

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La aplicación del test de proporcionalidad en  
los Estados de Excepción frente al COVID-19**

**Juan Andrés Herrera Estrada**

**Jurisprudencia**

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

Quito, 28 de abril de 2023

## © 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: Juan Andrés Herrera Estrada

Código: 00208256

Cédula de identidad: 1725791956

Lugar y Fecha: 28 de abril de 2023

## 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 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## UNPUBLISHED DOCUMENT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. 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>.

# LA APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD DE EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN FRENTE A LA CRISIS SANITARIA POR COVID-19 <sup>1</sup>

## THE APPLICATION OF THE PROPORTIONALITY TEST IN STATES OF EMERGENCY IN THE FACE OF THE HEALTH CRISIS BY COVID-19

Juan Andrés Herrera Estrada<sup>2</sup>  
juan-andres881@hotmail.com

### RESUMEN

El test de proporcionalidad es un criterio a analizar en los estados de excepción, con el fin de evitar que este mecanismo extraordinario vulnere derechos. Además, para evitar un régimen abusivo por parte del ejecutivo se debe comprender el test de proporcionalidad. Históricamente, el Ecuador ha sido un país criticado por su uso inadecuado de estados de excepción. Por lo tanto, se investigará cómo fue utilizado los estados de excepción y si se contempló al test de proporcionalidad dentro del periodo pandémico generado por el virus COVID-19. Se analiza los dictámenes de constitucionalidad y el resultado del uso del test contemplando los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Se identifica el uso del test, pero se atenúa por el tiempo. De tal forma que, es imperante el estudio de esta figura para evitar un uso desproporcional de recursos extraordinarios, evitar un régimen abusivo y desarrollar mayor control de medidas intrusivas.

### PALABRAS CLAVE

Derecho constitucional, estado de excepción, test de proporcionalidad, idoneidad, necesidad.

### ABSTRACT

*The proportionality test is a model were analyzes the states of emergency, with the objective to avoid that this extraordinary mechanism violates rights. Also, in order to avoid an abusive regime from the executive it needs to comprehend the proportionality test. Ecuador it's a country that has been criticized about the inadequate use of states of emergency. Therefore, it will be investigated how the state of emergency has been used, and if it considers the proportionally test, during the pandemic caused by the virus COVID-19. It analyzes the constitutional opinions and the result of the use of the test considering the principles of necessity, adequacy, and proportionality. Discovering the use of the test but dimming throughout time. That is to say, is important the study of this figure in order to avoid an excessive use of extraordinary resources, prevent an abusive regime and develop a better control to intrusive measures.*

### KEY WORDS

*Constitutional law, state of emergency proportionally test, suitability, necessity.*

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Hugo Cahueñas

<sup>2</sup> © 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 con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO NORMATIVO.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. ESTADO DEL ARTE.- 5. ANTECEDENTES DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN.- 6. LA DECLARATORIA DE EXCEPCIÓN EN ECUADOR.- 6.1. PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR ESTADOS DE EXCEPCIÓN.- 7. CONTROL CONSTITUCIONAL.- 8. LÍMITES DE DERECHOS CON LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN .- 9. USO DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD.- 10. ANÁLISIS DE DECRETOS Y DICTÁMENES.- 10.1. DECRETO 1017.- 10.2. DECRETO 1074.- 10.3. DECRETO 1126.- 10.4. DECRETO 1109.- 10.5. DECRETO 1217.- 10.6. DECRETO 1291.- 11. CONCLUSIONES.- 11. RECOMENDACIONES.-

### 1. Introducción

En diciembre de 2019 se dio a conocer un brote de casos de una neumonía grave en la ciudad de Wuhan, China. Los estudios iniciales mostraron que se expandía rápidamente, elemento que se verificaría dentro del Ecuador en Marzo de 2020 cuando se detectaron los primeros casos del virus denominado Síndrome Agudo Respiratorio Severo, SARS<sup>3</sup>. Para enfrentar a mencionada circunstancia emergente, el Ecuador optó por tomar medidas excepcionales y decretar estado de excepción en correspondencia a la pandemia el 17 de marzo de 2020.

La declaratoria de excepción tiene un componente clave el cual es limitar derechos, por ende, debe estar bien regulada y controlada para no atentar a vulneraciones de derechos. Históricamente el Ecuador ha decretado gran variedad de estados de excepción; por ejemplo “[d]urante la presidencia de Rafael Correa hasta el 20 de octubre de 2008 se decretaron 48 estados de excepción”<sup>4</sup>, algo que en la actualidad parece ha tenido un rebrote. Los estados de excepción deben ser utilizados únicamente en situaciones emergentes e imprevistas, pero se ha podido evidenciar que no necesariamente ese ha sido el caso.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, en uno de sus informes anuales expuso que, “Ecuador tiene una larga historia de declaraciones de estados de emergencia, dictados para paliar problemas tanto sociales como económicos

---

<sup>3</sup> Francisco Javier Díaz, “SARS-CoV-2/COVID-19: el virus, la enfermedad y la pandemia” *BVSalud* 24 (2020) 183-185.

<sup>4</sup> Juan Pablo Aguilar, “Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción” p. 62.

[...]»<sup>5</sup>, demostrando que el uso de estados de excepción no ha sido el adecuado o ha cumplido con los estándares que la misma CIDH ha contemplado. Para evitar un uso desmedido de una herramienta intrusiva y limitadora como los estados de excepción se planteó la institución del test de proporcionalidad como una manera para controlarlo y evitar un uso irregular de la misma.

La presente investigación navegará sobre la comprensión del estado de excepción y su funcionamiento. También se estudiará al test de proporcionalidad con sus componentes y su debida aplicación. Por último, se analizará si esta herramienta fue utilizada dentro de los dictámenes de constitucionalidad de los decretos dictados en la pandemia por el coronavirus-19. En definitiva, en el presente trabajo se plantea analizar si se utiliza el test de proporcionalidad dentro del Ecuador, al momento de analizar un decreto de estado de excepción adoptado por el COVID-19.

## **2. Marco normativo:**

### **2.1. Normas internacionales:**

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, CADH, más allá de establecer los derechos y libertades fundamentales, también expone cómo éstos deben ser protegidos por los Estados parte. Con ello, la CADH establece obligaciones que los Estados tienen que cumplir para evitar cualquier tipo de vulneración. El artículo 27 de la CADH presenta una institución clave: los estados de excepción. Así, la CADH detalla la forma de suspender o limitar derechos. Además, la Convención explica que las medidas para suspender o limitar derechos no pueden ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho Internacional<sup>6</sup>.

Por otro lado, el artículo 29, explica que ninguna disposición de la Convención podrá ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho reconocido por las leyes de los Estados parte o con otra convención ratificada. De esta forma, este tratado internacional determina un blindaje a los derechos humanos frente a limitaciones y suspensiones<sup>7</sup>.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP, también es importante tenerlo en cuenta, puesto que establece directrices no solo para comprender

---

<sup>5</sup> Informe Anual- Situación de los derechos humanos en Ecuador, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 13 de abril de 2000.

<sup>6</sup> Artículo 27, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre 1969, ratificada por el Ecuador el 13 de agosto de 1984.

<sup>7</sup> Ver. Artículo 29 CADH.

una suspensión o límites a los derechos, sino también específica cómo debe comprenderse a los estados de excepción<sup>8</sup>. El PIDCP expone que se podrá tomar medidas estrictamente limitadas a las exigencias propias de la situación enfrentada<sup>9</sup>. Lo que implica que se debe efectuar un análisis de si la medida es apta para resolver determinado problema, observando así un carácter de proporcionalidad entre la medida adoptada y la situación emergente.

Adicionalmente, es importante incluir la opinión consultiva OC-9/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH, la cual se enfoca en las Garantías Judiciales en estados de emergencia. Específicamente, la Corte IDH se pronunció al respecto del alcance de la prohibición contenida en la CADH sobre la suspensión de garantías judiciales<sup>10</sup>. Referida Opinión Consultiva profundiza el alcance de la prohibición de suspender garantías judiciales, algo indispensable para la protección de derechos bajo una situación de emergencia<sup>11</sup>. Adicionalmente, la Corte IDH explica que, para poder limitar derechos debe existir una fundamentación detallada que motive la suspensión de derechos fundamentales<sup>12</sup>.

La Corte IDH expone la efectividad necesaria de los medios utilizados para suspender garantías, y explica que “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte”<sup>13</sup>, además expone que para que:

[...] el recurso exista no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos<sup>14</sup>.

Por lo tanto, nos explica la Opinión Consultiva que debe existir la consideración de principios para que los estados de excepción no se consideren abusivos.

## **2.2. Normas nacionales**

Dentro de la normativa nacional se encuentra, la Constitución de la República del Ecuador, CRE. En la sección cuarta, se expone la idea de limitar derechos a través de los estados de excepción; además, la Constitución brinda claridad en estándares mínimos

---

<sup>8</sup> Ver. Artículo 4, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP], Nueva York, 23 de marzo de 1976, ratificada por el Ecuador el 24 de enero de 1969.

<sup>9</sup> Ver. Artículo 4 PIDCP.

<sup>10</sup> Opinión Consultiva sobre Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, Corte IDH, OC-9/87, 6 de octubre de 1987, párr. 2.

<sup>11</sup> OC-9/87 párr. 22.

<sup>12</sup> OC-9/87 párr. 18.

<sup>13</sup> OC-9/87 párr. 24.

<sup>14</sup> OC-9/87 párr. 24.

que deben cumplir un decreto para que dicha acción sea efectiva<sup>15</sup>. Estos estándares o criterios para analizar si dicho decreto es adecuado, son referentes a la temporalidad, territorialidad, aplicabilidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad del decreto<sup>16</sup>.

