

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**Control Jurisdiccional y Procedencia de la Declaratoria de Estado de
Emergencia en el Caso del Decreto Ejecutivo No. 1348.**

Miguel José Maldonado Ruiz

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención
del título de abogado

Quito

Mayo de 2009

©COPYRIGHT

Miguel José Maldonado Ruiz

2009

Dedico esta tesina a Dios por ser mi guía y fortaleza en cada paso de mi vida; A mis padres por su ejemplo, esfuerzo y apoyo constante e incondicional; y a mis hermanas por su compañía y soporte alegre de siempre.

RESUMEN

El Gobierno del Ecuador a través de la expedición del Decreto Ejecutivo No. 1348 de 23 de septiembre de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 439 de 3 de octubre de 2008 decretó ‘el estado de emergencia nacional’ para solventar la emergencia provocada por la progresiva disminución de eficiencia en la prestación de energía eléctrica originada en la Central Hidroeléctrica “San Francisco” así como en todos los proyectos en los que haya participado o se encuentre participando la compañía Norberto Odebrecht S.A como: “Toachi- Pilatón”, “Carrizal Chone”, “Baba” y “Aeropuerto de Tena” con el fin de evitar un posible estado de conmoción interna en el país. El objetivo de este trabajo es demostrar la improcedencia de la declaratoria de estado de emergencia en el contexto en el que fue expedido el Decreto Ejecutivo No. 1348 por errónea motivación y desnaturalización del régimen de estado de emergencia e igualmente establecer las herramientas de control político, jurisdiccional y constitucional aplicables al Decreto Ejecutivo No. 1348.

ABSTRACT

The Government of Ecuador issued ‘the national emergency situation’ in the Executive Order No. 1348 on the 23rd of September 2008, published in the Official Gazette No. 439 on the 3rd of October 2008 to resolve the emergency caused by the progressive decreased efficiency in the electricity provision originated in the Hydroelectric Power Station “San Francisco” as well as in all the projects in which it has participated or it is participating the company Norberto Odebrecht S.A. like: “Toachi- Pilatón”, “Carrizal Chone”, “Baba” and “Aeropuerto de Tena” in order to avoid a potential internal commotion in the country. The aim of this work is to demonstrate the inappropriateness of the emergency declaration in the context in which the Executive Order No. 1348 was issued by erroneous motivation and denaturalization of the emergency situation rule and also to establish the political, jurisdictional and constitutional boundaries applicable to the Executive Order No 1348.

INTRODUCCIÓN

El CONELEC, organismo estatal encargado de concesionar el Proyecto Hidroeléctrico “San Francisco”, mediante Resolución 012-99 de 13 de enero de 1999 adjudicó la concesión del Proyecto Hidroeléctrico “San Francisco” a la Asociación Pastaza conformada por las compañías: Constructora Norberto Odebrecht S.A., Ansaldo Energia Spa y Chi Energy Inc.

Previo informe favorable del Procurador General del Estado la Asociación Pastaza, adjudicataria del proyecto, el 28 de octubre de 1999 suscribió un Acuerdo de Desarrollo del Proyecto “San Francisco” con la compañía Hidroagoyán S.A. Este convenio establece la incorporación del Proyecto Hidroeléctrico “San Francisco” al Régimen Hidrológico “Agoyán” y una participación accionaria conjunta en la naciente compañía Hidropastaza S.A, misma que actuaría como concesionaria ante el CONELEC para el desarrollo, financiamiento, diseño, construcción, operación y mantenimiento del Proyecto Hidroeléctrico “San Francisco”.

Hidropastaza S.A por su parte firmó un contrato de construcción con el consorcio Odebrecht-Ansaldo-Chi para la optimización del diseño de ingeniería básica, la realización de la ingeniería de detalle, del diseño, de la construcción y de la puesta en marcha de todos los componentes de la Central Hidroeléctrica “San Francisco”.

