utilizar los mecanismos de control de poder: la real división de poderes, el apego a la legalidad, la existencia de un poder judicial independiente, un parlamento activo y, la continua libertad de prensa y opinión. Los mecanismos de *accountability*, con sus debilidades y fortalezas, cobran importancia en el contexto de la pandemia para evitar arbitrariedades.

Para que el COVID-19 no conduzca al abuso de poder, debe tomarse muy en serio el límite de temporalidad, ya que las medidas deben ser efímeras a fin de que se restablezca el pleno disfrute de los derechos tan pronto sea técnicamente posible.

El virus permitió ver que los Estados deben repensar, desde sus cimientos, sus instituciones debido a que, frente a estas crisis, se ven desbordadas. En Ecuador, la adicción a estados de excepción permanentes sigue vigente, lo que se ve claramente con el segundo estado de excepción decretado en junio. Situaciones como la pandemia seguirán ocurriendo en el futuro, por lo que es importante que la Corte Constitucional esté preparada y redireccione sus precedentes jurisprudenciales para asegurar que los estados de excepción sean utilizados conforme su finalidad y dentro de los límites estrictamente establecidos, sin flexibilizarlos, pues esto podría prestarse a vulneraciones de derechos y principios democráticos. Esto principalmente porque en Latinoamérica, bajo los regímenes excepcionales, frecuentemente se ha responsabilizado internacionalmente a los Estados por violar el artículo 27 de la Convención Americana, esto junto

¹⁶¹ Marco Elizalde Jalil, “Reflexiones Constitucionales en torno al estado de excepción por la pandemia del COVID-19 en el Ecuador”, 147.

¹⁶² *Id.*, 152.

con prácticas nocivas para los derechos humanos como ejecuciones arbitrarias y desapariciones forzadas.

No resultaría imprevisible que, en los siguientes meses, la situación respecto a la pandemia se agrave, como ya está sucediendo en otros países, por lo que es imprescindible que el Estado se prepare para una eventual segunda ola de contagios. El enfrentarlo con un nuevo régimen excepcional e imponer nuevas cuarentenas, no sería idóneo ya que esto tiene un gran impacto no solo en los derechos y libertades de los seres humanos, sino también en la economía, lo que desencadenaría a largo plazo mayores índices de pobreza¹⁶³. El Estado tiene varias medidas ordinarias a su disposición para afrontar el desastre del COVID-19, muchas de estas fueron recordadas por la Corte Constitucional en el Dictamen No. 5-20-EE/20, y existen otras que requieren un gran nivel de organización del Estado y un notable grado de compromiso de los ciudadanos. Por ejemplo, el realizar restricciones de movimiento localizado en los sectores con mayores contagios definitivamente es menos perjudicial para la economía y una vía alterna que no ha sido considerada.

Los desastres a lo largo de la historia de Ecuador dejan a la luz una realidad importante, se tiene un sistema reactivo e improvisado, el cual no cuenta con leyes que reduzcan el riesgo por desastres por lo que se vuelve central generar leyes que permitan prevenir dichos desastres y eliminar la dependencia de los estados de excepción ante cada crisis que surja.

Resulta tanto o más importante que lo mencionado, un cambio radical en la forma de concebir a los estados de emergencia, pues siguen surgiendo como la única respuesta posible ante cualquier crisis, sin valorar la oportunidad de enfrentarla con el marco ordinario, como si al hacerlo, automáticamente se resolvieran los problemas. En épocas de crisis, es donde mayor cuidado se debe tener en que lo transitorio no se transforme en definitivo, lo provisorio en constante, lo excepcional en permanente, en fin, cuidar en que la excepción no se convierta en la regla general.

¹⁶³ David Nabarro, The Week in 60 Minutes #6 - Andrew Neil and WHO COVID-19 envoy David Nabarro SpectatorTV. Disponible en <https://bit.ly/3pGAL6O>.