De igual manera, en la Ley de Seguridad Pública y del Estado, LSPE<sup>17</sup>, se determinan directrices para comprender a los estados de excepción con distinto enfoque de lo que hace la misma CRE. Además, referida ley brinda un carácter importante al concepto de seguridad pública en su artículo tercero<sup>18</sup>; en su artículo 4, señala principios por los cuales se regirá la misma ley para un uso adecuado de un decreto de estado de excepción<sup>19</sup>.

Se establecen los principios como integralidad, complementariedad, necesidad, oportunidad e idoneidad, y especialmente el de proporcionalidad<sup>20</sup>, la cual se define en los siguientes términos, “las acciones [...] serán proporcionales a las necesidades de prevención y protección, y a la magnitud y trascendencia de los factores que atenten contra la seguridad de los habitantes y del Estado”<sup>21</sup>. En la LSPE se señala que el Estado está obligado a tomar acción de manera oportuna para la protección de los ciudadanos frente a situaciones que atenten su seguridad siguiendo los principios que presenta la mencionada Ley<sup>22</sup>.

Por último, la Ley de Garantías Judiciales y Control Constitucional, LOGJCC<sup>23</sup>, menciona los principios que deben tener las medidas adoptadas dentro de un estado de excepción. La LOGJCC también expone el control tanto formal como material que se debe realizarse a la declaratoria de excepción<sup>24</sup>. Esto brinda un control posterior al decreto, dando como resultado que las limitaciones o suspensiones cumplan con la Constitución y aplicando el test de proporcionalidad. Es decir, una vez ya declarado el estado de excepción, la Corte Constitucional, CC, cuenta con la posibilidad de declararla

---

<sup>15</sup> Constitución de la Republica del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

<sup>16</sup> Ver Artículos 164-166, Constitución de la República del Ecuador.

<sup>17</sup> Ley de Seguridad Pública y del Estado. R.O. Suplemento 35 de 28 de septiembre de 2009.

<sup>18</sup> Ver. Artículo 3, Ley de Seguridad Pública y del Estado [LSPE], Suplemento 35 de 28 de septiembre de 2009, reformado por última vez R.O. 19, 21 de junio de 2017.

<sup>19</sup> Ver. Artículo 4, LSPE.

<sup>20</sup> Ver. Artículo 4, LSPE.

<sup>21</sup> Artículo 4, literal d) , LSPE.

<sup>22</sup> Ver. Artículo 4, LSPE.

<sup>23</sup> Ver. Artículo 113, LOGJCC.

<sup>24</sup> Ver. Artículos 120-123, LOGJCC.



inconstitucional si se considera que no cumple con los requisitos expuestos en sus artículos 120,121,122 y 123 referentes al control material y formal<sup>25</sup>.

### 3. Marco teórico

Ferrajoli explica que la teoría garantista busca proteger derechos y libertades fundamentales de las personas a través de establecer garantías en el marco jurídico<sup>26</sup>. Desde esta perspectiva, Ferrajoli sostiene que el Estado debe actuar como garante de derechos humanos, asegurando que los mismos sean respetados no únicamente en la teoría, sino también en la práctica<sup>27</sup>. En este sentido, siguiendo lo explicado por el autor citado, se define al garantismo como un límite a los poderes del Estado para garantizar la seguridad de los derechos<sup>28</sup>.

Una forma para garantizar los límites al poder del Estado y además asegurar derechos, es el uso del test de proporcionalidad. Para entender al test de proporcionalidad se ha planteado dos teorías con respecto a la limitación de derechos fundamentales y la posibilidad de la aplicación del test.

Primero se encuentra la teoría de los límites internos que abarca la idea de que los derechos fundamentales se encuentran limitados desde la propia carta magna<sup>29</sup>. Esta teoría busca que no se necesite de ningún elemento externo de ponderación o delimitación, como lo haría el test de proporcionalidad<sup>30</sup>.

Tomas de Domingo Pérez<sup>31</sup>, en su obra, sostiene que la idea que brinda Robert Alexy, sobre la propuesta del test de proporcionalidad va en contra del neoconstitucionalismo<sup>32</sup>. Ya que Domínguez sostiene que los derechos fundamentales constituyen el núcleo de lo justo y, en consecuencia, el criterio básico de justicia de la comunidad política<sup>33</sup>. La teoría abarca entonces al neoconstitucionalismo y ataca el uso de entes externos para comprender si una medida de restricción de derechos es bien

---

<sup>25</sup> Ver. Artículos 120-123, LOGJCC.

<sup>26</sup> Luigi Ferrajoli, "Derecho y razón", *Editorial Trotta* (2001), 851-905.

<sup>27</sup> *Ibid*, p. 851-905.

<sup>28</sup> *Ibid*, p. 851-905.

<sup>29</sup> Tomás Domingo Pérez, "Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad", *Persona y derecho* 56 (2007), 246-280.

<sup>30</sup> Mauricio Maldonado "Límites y contenido esencial de los derechos" *Revista Derecho del Estado* 47 (2020), 80-87.

<sup>31</sup> Tomás Domingo Pérez, "Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad", (2007), 246-280.

<sup>32</sup> *Ibid*, p. 246-280.

<sup>33</sup> *Ibid*, p. 246-280.

utilizada o no<sup>34</sup>. Teniendo en cuenta que con el neoconstitucionalismo se propone la primacía de la Constitución por encima del resto de normas, Domínguez crítica explicando que el entendimiento de límites a los derechos fundamentales no debe ser en base a ninguna norma externa al mismo derecho fundamental<sup>35</sup>.

Adicionalmente, esta investigación incorpora la teoría de los límites externos<sup>36</sup>. Esta teoría considera que, para poder restringir los derechos fundamentales, se deberá responder no únicamente a los límites impuestos por ley, sino también a una situación externa<sup>37</sup>. En este sentido, Magdalena Correa Henao, explica que “la noción de límites sea externa o distinta del derecho y provenga de la necesidad”<sup>38</sup>. Es decir que los límites no deben partir únicamente por lo plasmado en normas o en la Constitución, sino también de principios como necesidad, idoneidad y proporcionalidad, por ende, la aplicación del test es compatible siguiendo mencionada teoría.

#### 4. Estado del Arte

Existe una gran variedad de trabajos referente a los estados de excepción y el uso del test de proporcionalidad como control a ellos. Se puede encontrar un margen amplio de autores que desarrollen ideas importantes para comprender no solamente la norma sino, el comportamiento de las instituciones mencionadas y relacionadas.

Un primer autor importante que se debe incluir en este análisis es Juan José Solozábal<sup>39</sup>, cuyo enfoque ha expresado la necesidad del respeto a los derechos humanos. Uno de los aspectos que más ha profundizado Solozábal tiene que ver con la suspensión de derechos y sus consecuencias<sup>40</sup>. Comprende la figura del estado de excepción y que, cumpliendo con ciertos requisitos, se podrán suspender o limitar derechos.

El enfoque de Solozábal plantea que toda limitación debe ser ‘estrictamente necesaria’ y debe seguir rigurosamente los principios de proporcionalidad<sup>41</sup>. Es decir que toda restricción debe alcanzar un objetivo legítimo y, además debe contemplar los

---

<sup>34</sup> Tomás Domingo Pérez, “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad”, (2007), 246-280.

<sup>35</sup> *Ibid.* p. 246-280.

<sup>36</sup> Mauricio Maldonado “Límites y contenido esencial de los derechos” (2020), 80-87.

<sup>37</sup> Magdalena Correa Henao, “La limitación de los Derechos fundamentales”, *instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita* (2003), 69.

<sup>38</sup> *Ibid.* p. 69.

<sup>39</sup> Juan José Solozábal, “Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* 71 (1991), 87-107.

<sup>40</sup> Juan José Solozábal, “Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales”, (1991), 87-107.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 87-107.

principios mencionados<sup>42</sup>. También Robert Alexy ha desarrollado la temática relacionada con el estado de excepción sobre el test de proporcionalidad, tema de vital importancia para la presente investigación<sup>43</sup>. Alexy propone una manera de evaluar la justificación y proporcionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales; además, plantea la importancia de comprender a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad para un uso apropiado del test<sup>44</sup>. Su tesis no únicamente se desarrolla en la idea de suspensión por estados de excepción, sino cualquier tipo de suspensión frente a cualquier decisión judicial, acto administrativo o, como el objeto de este trabajo, decretos presidenciales<sup>45</sup>. Alexy será clave para poder analizar los decretos y dictámenes de la presente investigación por su aporte a los conceptos de proporcionalidad, necesidad e idoneidad.

Rafael Oyarte<sup>46</sup> explica los estados de excepción y los límites a los derechos que conlleva la declaratoria de excepción. Oyarte analiza a los estados de excepción en su totalidad, y será fundamental para la presente investigación por su aporte sobre el funcionamiento de declaratorias de excepción, y de la importancia de tener presentes a principios como la proporcionalidad, idoneidad y necesidad, caracteres del test de proporcionalidad<sup>47</sup>.

## 5. Antecedentes del Estado de Excepción

Primero es importante comprender al mismo estado de excepción, la naturaleza de esta institución y su implicación a los límites de derechos fundamentales de los ciudadanos. Históricamente nacen de una Constitución rígida, en la que los conceptos de libertad y derechos eran distintos. Se buscaba la limitación de derechos en momentos imprevistos y excepcionales<sup>48</sup>.

Bobbio explica que, durante la dictadura romana se brindaba poderes absolutos a un Cónsul romano por un tiempo limitado, con el fin de poder enfrentar las situaciones

---

<sup>42</sup> Juan José Solozábal, “Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales”, (1991), 87-107.

<sup>43</sup> Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales” *Centro de estudios Políticos y Constitucionales*, (1993) 157-172.

<sup>44</sup> *Ibid*, p. 157-172.

<sup>45</sup> *Ibid*, p. 157-172.

<sup>46</sup> Rafael Oyarte, “Derecho Constitucional” *Corporación de estudios y publicaciones 2*, (2016) 541-581

<sup>47</sup> *Ibid*, p. 541-581.

<sup>48</sup> Héctor Fix-Zamudio, “Los estados de excepción y la defensa de la constitución” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado 111* (2004) 801-805.

adversas en que se encontraba el imperio en cierto período<sup>49</sup>. Mismo poder se consideraba externo al derecho, y su limitación era igualmente externa<sup>50</sup>.

Luego, en 1808, se dicta en España el Estatuto de Bayona, que construye la idea de la institución de estado de emergencia y afianza los caracteres que corresponden a esta con el fin de guiar a los estados de excepción y evitar los lineamientos romanos que podían observarse como abusivos<sup>51</sup>. El contexto en el cual se afianzaba la idea de estado de excepción era para enfrentar situaciones bélicas y por ello medidas intrusivas para evitar la caída de la cabeza de Estado<sup>52</sup>. La idea de estados de excepción bajo otras circunstancias era peculiar, pero con el desarrollo tecnológico y cultural, han aparecido nuevas situaciones imprevistas más allá de guerras o conmociones bélicas. En el Ecuador, los estados de excepción buscan poder encontrar medidas ordinarias para retornar a un estado de ‘normalidad’<sup>53</sup>.

## **6. La Declaratoria de excepción en Ecuador**

Los decretos de estados de excepción son una respuesta importante para situaciones imprevistas y extraordinarias, pero debe ser utilizado como último recurso<sup>54</sup>. Solo cuando ninguna otra política pública o mecanismo pertinente, pueda solventar la situación a enfrentar<sup>55</sup>. Cuando no sea de esta manera, se vuelve directamente una herramienta para el abuso de poder por parte de la autoridad del Estado<sup>56</sup>. En este sentido, más allá de la normativa implementada en dicho Estado o instrumentos internacionales ratificados, debería existir un procedimiento de control al uso de estados de excepción, que en principio parecería que existe dentro del Ecuador.

Ahora, el presidente de la República es la autoridad competente para declarar un estado de excepción, conforme lo expone el art. 164 de la CRE<sup>57</sup> lo cual, según Oyarte, “no solo quiere decir que solo él lo puede decretar, sino que no requiere autorizaciones

---

<sup>49</sup> Norberto Bobbio, “El futuro de la democracia”, *Fondo de Cultura Económica*, (1986) 23

<sup>50</sup> *Ibid*, p. 23.

<sup>51</sup> Juan José Solozábal, “Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales”, (1991), 87-107.

<sup>52</sup> Ignacio Fernández Sarasola, “La primera Constitución española: el Estatuto de Bayona” *Revista de Derecho*, 26 (2006), 91-100.

<sup>53</sup> Ver Artículo 165.8, CRE.

<sup>54</sup> Richard Tuck, “The Sleeping Sovereign: The Invention of Modern Democracy” *MA: Harvard University Press* (2016), 27.

<sup>55</sup> Rafael Oyarte, “Derecho Constitucional”, (2016) 541-581.

<sup>56</sup> *Ibid*, p. 541-581.

<sup>57</sup> Ver Artículo 164, CRE.

para hacerlo, y además es exclusivamente el jefe de Estado quien decide qué facultades extraordinarias asume y qué derechos y libertades se suspenden o limitan”<sup>58</sup>.

Con anteriores constituciones, el presidente debía presentar el decreto primero y otras funciones realizaban un control para su aprobación. Lo cual, dentro de la actual CRE, ya no es necesario debido a que se contempla que un estado de excepción es para enfrentar una situación adversa emergente, por lo cual se requiere un actuar sin demora<sup>59</sup>.

El contenido del decreto de estado de excepción debe contemplar tanto los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad; como regirse estrictamente a lo que expone el artículo 164 de la CRE sobre la “legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad”<sup>60</sup>.

El presidente, después de decretar motivadamente y basándose en la CRE, procede a notificar la declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, AN; a la CC; y de ser el caso, a los organismos internacionales que corresponda<sup>61</sup>. En donde los órganos en mención realizan un control tanto legislativo como constitucional.

Más allá de contemplar la idea de estados de excepción, debe existir una regulación a su uso. Un control con el fin de que no se vuelva un mecanismo para desarrollar un poder abusivo del soberano, mantener la naturaleza de la institucionalidad y lograr apoyar efectivamente al Estado frente a situaciones adversas que pueden ser de lata complejidad.

### **6.1.Procedimiento para declarar estados de excepción**

Para dictar un estado de excepción, debe seguirse un procedimiento específico para que una medida no cause vulneraciones<sup>62</sup>. El decreto tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días, y considerando las causas que lo motivaron, podrá renovarse hasta treinta días más lo cual deberá notificarse. Si el presidente no renueva o notifica, se entenderá como caducado al decreto<sup>63</sup>.

El presidente debe notificar de inmediato la terminación del estado de excepción al cumplir los plazos determinados en el decreto y, remitir un informe hacia los mismos órganos que se comunicó la declaratoria de excepción<sup>64</sup>. Además, las medidas adoptadas en un estado de excepción son de responsabilidad de quien ha ordenado y ejecutado

---

<sup>58</sup> Rafael Oyarte, “Derecho Constitucional” (2016) 574.

<sup>59</sup> *Ibid*, p. 574.

<sup>60</sup> Artículo 164, CRE.

<sup>61</sup> *Ver* Artículo 166, CRE.

<sup>62</sup> *Ver*. Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales” (1993) 157-172.

<sup>63</sup> Rafael Oyarte, “Derecho Constitucional” (2016) 574.

<sup>64</sup> *Ibid*, p. 574.

conforme al artículo 166 de la CRE<sup>65</sup>. Lo cual permite que al analizar si una medida fue utilizada indebidamente, poder responsabilizar al funcionario quien ejecuto la medida y no solo al Estado<sup>66</sup>.

Si se supera la contingencia y el jefe de Estado no ha dado por terminado el estado de excepción, el decreto podría ser revocado por la Asamblea Nacional, sin perjuicio que la CC declare eventualmente su inconstitucionalidad<sup>67</sup>. Teniendo presente que existe un control de constitucionalidad como parte del procedimiento que debe seguir los decretos de estado de excepción, se debe aplicar dentro de este control, al test de proporcionalidad.

## **7. Control constitucional**

La Constitución del 2008 incorpora el control obligatorio posterior de constitucionalidad de los decretos de estado de excepción. Se regula su control en la LOGJCC, en su artículo 119 que expone, “El control constitucional de los estados de excepción tiene por objeto garantizar el disfrute pleno de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos”<sup>68</sup>. Dentro del control de constitucionalidad, también se analizará si se cumple con distintos requisitos como parte de un ‘control formal’, los cuales serían los siguientes: La identificación de los hechos y de la causal constitucional que se invoca; justificación de la declaratoria; un ámbito territorial y temporal; los derechos que se limitarán; y las notificaciones acorde a la Constitución<sup>69</sup>.

Además, se realizará concomitantemente un control material en donde se brinda distintos requisitos que debe cumplir el decreto<sup>70</sup>. El artículo mencionado expresa que “se verificará al menos lo siguiente”<sup>71</sup>, dando a entender que, a discreción de la CC, podrá analizarse otros criterios que la misma considere pertinente. Parte de los criterios que expone son: que los hechos alegados en la motivación hayan tenido real ocurrencia; que se configure dentro de las causales establecidas en la Constitución; que los hechos constitutivos no puedan ser superados a través del régimen constitucional ordinario; y por

---

<sup>65</sup> Ver Artículo 166, CRE.

<sup>66</sup> Rafael Oyarte, “Derecho Constitucional” (2016) 574.

<sup>67</sup> *Ibid*, p. 574

<sup>68</sup> Ver. Artículo 119, LOGJCC.

<sup>69</sup> Ver. Artículo 120, LOGJCC.

<sup>70</sup> Ver. Artículo 121, LOGJCC.

<sup>71</sup> Ver. Artículo 121, LOGJCC.

último, que se decreta dentro de los límites temporales y espaciales establecidos nuevamente por la Constitución<sup>72</sup>.

El control de constitucionalidad también engloba el análisis de las medidas, en donde por primera vez se puede observar al test de proporcionalidad. Que como se pudo evidenciar dentro del control material de la declaratoria, también podría ser utilizado por la discrecionalidad del artículo de “se verificará al menos lo siguiente”<sup>73</sup>, lo que podría suponer que, de ser el caso, se podría aplicar dicho test en la misma declaratoria y no solo en las medidas utilizadas.

En el artículo 123 se analiza materialmente las medidas dictadas por un estado de excepción. Referido artículo expone que las medidas deben ser necesarias para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria, que sean idóneas para enfrentar los hechos, y que sea proporcional al hecho que dio lugar a la declaratoria<sup>74</sup>.

## **8. Límites de derechos con los estados de excepción**

Al responder una situación adversa e imprevisible, los estados de excepción tienen una finalidad clara, utilizar un mecanismo extraordinario que permite tomar medidas fuera de lo común para regresar al Estado a un periodo de ‘normalidad’<sup>75</sup>. La situación que lo convierte en una herramienta complicada para su uso será la limitación a derechos que contiene dicho mecanismo. Toda limitación deberá ser contemplada en el ordenamiento o tener su propia normativa que regule dicha institución. No solo ello, deberá tener en cuenta a los instrumentos internacionales de derechos humanos que permiten limitarlos de manera taxativa<sup>76</sup>.

Alexy manifiesta que los derechos fundamentales pueden ser limitados sólo si es necesario para proteger otros derechos fundamentales o bienes constitucionales<sup>77</sup>. Lo que menciona Alexy es la importancia de seguir un objetivo legítimo para poder limitar derechos<sup>78</sup>. Además, el autor, incorporó ciertos caracteres para asegurar que las

---

<sup>72</sup> Ver. Artículo 121,4, LOGJCC.

<sup>73</sup> Ver. Artículo 121, LOGJCC.

<sup>74</sup> Ver. Artículo 123, LOGJCC.

<sup>75</sup> Maximiliano Prado, "Limitación de los Derechos Humanos. Algunas Consideraciones Teóricas." *Revista Chilena de Derecho* 34 (2007), 31.

<sup>76</sup> *Ibid.* p. 31.

<sup>77</sup> Robert Alexy, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 11 (2009), 3-14.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 3-14

limitaciones que se hagan sean ‘proporcionales’ y con ello evitar lineamientos abusivos que podrían observarse con un uso desorientado de los estados de excepción,<sup>79</sup>.

Según Alexy, las limitaciones a los derechos fundamentales sólo pueden ser legítimas si se cumplen los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>80</sup>. Primero, el requisito de necesidad debe entenderse como lo que debe ser justificado únicamente cuando se hayan agotado todas las medidas ordinarias, o que los medios ordinarios no fuesen suficientes para solventar lo ocurrido. También se busca que el medio no sea, en lo posible, restrictivo; o que sea el menos restrictivo de entre todos los mecanismos aplicables. Se busca entonces que:

[...]una regulación (sea esta legislativa o judicial) optimice los medios: que los legisladores y los jueces, en su caso, no se limiten a comprobar que el medio elegido pueda lograr el fin previsto – que no escojan cualquier medio– sino que elijan uno que represente, en la medida de las posibilidades, el mejor de los medios igualmente eficaces (el que menos sacrificios suponga dentro de las circunstancias determinadas)<sup>81</sup>.

El requisito de necesidad no es un requisito independiente como podría inferirse, en realidad, cuando se analiza los estados de excepción deben comprenderse a los requisitos atados entre ellos. Además Alexy, plantea la idea de que una situación puede mejorarse sin originar alguna desventaja, ese criterio debe seguirse para comprender la necesidad de un acto<sup>82</sup>. Es decir, no podrá emplearse un recurso excepcional, teniendo recursos ordinarios primero por utilizarse; de lo contrario, los estados de excepción o sus variantes, podrían recaer en un régimen abusivo<sup>83</sup>.

El requisito de idoneidad, siguiendo lo expuesto por García de Enterría, significa que las medidas adoptadas en el estado de excepción deben ser efectivas para hacer frente a la amenaza y deben tener una relación lógica con el objetivo que se persigue<sup>84</sup>. Para ser idóneo, debe ser efectivo y tener una conexión directa con el objetivo perseguido de las medidas. Por ende, si las medidas utilizadas no contemplan una relación directa con los hechos sobrevinientes, se podrá inferir que no se habrá cumplido con el requisito de idoneidad.

Finalmente, el carácter de proporcionalidad es el más cuestionado hasta la actualidad, puesto que se critica que ninguna situación emergente imprevisible podría observarse objetivamente como proporcional a una medida que suspenda derechos

---

<sup>79</sup> Robert Alexy, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", (2009) 3-14.

<sup>80</sup> Robert Alexy, "Constitutional Tights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris* 16 (2003) 131-140.

<sup>81</sup> Mauricio Maldonado M, "Límites y contenido esencial de los derechos" (2020) p. 92.

<sup>82</sup> Robert Alexy, "Constitutional Tights, Balancing, and Rationality", (2003) 131-140.

<sup>83</sup> *Ibid.* p. 131-140.

<sup>84</sup> García de Enterría, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional* 6, (1982), 335-348.



fundamentales<sup>85</sup>. La proporcionalidad se comprenderá en su sentido estricto, es decir, debe existir una relación razonable entre la intensidad de la restricción y la importancia del objetivo que se persigue<sup>86</sup>.

El requisito de proporcionalidad en sentido estricto busca encontrar un enlace directo del objetivo legítimo y la medida utilizada<sup>87</sup>. De acuerdo con Isabel Prieto<sup>88</sup>, en la proporcionalidad se analiza que exista un balance entre las ventajas y los perjuicios que se generan cuando se limita un derecho con la finalidad de proteger otro o un bien constitucional.

## 9. Aplicación del test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad ha sido objeto de distintas teorías dado que contiene términos que no han sido de agrado para todos los teóricos; consecuentemente, se crearon distintas formas de comprender al test y de cómo aplicarlo.

En términos generales, la finalidad del test es realizar un análisis al uso de estados de excepción, para evitar arbitrariedad, y se busca dar ciertos requisitos a cumplir para considerar a un decreto de estado de excepción como adecuado<sup>89</sup>. Teniendo en cuenta el contexto por el cual los estados de excepción son utilizados, la palabra ‘adecuada’ o ‘sostenible’ son las que caracterizan a la declaratoria para percibir las correctas<sup>90</sup>. Sostenible se entiende como todo acto que pueda ser llevado de manera consecuente por un periodo de tiempo y que no se vea abusivo, inmanejable o arbitrario<sup>91</sup>. Dentro de la teoría de los límites externos, Rubén Sánchez Gil<sup>92</sup> explica que puede ser entendido al test de proporcionalidad como una serie de pautas metodológicas o como un principio íntegro del derecho<sup>93</sup>.

---

<sup>85</sup> Alejandro Raul Mogroviejo et al., “Aplicación del Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador” *Institutia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*. 8 (2020) 92-115 .

<sup>86</sup> Juan José Solozábal, “Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales”, (1991), 87-109.

<sup>87</sup> Isabel Perello, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional” *Jueces para la democracia*, 28, (1997) 69-75.

<sup>88</sup> *Ibid.* p. 69-75.

<sup>89</sup> Robert Alexy, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", (2009), 3-14.

<sup>90</sup> Angelica Burga, “La aplicación del principio de proporcionalidad como criterio de control a los límites o restricciones permitidos a los derechos fundamentales” (Tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2021) 133-143.

<sup>91</sup> Paola Alexandra Abad, “Estado de excepción y suspensión de derechos constitucionales durante la pandemia de la Covid-19 en el Ecuador”, (Tesis de maestría, Universidad del Azuay, 2022) 121, <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/11757/1/17285.pdf>

<sup>92</sup> Rubén Sánchez Gil, “El principio de proporcionalidad” *CEDH* 1 (2008) 239-252.

<sup>93</sup> Robert Alexy, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", (2009), 3-14.

El test de proporcionalidad como un principio general o íntegro del derecho, brinda la capacidad de un desarrollo a la comprensión de proporcionalidad y genera una conceptualización sobre dicho término que pueda ser utilizado ante cualquier situación que necesite del concepto de proporcionalidad<sup>94</sup>. También expone que, para llegar a determinada conceptualización, dependerá primero de la interpretación jurídica que le otorgue un tribunal o corte y que esto podría generar discordia entre los teóricos referentes<sup>95</sup>.

Un factor positivo de la presente teoría es que se buscaría darle una conceptualización general a la proporcionalidad, algo que no se ha logrado precisar, lo cual evidenciaría un avance claro en el Derecho. Por otro lado, al intentar darle una conceptualización con una aceptación de la comunidad de manera unánime, podría perderse otro componente clave a los límites externos, el analizar los límites de derechos caso por caso<sup>96</sup>. Parte de las críticas que brinda Alexy a esta teoría es que la proporcionalidad debe tener un estándar de entendimiento, pero con un concepto definido, la interpretación casuística para la suspensión de derechos sería innecesario y se buscaría aplicación general del principio, algo que impediría encontrar distintas soluciones ante distintas problemáticas<sup>97</sup>.

De igual manera, al test de proporcionalidad se lo puede comprender como una serie de pautas metodológicas<sup>98</sup>. En el cual se analiza a manera de listado, si se cumple con los caracteres formales y materiales para que una declaratoria de excepción, sea constitucional. Esta tesis tiene el fin de proveer con un esquema de cumplimiento, y que, al observar un uso excesivo de una medida, poder detectar en qué momento del análisis se erró<sup>99</sup>. Dentro de las pautas metodológicas se ve a cada principio como único y que requiere de un cumplimiento independiente, lo que significa que se debe comprender a la proporcionalidad no solo como el método de análisis, pero también como uno de los criterios que debe analizarse en el test.

El Ecuador tiene claro procedimentalmente que debe existir un método para percibir si un estado de excepción debe ser utilizado y bajo qué circunstancias puede ser comprendido. Para la explicación del test será necesario entender a la proporcionalidad

---

<sup>94</sup> Robert Alexy, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", (2009), 3-14.

<sup>95</sup> *Ibid*, p. 3-14.

<sup>96</sup> *Ibid*, p. 3-14.

<sup>97</sup> *Ibid*, p. 3-14.

<sup>98</sup> *Ibid*, p. 3-14.

<sup>99</sup> Magdalena Correa Henao, "La limitación de los Derechos fundamentales" (2003).

en este sentido estricto. El cual significa que las ventajas que se obtengan mediante la intervención a los derechos fundamentales directamente deben compensar a los sacrificios que implica la situación expuesta para la sociedad en general<sup>100</sup>.

Se trata de acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida restrictiva en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y el perjuicio que dicha medida ocasiona respecto al ejercicio de un derecho o la satisfacción de otro bien o valor constitucional<sup>101</sup>.

Ahora, no solo ello, Alexy igual menciona que existen tipos de intervenciones: grave, media o leve; por lo mismo debe existir un margen de satisfacción: elevado, medio o débil<sup>102</sup>. De esta manera se puede hacer un análisis entre las intervenciones, con el resultado expuesto de ellas. Esta escala, ya ha sido utilizada por países con sistemas similares a los nuestros, como por ejemplo en Perú, en su sentencia 0072-2004-AA/TC, se analiza dicho criterio y se aplica un cuadro emparejando ambas escalas para denotar si alguna de las medidas que se utilizaron son invasivas y encontrar si se erró en el uso del test de proporcionalidad<sup>103</sup>.

Con ello, sin adentrar en el fondo mismo de la sentencia, es interesante el comprender el sentido estricto que le brinda el Tribunal Constitucional Peruano para la resolución de casos. Se cuestionó las medidas excepcionales interpuestas y pudieron exponer que la exigencia de proporcionalidad implica que el contenido del derecho fundamental afectado debe ser directamente proporcional con el objetivo. Igual explica que puede ser analizado de manera objetiva los principios de necesidad, idoneidad y proporcional, con el fin de conocer si una medida tuvo un equilibrio razonable con las escalas que ellos proponen siguiendo las teorías de Alexy<sup>104</sup>.

Si se analiza la medida con anterioridad y se ve primero con el nivel de satisfacción que se encontraría con el uso de estado de excepción, la vulneración por muy grave que sea se garantizará de manera teórica que la satisfacción sea elevada y si se cumple con los requisitos también mencionados. De lo contrario, siendo un test o una

---

<sup>100</sup> Moisés Pablo Mariscal Rivera, “Aplicación del Test de Proporcionalidad en la argumentación de las resoluciones judiciales” *Revista Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno* 4 (2019) p, 153-172.

<sup>101</sup> Zavaleta Rodríguez, “La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica” *Editorial Grijley*, (2015) 276-277.

<sup>102</sup> Moisés Pablo Mariscal Rivera, “Aplicación del Test de Proporcionalidad en la argumentación de las resoluciones judiciales” (2019) p, 153-172.

<sup>103</sup> *Ibid*, p. 153-172.

<sup>104</sup> *Ibid*, p. 153-172.

escala utilizada de manera posterior, se mantiene el mismo problema de un uso desorientado de una institución intrusiva como lo es el estado de excepción<sup>105</sup>.

Ahora, el test de proporcionalidad sirve, en teoría, de manera de examen al uso de un mecanismo intrusivo o que atente con la suspensión o limitación de derechos fundamentales como el estado de excepción. La declaratoria de excepción se debe interponer un examen de tres etapas, una en donde se analice la necesidad del uso de dicho mecanismo, una segunda etapa, sobre la idoneidad o adecuación del recurso y por último la proporcionalidad de la herramienta<sup>106</sup>.

En el Ecuador, no solo se contempla tres etapas de análisis. Con la CRE se quitó el control previo a los decretos por la búsqueda de un mecanismo casi inmediato ante una situación emergente<sup>107</sup>. Lo cual, ha llevado que el control posterior a las medidas o al decreto deba hacerse tan rápido como se pueda, lo cual podría acarrear que las decisiones sobre el control del decreto no sean las más adecuadas o sigan de manera puntual lo exigido por las normas referente al control constitucional de un decreto de estado de excepción. La Corte Constitucional realizó un gran trabajo frente a una gran cantidad de declaratorias de excepción, en un momento crítico como lo fue la pandemia por COVID-19. Aun así, por la necesidad de un análisis célere se pudo haber pasado por alto ciertos requisitos del test de proporcionalidad fundamentales.

## **10. Análisis de decretos y dictámenes por el COVID 19**

Ahora, con el preámbulo de que dentro del Ecuador existe un uso del test de proporcionalidad evidenciado en la LOGJCC con respecto a las medidas dentro del decreto, y la posibilidad de su uso a la misma declaratoria. Se analizará a continuación ciertos decretos tanto aceptados como rechazados por la CC y se expondrá los criterios utilizados para dichas admisiones o rechazos.

El surgimiento de la enfermedad por el virus COVID-19, causado por el síndrome respiratorio agudo severo tipo-2, fue declarado como pandemia en marzo de 2020, una situación imprevista también para el Estado ecuatoriano que, con el fin de disminuir el impacto de dicha enfermedad, tomó medidas al respecto<sup>108</sup>. Los estados de

---

<sup>105</sup> Moisés Pablo Mariscal Rivera, “Aplicación del Test de Proporcionalidad en la argumentación de las resoluciones judiciales” (2019) 155-166.

<sup>106</sup> *Ibid*, p. 153-172.

<sup>107</sup> Rafael Oyarte, “Derecho Constitucional” (2016) 574.

<sup>108</sup> Francisco Javier Díaz, “SARS-CoV-2/COVID-19: el virus, la enfermedad y la pandemia” (2020) 183-185.

excepción fueron la respuesta inmediata para contrarrestar la propagación de la enfermedad dentro del Ecuador.

Por lo que, a continuación, se analizará ciertos decretos de estados de excepción, su control constitucional y se explicará si se hizo uso del test de proporcionalidad debidamente dentro de cada análisis de la corte.

### **10.1. Decreto 1017**

Frente a una situación inesperada, el Estado ecuatoriano después de contemplar otras figuras, se consideró que el estado de excepción sería la medida adecuada para la situación correspondiente. Teniendo en cuenta que es una enfermedad con un gran índice de contagio, la libertad de tránsito, movilidad, asociación y reunión fueron restringidas<sup>109</sup>.

El decreto No. 1017 tenía como finalidad el mantener una cuarentena comunitaria, evitar la propagación de una enfermedad nueva del cual se necesitaban estudios para poder contrarrestarla. Pero hasta encontrar respuestas, se buscó una manera de proteger a los ciudadanos y limitar ciertos aspectos de la vida cotidiana hasta poder hacerle frente al COVID-19<sup>110</sup>.

Dentro del decreto se dispuso el asilamiento preventivo obligatorio debido a la propagación del coronavirus y también por la declaratoria de pandemia de COVID-19 por parte de la Organización Mundial de la Salud, OMS. Con el fin de garantizar que se cumplan las medidas, se dispuso que la Policía Nacional, Fuerzas Armadas, Ministerio de Salud Pública, MSP, y el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias, SNGRE, coordinen esfuerzos con el fin de reestablecer el ‘orden público’. Se suspendió el ejercicio de libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, debido a la fácil propagación del virus. De igual manera se dispuso toque de queda a partir del día 17 de marzo de 2020<sup>111</sup>.

Con ello las principales disposiciones del decreto deberá atravesar un control constitucional y legal, pero por el interés del presente trabajo, se analizará únicamente al control constitucional reflejado en sus dictámenes. Correspondiente al decreto 1017, se emite dictamen por la Corte Constitucional con No. 1-20-EE/20<sup>112</sup>, en donde se analizó al decreto y se explica la constitucionalidad de este. Primero, se describe que la pandemia

---

<sup>109</sup> Decreto Ejecutivo 1017, Presidencia de la República [por medio del cual se establece Estado de Excepción fundamentado por la pandemia Covid-19] Registro Oficial 163 de 16 de marzo de 2020.

<sup>110</sup> Decreto Ejecutivo 1017, Presidencia de la República.

<sup>111</sup> Decreto Ejecutivo 1017, Presidencia de la República.

<sup>112</sup> Dictamen 1-20-EE/20, Corte Constitucional [Respecto el Decreto Ejecutivo 1017] 19 de marzo 2020.

es una circunstancia extraordinaria que supera las alternativas ordinarias de intervención para combatir la propagación del coronavirus.

Luego, la CC sigue los parámetros del artículo 120 de la LOGJCC analizando su numeral primero referente a la identificación de los hechos. Con ello, la CC expone que teniendo en cuenta lo mencionado por la OMS, y que los hechos no pueden ser subsanados por mecanismos ordinarios, debe considerarse acorde a lo establecido en la LOGJCC<sup>113</sup>. Con respecto a la justificación de la declaratoria, la justificación jurídica se basó en los artículos 164,165 y 166 sobre estados de excepción de la CRE<sup>114</sup>, y el artículo 29 de la LSPE<sup>115</sup>, sobre la declaratoria de excepción, y se consideró que cumple con los mencionados artículos y no necesitó mayor análisis. Además, la CC considera que el decreto justifica debidamente su necesidad. Se detalla que, como consecuencia de la pandemia, se reportaron más de doscientos cincuenta mil personas afectadas a nivel mundial<sup>116</sup>, lo que se consideró clave para la determinación de necesidad de la medida. También examinan si se hace mención al ámbito territorial, temporal de la declaración, los derechos susceptibles a limitación, y si se cumplió con el procedimiento de notificación debido.

Después, se realiza el control formal y material, en donde se observó que los hechos alegados tenían una real ocurrencia; que los hechos ocurridos configuran una de las causales contempladas, en este caso calamidad pública. También, se señala que los recursos ordinarios no son suficientes para enfrentar a dicha situación; y que por último la declaratoria cumpla con los límites temporales y espaciales de la Constitución. Con ello, es importante denotar que la CC analizó requisito uno por uno, y consideró que se cumplió con todos ellos. Además, se explicó cómo debe entenderse a calamidad pública y por ende comprender a la pandemia como tal: “(i) la presencia de una situación catastrófica derivada de causas naturales o humanas que afecte gravemente a las condiciones sociales de una región o de todo el país; y, (ii) que la concurrencia de dicha situación sea imprevista o sobreviniente”<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> Ver. Artículos 119-124, LOGJCC.

<sup>114</sup> Artículos 164-166, CRE.

<sup>115</sup> Ver. Artículo 29, , LSPE.

<sup>116</sup> Decreto Ejecutivo 1017, Presidencia de la República.

<sup>117</sup> Dictamen 1-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 29.

Luego igual se hizo un análisis formal de las medidas, y si estas cumplen con lo mandado por ley. Lo cual ocurrió, y se consideró que cumplió el decreto todas las formalidades referente a medidas dentro de un estado de excepción<sup>118</sup>.

Cada medida se somete a un control material, en el cual se revisa términos importantes en donde se puede contemplar al test de proporcionalidad. Primero, hacen mención de si la medida de la suspensión de derechos a la libertad de tránsito es idónea, por lo cual la CC expone que sí debe ser considerada como tal, puesto que es una medida adecuada para evitar el contagio. Además, la medida responde directamente a la situación fáctica que es la propagación del virus<sup>119</sup>.

Luego, considera que las medidas son necesarias tomando en cuenta el contexto global y nacional. En términos globales, en cuanto al impacto que ha tenido el virus, y nacionales, en cuanto se ha propuesto medidas ordinarias y no han sido suficientes para enfrentar la situación extraordinaria del COVID-19. Además, la CC analiza la proporcionalidad en sentido estricto. Específicamente, la CC examina casuísticamente lo ocurrido, y determina que, por la gravedad y las consecuencias anotadas por la OMS, se considera razonable y con suficiente justificación fáctica para poder considerar a la medida proporcional<sup>120</sup>.

El dictamen mantiene esta figura de analizar requisito por requisito, y en todas las medidas expuestas por el decreto, por lo cual se consideró que aprueba el test de proporcionalidad la declaratoria con sus medidas. Determina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas. De igual manera se pudo evidenciar el uso de pautas metodológicas dentro del análisis del decreto al revisar cada carácter del test dentro de cada medida propuesta<sup>121</sup>.

Además, la CC analiza al decreto a detalle, y expone cómo interpretará en el enfrentamiento casuístico del decreto los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, herramienta clave para determinar si el test fue debidamente utilizado<sup>122</sup>. No solo ello, al instruir la forma de entender a los mencionados principios, se dejó de manera clara el análisis que efectuó la CC en referencia al decreto 1017.

---

<sup>118</sup> Dictamen 1-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 37-43.

<sup>119</sup> Dictamen 1-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 44-59.

<sup>120</sup> Dictamen 1-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 59-76.

<sup>121</sup> Magdalena Correa Henao, “La limitación de los Derechos fundamentales”(2003), 69.

<sup>122</sup> Ver. Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales” (1993) 157-172.

## 10.2. Decreto 1074.

Dentro del decreto 1074 se expone de manera fáctica que, correspondiendo a la información provista por el MSP y el SNGRE, la presencia del COVID-19 aún sigue siendo considerado un riesgo inminente para la salud pública. Con fecha 15 de junio de 2020 se registraron un total de 47,322 casos confirmados a nivel nacional y 3,929 fallecidos, por lo cual el presidente consideró que existía una necesidad de mantener las medidas de prevención y hacer uso del estado de excepción nuevamente<sup>123</sup>.

La Organización Panamericana de la Salud mencionó que, “la cantidad de personas hospitalizadas por el nuevo coronavirus ha ido aumentando en el Ecuador durante los primeros nueve días de junio, (...) hasta llegar a superar los 700 hospitalizados diarios [...]”<sup>124</sup>. La nueva variante de COVID-19 motivó a la presidencia a que se decrete otro estado de excepción a partir del 15 de junio de 2020 con motivación nuevamente de calamidad pública, con medidas de suspensión de derechos iguales a las encontradas en el anterior decreto 1017.

Con ello, la CC en su dictamen no. 3-20-EE/20<sup>125</sup> expone la constitucionalidad de su decreto. Dentro de su control material, se analiza sobre la permanencia del COVID-19 como un hecho de real ocurrencia, con lo cual la CC, explica que, por el exponencial aumento de casos debidamente informados en el decreto, debe ser considerado tal.

Dentro de este dictamen, la CC menciona que el marco fáctico presentado en el decreto 1074 es idéntico al utilizado en el decreto 1017, el cual fue analizado en su debido momento. En donde se consideró a la pandemia como parte de calamidad pública, y que Ecuador pasó a enfrentarse a una fase de ‘transmisión comunitaria’, que debe considerarse como un hecho sobreviniente y por ello considerarlo nuevamente como calamidad pública y considerar en ese aspecto constitucional al decreto<sup>126</sup>.

Dentro del dictamen, se recuerda a la presidencia, que para resolver los asuntos de ‘emergencia económica’, existen mecanismos ordinarios, y no son una causal para la declaratoria de excepción<sup>127</sup>. Pero, relacionado a la superación del coronavirus se recomienda que mediante recursos ordinarios se mejore el enfrentamiento al COVID-19, en donde anteriormente se consideró imprevisible, pero que existía la posibilidad del

---

<sup>123</sup> Decreto Ejecutivo 1074, Presidencia de la República.

<sup>124</sup> Decreto Ejecutivo 1074, Presidencia de la República, p. 9.

<sup>125</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional [Respecto el Decreto ejecutivo 1074] 29 de junio de 2020.

<sup>126</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 12.

<sup>127</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 31-36.



aumento de casos, y que recursos ordinarios pudieron hacer frente a la situación emergente<sup>128</sup>.

La OMS señaló que es un virus que podía ser enfrentado y controlado<sup>129</sup>. Teniendo en cuenta lo mencionado por la OMS, y que dentro del espacio de 3 meses a partir del primer decreto de estado de excepción aún no se ha encontrado la manera ordinaria de contrarrestar lo ocurrido. La CC considero que es imposible que a corto plazo el Estado logre encontrar la solución para mitigar la crisis sanitaria por COVID-19, Y, por ello, considera al estado de excepción como constitucional. Pese a no seguir necesariamente los parámetros establecidos de necesidad, idoneidad o proporcionalidad frente a los hechos, la CC consideró necesario al estado de excepción en el caso específico por la demora de uso ordinario de medidas<sup>130</sup>.

Además, la CC pidió a todas las funciones del Estado que en el ámbito de sus atribuciones trabajen de manera coordinada para alcanzar mecanismos adecuados que permitan combatir y controlar de manera eficiente y sostenible la pandemia. De hecho, el dictamen brindó una lista taxativa de distintas soluciones ordinarias que podrían emplearse para hacer frente al COVID-19<sup>131</sup>.

Ahora, el control material de las medidas, que es donde se encuentra plasmado de mejor manera el test de proporcionalidad, brindó un preámbulo de como comprender este caso específico. En donde, se tomó en cuenta los anuncios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, sobre los contagios y fallecidos como resultado del coronavirus, y la imposibilidad de momento de resolver lo ocasionado a través de medidas ordinarias<sup>132</sup>.

Sobre la idoneidad de las medidas, la CC se fundamentó en las publicaciones de la OPS, del MS, y de la SNGRE, explicando que las medidas son adecuadas para alcanzar el objetivo pretendido<sup>133</sup>. Respecto a la necesidad, teniendo en cuenta la cantidad de casos y fallecidos por coronavirus, se consideró que las medidas adoptadas eran las menos lesivas y restrictivas para alcanzar el objetivo pretendido. Se analizó a la necesidad como la medida menos benigna posible en relación al derecho intervenido y por ello corresponde las medidas propuestas como necesarias conforme al criterio de la CC<sup>134</sup>.

---

<sup>128</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 43-57.

<sup>129</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 43-57.

<sup>130</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 87-150.

<sup>131</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 151.

<sup>132</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 89.

<sup>133</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 115.

<sup>134</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 118.

Por último, la proporcionalidad de las medidas, en donde se la analizó como las ventajas que mediante la intervención del derecho se obtienen, y si estas se compensan con las suspensiones decretadas<sup>135</sup>. Respecto a mencionado criterio, la CC consideró que los beneficios que se obtendrían con el decreto superan a la limitación y suspensión momentánea de derechos, y por ello debe comprenderse como medidas proporcionales y que aprueba todos los requisitos de test de proporcionalidad<sup>136</sup>.

Las medidas que no cumplieron con los criterios del test de proporcionalidad plasmados en la LOGJCC fueron las medidas económicas que se propuso en el decreto, principalmente, porque no cumple con el primer filtro de constitucionalidad sobre la causal a la cual recae el decreto. La emergencia económica no está contemplada como una causal para adoptar medidas extraordinarias; y, nuevamente, la CC expuso ciertas medidas que podrían adoptarse de manera ordinaria sin el uso de un mecanismo intrusivo como el estado de excepción. De momento, es importante aclarar que se ha evidenciado solo la inconstitucionalidad de medidas económicas, a través de requisitos constitucionales externos al test de proporcionalidad.

Dentro del dictamen, es importante aclarar que existieron tres votos salvados, uno por parte de la jueza Salazar, otra por la jueza Andrade y último por el juez Ávila, en donde desaprueban el estado de excepción, puesto que consideraron que trasgredía el los límites espaciales, temporales y materiales fijados en el texto constitucional, explicando lo siguiente:

Por todas las razones expuestas, disentimos con el voto de mayoría y consideramos que, dado que el Decreto No. 1074 viola los límites temporales, espaciales y materiales establecidos en la Constitución, la Corte debió haber declarado su inconstitucionalidad. Sin embargo, dada la necesidad de establecer un régimen de transición hacia la “nueva normalidad” que nos permita afrontar la pandemia mediante el régimen jurídico ordinario, estimamos que los efectos de la inconstitucionalidad debían diferirse en el tiempo<sup>137</sup>.

Pese a ello, concordaron de manera unánime que el Estado necesita un periodo de transición, lo que significa que debe existir una fase en la que se creen las condiciones para manejar la ‘nueva normalidad’. De igual manera, se dictaminó constitucional el decreto<sup>138</sup>.

Dentro del dictamen de constitucionalidad se pudo evidenciar un desarrollo a la forma en la cual se debió entender a los principios rectores del test de proporcionalidad. Teniendo en cuenta que los principios tienen un margen de maleabilidad, adecuaron a

---

<sup>135</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 119.

<sup>136</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 99-121.

<sup>137</sup> Voto Salvado- Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 46.

<sup>138</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 151.

mencionados principios para hacerlos concordante con su decisión. Es un uso adecuado del test de proporcionalidad como un método de pautas metodológicas por su manera de análisis, observando cada principio independientemente dentro de cada medida propuesta en la declaratoria<sup>139</sup>. Además, es pertinente mencionar que dentro del voto salvado de las juezas Andrade y Salazar, y del juez Ávila, consideran que el decreto no es suficientemente justificado y que incumple los requisitos temporales, espaciales y materiales, lo cual corresponde a los principios que contempla el test, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad<sup>140</sup>.

### **10.3. Decreto 1126**

Luego, con fecha de 14 de agosto de 2020 se emitió el decreto ejecutivo No. 1126<sup>141</sup>, para renovar al estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, por lo cual se enfrenta nuevamente al análisis constitucional en su dictamen 5-20-EE/20<sup>142</sup>. Nuevamente se señala la misma declaratoria fáctica de calamidad pública, y el progresivo aumento de contagios y fallecidos en el país. Además, se utilizó la recomendación del Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, COE-N, para ampliar al estado de excepción, explicando la necesidad de medidas extraordinarias para mitigar la propagación del COVID-19.

Consideran nuevamente, que el decreto bajo calamidad pública sigue los términos que la misma CC fijó en su dictamen 1-20-EE/20<sup>143</sup>. También parte del decreto se menciona de un plan para solventar la situación con medidas ordinarias, pero la Corte insistió que debe empezar con un uso de dicho plan y no sólo la planificación de este. Las medidas ordinarias deben ser la solución a largo plazo para evitar que un la declaratoria de excepción se vuelva una institución ordinaria que caiga en tendencias arbitrarias<sup>144</sup>.

De igual manera, la CC consideró que, pese a la necesidad de adopción de medidas ordinarias, al momento de la renovación se consideraba imposible la solución a través de otro mecanismo no excepcional, por lo cual la renovación de estado de excepción era necesaria. Además, se hace un llamado de atención, y se explicó a las funciones del Estado que deben desarrollar mecanismos para controlar la crisis sanitaria,

---

<sup>139</sup> Magdalena Correa Henao, “La limitación de los Derechos fundamentales”(2003), 69.

<sup>140</sup> Voto salvado- Dictamen No. 3-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 6-8.

<sup>141</sup> Decreto Ejecutivo 1126, Presidencia de la República [por medio del cual se renueva Estado de Excepción fundamentado por la pandemia Covid-19] Registro Oficial 279 de 1 de septiembre 2020.

<sup>142</sup> Dictamen No. 5-20-EE/20, Corte Constitucional.

<sup>143</sup> Ver, Dictamen 1-20-EE/20, Corte Constitucional.

<sup>144</sup> Rafael Oyarte, “Derecho Constitucional” (2016) 541-581.

preservando y garantizando todos los derechos reconocidos dentro del régimen ordinario<sup>145</sup>.

La CC además explica que el análisis de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas es la misma que se realizó con la declaratoria de excepción y no era necesario en el presente decreto de su renovación; adicionalmente, la CC se mantiene en que debe utilizarse este periodo para encontrar una manera ordinaria de solventar la crisis sanitaria por COVID-19<sup>146</sup>. También, la Corte deja claro que no volverá a admitir una declaratoria sobre los mismos hechos que han configurado calamidad pública en dos ocasiones previas con sus respectivas renovaciones<sup>147</sup>.

El test de proporcionalidad en este caso fue remitido en su anterior dictamen, algo que no es sugerible, debido a que toda renovación y declaratoria de excepción deben estar debidamente fundamentadas y motivadas al igual que su dictamen<sup>148</sup>. Al remitirse a su anterior dictamen contempla un uso inexistente del test de proporcionalidad en el caso de este decreto y pese a que, la fundamentación del decreto fue idéntica a la anterior expuesta en el trabajo, el dictamen debe hacer un análisis casuístico del empleo de este mecanismo excepcional y desarrollar cómo se analizó al decreto.

#### **10.4. Decreto 1109.**

Ahora, se evidencia que en el decreto No. 1109 se mantiene un similar lineamiento al anterior mencionado<sup>149</sup>. La diferencia es que en este decreto teniendo como causal calamidad pública, se buscó disponer una recaudación anticipada del impuesto a la renta con cargo al ejercicio fiscal 2020. Su justificación fue la siguiente:

[s]e encuentra atravesando una calamidad pública que no sólo ha tenido repercusiones directas en la salud pública de todas las personas que habitan el territorio ecuatoriano, sino también ha generado afectaciones colaterales en la económica del país y las finanzas públicas del Estado, que requieren de una acción inmediata que permita contenerlas y tratar de mitigar sus efectos a la brevedad posible<sup>150</sup>.

La CC declaró inconstitucional a este decreto a través de su dictamen No. 3-20-EE/20A<sup>151</sup>. En mencionado dictamen, se expone los criterios de análisis, la

---

<sup>145</sup> Dictamen No. 5-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 11.

<sup>146</sup> Dictamen No. 5-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 50.

<sup>147</sup> Dictamen No. 5-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 157.1.

<sup>148</sup> Juan José Solozábal, “Algunas Cuestiones Básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales”, (1991), 87-107.

<sup>149</sup> Decreto Ejecutivo No. 1109, Presidencia de la República [por medio del cual se pide recaudación del impuesto a la renta con cargo al ejercicio fiscal fundamentado por la pandemia Covid-19] Registro Oficial 31 de julio 2020.

<sup>150</sup> Decreto Ejecutivo No. 1109, Presidencia de la República, p. 11.

<sup>151</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20A, Corte Constitucional [Respecto el Decreto ejecutivo 1109] 10 de agosto de 2020.

proporcionalidad, necesidad e idoneidad nuevamente son clave para el análisis del decreto.

Respecto al carácter de idoneidad, se consideró que antes de constituir una medida direccionada para superar los motivos considerados constitucionales por el dictamen, este buscaba recaudar de manera anticipada un impuesto como reacción ante la actual crisis económica<sup>152</sup>. Lo cual evita que se cumpla el requisito de idoneidad en la medida.

Por otro lado, en su carácter de necesidad, no se contempla que las medidas puedan afrontar los hechos causados por el COVID-19. Se considera que existen otras alternativas para alcanzar el fin legítimo de manera menos agraviosa. La CC también manifestó que no mantiene concordancia directa entre las medidas propuestas con la situación fáctica de la pandemia<sup>153</sup>. Por ello, se resuelve en el dictamen, que el decreto debe ser declarado desfavorable.

Por último, en el dictamen no se detalla el principio de proporcionalidad, pero si se lo menciona. Y considerando que para que el test de proporcionalidad sea incumplido, basta con que uno de los criterios del test se inobserve para determinar a la medida como inadecuada<sup>154</sup>. Así que, se puede inferir que al no cumplir con los otros requisitos del test, la proporcionalidad tampoco fue contemplada. Con la explicación que brinda la CC, se puede extraer que los beneficios que acarrea las medidas no son correspondientes o no superan a la vulneración que traería la declaratoria. De manera que, el test de proporcionalidad, pese a no ser usado de manera detallada y exhaustiva, es considerando como parte de los principios del control.

De esta manera, se puede evidenciar que hay dos principios que explican y lo desarrollan en referencia al caso específico, y que se abandona el detallar la proporcionalidad y su análisis. De todas formas, es importante denotar que se hace uso del test de proporcionalidad, no en su totalidad, pero si al explicar el análisis la necesidad y la idoneidad de las medidas presentes en el decreto 1109.

### **10.5. Decreto 1217**

En diciembre de 2020 se declara estado de excepción nuevamente con el decreto 1217, en donde se contempla la nueva variante del COVID-19 y se estudia su mayor

---

<sup>152</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20A, Corte Constitucional.

<sup>153</sup> Dictamen No. 3-20-EE/20A, Corte Constitucional, párr. 12.

<sup>154</sup> Robert Alexy, "Teoría de los Derechos Fundamentales" (1993) 157-172.

propagación<sup>155</sup>. Nuevamente, pese a las menciones de la CC al respecto, se utiliza la causal de calamidad pública lo cual la CC analiza luego en su dictamen. Dentro del decreto se expone que existe un aumento agravado de contagios y fallecidos. De igual manera, detallan cuales son las provincias con más contagio, y por ello se sigue explicando el presidente, que es un hecho imprevisible y que los recursos ordinarios no son suficientes para evitar la propagación<sup>156</sup>.

Con respecto a ello, la CC en su dictamen 7-20-EE/20<sup>157</sup>, analiza el decreto, y reitera que el Estado debe adoptar medidas ordinarias para poder solventar la situación pandémica. También que una variante del virus no puede ser considerado, dentro del análisis material, como un hecho de real ocurrencia que motive al estado de excepción, debido a que debe ser considerado como un riesgo futuro y no actual<sup>158</sup>. De esta manera impide que la CC verifique la real ocurrencia y fundamentación de la declaratoria de excepción. Y que con la información que se tiene sobre la variante, se puede programar un plan de contención y preventivo mediante mecanismos ordinarios<sup>159</sup>.

La CC también señala que la nueva variante no configura una situación de calamidad pública en el Ecuador, sobre todo, porque al momento del decreto no se había evidenciado la existencia de la variante en el territorio ecuatoriano. Las nuevas variantes igual no pueden considerarse, como algo imprevisible ya que existe un periodo previo de análisis y dando la capacidad al Estado de abordar medidas ordinarias para evitar que las nuevas variantes constituyan un problema mayor<sup>160</sup>.

Con ello, el dictamen declara inconstitucional al decreto. Conforme al test de proporcionalidad, encontraron que el requisito de idoneidad no se cumplió, debido a que existen otras medidas para enfrentar la situación pandémica<sup>161</sup>. Al no considerar dicho requisito existente en la declaratoria, se pudo evidenciar, mediante sus fundamentos, que el recurso extraordinario tampoco era necesario, ya que no sería el mecanismo menos lesivo para contrarrestar la situación prevista. Por último, no podría encontrarse como proporcional puesto que no se evidenció una situación fáctica empírica dentro del Estado ecuatoriano, como para poder implementar medidas extraordinarias que se observen

---

<sup>155</sup> Decreto Ejecutivo 1217, Presidencia de la República [por medio del cual se establece Estado de Excepción fundamentado por la pandemia Covid-19] Registro Oficial 355 de 22 de diciembre de 2020.

<sup>156</sup> Decreto Ejecutivo 1217, Presidencia de la República.

<sup>157</sup> Dictamen No. 7-20-EE/20, Corte Constitucional [Respecto el Decreto ejecutivo 1217] 27 de diciembre de 2020.

<sup>158</sup> Dictamen No. 7-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 62.

<sup>159</sup> Dictamen No. 7-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 22-25.

<sup>160</sup> Dictamen No. 7-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 23.

<sup>161</sup> Dictamen No. 7-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 69.

como ventajosas frente a la suspensión o limitación de derechos que acarrea. Al explicar la CC de manera taxativa en sus dictámenes que debe aplicarse un proyecto de medidas ordinarias y al no ser evidenciado su progreso, la CC declara inconstitucional y desfavorable al decreto<sup>162</sup>.

En este caso, existieron dos votos salvados, uno por el juez Salgado y el otro por la jueza Corral. En donde se expone que, pese a la exposición del dictamen, una variante del virus si debe ser entendido como sobreviniente debido a que así debe ‘tratarse a un virus’<sup>163</sup>. Lo cual dejó la idea de la necesidad de un régimen específico para el trato de pandemia o epidemia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Además, al explicar en sus votos salvados que la pandemia tiene una “magnitud apocalíptica”<sup>164</sup>, por la forma en la cual se debe observar al contagio, y se explica que la manera de entender del dictamen es ‘erróneo’ y debe considerarse a las nuevas variantes como un hecho “imprevisible o sobreviniente”<sup>165</sup>.

Dentro del dictamen se pudo evidenciar que, pese a no existir una manera detallada de la interpretación de los requisitos del test de proporcionalidad, si hay la explicación del análisis de la CC en referencia de los principios sobre el decreto. Pese a no ser una explicación exhaustiva, el test de proporcionalidad fue debidamente utilizado<sup>166</sup>. Nuevamente, se puede evidenciar que la CC analiza cada principio como independiente, considerándolos en su control material de las medidas.

#### **10.6. Decreto 1291**

Por último, se analizará el decreto No. 1291 en conjunto con su dictamen de constitucionalidad. Después de un año de enfrentarse a la pandemia, con fecha de 21 de abril del 2021 se declara estado de excepción nuevamente por calamidad pública pero ahora también bajo la causal de grave conmoción interna<sup>167</sup>. Para este momento ya se había aplicado distintos tipos de medidas para enfrentar al coronavirus y la presidencia consideró la adopción de un estado de excepción. Además, señaló que las medidas

---

<sup>162</sup>Dictamen No. 7-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 69.

<sup>163</sup> Ver, Dictamen No. 7-20-EE/20, Corte Constitucional.

<sup>164</sup> Voto Salvado-Dictamen No. 7-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 2.

<sup>165</sup> Voto Salvado-Dictamen No. 7-20-EE/20, Corte Constitucional, párr. 1.

<sup>166</sup> Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales” (1993) 157-172.

<sup>167</sup> Decreto Ejecutivo 1291, Presidencia de la República [por medio del cual se establece Estado de Excepción fundamentado por la pandemia Covid-19] Registro Oficial 437 de 22 de abril de 2021.

extraordinarias han sido “científicamente comprobadas como adecuadas para disminuir el contagio de la COVID-19”<sup>168</sup>. Ante ello la CC emite el dictamen No. 2-21-EE/21<sup>169</sup>.

El dictamen considera que el aumento de contagios, la aparición dentro del territorio ecuatoriano de distintas variantes del virus debe ser contemplada como sobreviniente y, por ello, se determina adecuadamente la causal de calamidad pública siguiendo los términos de la CC expuestos en su dictamen 1-20-EE/20. Por otro lado, la grave conmoción interna, considera la CC, que la más apropiada es calamidad pública y por ello se configura al decreto por esa causal y se descarta por ‘grave conmoción interna’<sup>170</sup>.

También, la CC explica que en esta situación las medidas extraordinarias son necesarias para enfrentar el aumento de casos, y que los mecanismos ordinarios no son suficientes para enfrentar la crisis sanitaria causada por COVID-19<sup>171</sup>. La CC consideró que es un hecho sobreviniente por lo cual el estado de excepción es el “único mecanismo que permite un despliegue de medidas restrictivas inmediatas”<sup>172</sup>, y por la aceleración de contagio nuevamente, se lo determinó necesario.

En este dictamen, no se encuentra un profundo razonamiento sobre los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, como se pudo ver dentro de los primeros dictámenes. Se hace mención a dichos criterios para el cumplimiento del análisis material del decreto, en donde se fundamentan exponiendo que el dictamen considera idóneas, necesarias y proporcionales a las medidas utilizadas para alcanzar el objetivo legítimo del Estado<sup>173</sup>. Por lo cual, no se pudo evidenciar un análisis profundo respecto al test de proporcionalidad, algo que se podía encontrar en sus primeros dictámenes.

Pese a que la CC se pronunció anteriormente explicando que no se aceptarían más decretos sobre la misma base fáctica, y que no se consideraba el aumento de casos o variantes como un hecho sobreviniente, en este decreto se declaró como constitucional. Este dictamen es el que evidencia de manera pragmática cuando el test de proporcionalidad no es utilizado. Al observar que no hacen una aclaración de cómo se comprenderán a los principios en el decreto 1291, al no explicar el análisis de los principios en correspondencia con las medidas, se tiene como resultado a un estado de

---

<sup>168</sup> Decreto Ejecutivo 1291, Presidencia de la República, p. 11.

<sup>169</sup> Dictamen No. 2-21-EE/21, Corte Constitucional [Respecto el Decreto ejecutivo 1291] 28 de abril de 2021, párr. 19-23.

<sup>170</sup> Dictamen No. 2-21-EE/21, Corte Constitucional, párr. 23-26.

<sup>171</sup> Dictamen No. 2-21-EE/21, Corte Constitucional, párr. 19.

<sup>172</sup> Dictamen No. 2-21-EE/21, Corte Constitucional, párr. 28.

<sup>173</sup> Dictamen No. 2-21-EE/21, Corte Constitucional, párr. 41-84.



excepción no fundamentado y por ende no adecuado al test de proporcionalidad. Si se compara con los análisis a los anteriores decretos, se puede observar al dictamen como confuso. En todo caso, para que el dictamen pierda este carácter de confusión, la CC debió haber fundamentado a detalle cómo comprenderá los principios y como los aplicará en las medidas. De esta forma, el dictamen pese a no mantener la línea de pronunciamiento de la CC encontrado en decretos anteriores, se podría evidenciar el uso del test de proporcionalidad, y exponer al decreto como adecuado.

## **11. Conclusiones.**

El test de proporcionalidad no solo está plasmado en la normativa ecuatoriana, sino también es utilizado por la Corte Constitucional como un análisis de pautas metodológicas en donde se revisa cada criterio del test y se comprende a la proporcionalidad en sentido estricto. La CC hizo un gran trabajo durante una situación crítica como lo fue la pandemia por COVID-19, pese a ello, se observó que el análisis y el desarrollo que hacían dentro del test de proporcionalidad fue decayendo conforme avanzó la pandemia, en donde en sus primeros dictámenes se detallaba con profundidad la interpretación de la CC sobre los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, mientras que en los últimos investigados se perdió esa noción de explicación exhaustiva y permitió que los dictámenes se vieran confusos y poco concordantes con lo que habían emitido en sus dictámenes previos.

No existe un estándar de aplicación del test de proporcionalidad. Esto se pudo evidenciar dentro de las distintas decisiones que tomo la CC en donde por la misma fundamentación fáctica se declaró constitucional a un decreto e inconstitucional a otro, permitiendo que pese a existir un análisis ‘objetivo’, o de pautas metodológicas, se apoya en la interpretación de los jueces de cómo considerar los términos de proporcionalidad, necesidad e idoneidad.

En consideración a los hallazgos efectuados, la pregunta de investigación ha sido respondida de manera satisfactoria en cuanto se ha podido determinar que existe una normativa que contemple al test de proporcionalidad, y que la CC la emplea en su análisis. Además, la interpretación que genera la CC sobre los términos del test son coincidentes a los que la doctrina empleada en el presente trabajo expuso.

Si bien el caso de estudio es referente a los estados de excepción declarados en la pandemia con sus correspondientes dictámenes, el test de proporcionalidad debe ser aplicado de una manera general ante cualquier causal de estado de excepción prevista

dentro de la CRE, y la interpretación que brindan de idoneidad, necesidad y proporcionalidad deberán ser utilizadas de manera acorde a lo ya expuesto en anteriores dictámenes.

## **12. Recomendaciones**

Se sugiere que, pese a la exposición de los criterios del test de proporcionalidad, no se los abandone y se expliquen casuísticamente para su mejor comprensión. De esta manera, no se observaría las discrepancias de declaración de constitucionalidad a un decreto por una razón fáctica y a otra negarla con la misma sustanciación. Se debe brindar un espacio de tiempo adecuado para la activación de una declaratoria de excepción y el control constitucional, para que, con ello, la CC no se vea en la situación de tomar acciones precipitadas y que luego estas puedan no ser las medidas que, con un debido tiempo de análisis, hubieran tomado. Por último, en los dictámenes no sólo se debe mencionar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, como criterios de análisis, si no estos principios deber estar contemplados plenamente en el análisis.