Este consorcio a su vez cedió los derechos y obligaciones del contrato suscrito con Hidropastaza S.A. a favor del Consorcio denominado Odebrecht-Alstom-Va Tech conformado por las compañías: Constructora Norberto Odebrecht S.A, Alstom Brasil Ltda. y Va Tech Hydro Brasil Ltda. el cual concluyó la construcción y puesta en marcha de la Central Hidroeléctrica “San Francisco” en un

tiempo menor al establecido en el contrato. Aproximadamente un año después de su inauguración la Central Hidroeléctrica “San Francisco” tuvo que paralizar su funcionamiento por deficiencias técnicas.

El Gobierno del Ecuador a través de la expedición del Decreto Ejecutivo No. 1348 de 23 de septiembre de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 439 de 3 de octubre de 2008 decretó el ‘estado de emergencia nacional’ para solventar la emergencia provocada por la progresiva disminución de eficiencia en la prestación de energía eléctrica originada en la Central Hidroeléctrica “San Francisco” así como en todos los proyectos en los que haya participado o se encuentre participando la compañía Norberto Odebrecht S.A como: “Toachi- Pilatón”, “Carrizal Chone”, “Baba” y “Aeropuerto de Tena” con el fin de evitar un posible estado de conmoción interna en el país.

El objetivo de este trabajo argumentativo es establecer si es procedente o no la Declaratoria de emergencia nacional por la disminución de eficiencia en la prestación de energía eléctrica originada en la Central Hidroeléctrica “San Francisco” así como en todos los proyectos en los que haya participado o se encuentre participando la compañía Norberto Odebrecht S.A y determinar cuáles son las posibles vías de control del mencionado Decreto.

Procederemos entonces a demostrar la improcedencia de la declaratoria de estado de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348 y a establecer las herramientas de control político, jurisdiccional y constitucional aplicables.

En este sentido, dentro del primer capítulo estableceremos los antecedentes históricos de la declaratoria de estado de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348. Analizaremos el régimen del estado de emergencia desde su desarrollo conceptual hasta su tipificación en la Constitución de 1998 y; finalmente, identificaremos las deficiencias encontradas en el Decreto Ejecutivo No. 1348 que consideramos constituyen violaciones al régimen establecido en la Constitución y degeneran en su improcedencia por errónea motivación y desnaturalización del régimen del estado de emergencia.

En el segundo capítulo, analizaremos la discrecionalidad jurídica en la declaratoria de estado de emergencia, determinaremos si efectivamente existe o no discrecionalidad en la mencionada declaratoria y cuáles son sus limitaciones. Todo esto con el fin de confirmar la improcedencia de la declaratoria de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348. Además, analizaremos en este capítulo a la declaratoria de estado de emergencia como acto político con el fin de ratificar que este acto del Ejecutivo es susceptible de control constitucional y jurisdiccional.

Finalmente, en el tercer capítulo, analizaremos el control en general al que está sometida la declaratoria de estado de emergencia y evaluaremos su real aplicación en el caso en concreto. Analizaremos el control político, jurisdiccional y constitucional a los que puede ser sometido el Decreto Ejecutivo No. 1348 y el procedimiento a seguirse con el fin de demostrar que puede haber control sobre este acto del Ejecutivo y que este, a su vez, puede ser complementariamente de carácter constitucional en cuanto a la forma y fondo de la declaratoria y control contencioso administrativo con relación a los efectos causados por el mencionado Decreto Ejecutivo.

CAPÍTULO I

RÉGIMEN DEL ESTADO DE EMERGENCIA

EN EL ECUADOR Y SU VIOLACIÓN EN EL DECRETO

EJECUTIVO No. 1348

1.1 Antecedentes históricos de la declaratoria de estado de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348.

La declaratoria de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348 es la consecuencia de una serie de acontecimientos históricos suscitados en el país desde aproximadamente catorce años atrás. A continuación describiremos estos hechos históricos lo que nos permitirá comprender de mejor manera el contexto en el que fue emitido el Decreto Ejecutivo en mención.

El Estado ecuatoriano, a través del Instituto Ecuatoriano de Electrificación (en adelante INECEL) en el año de 1995 convocó al proceso de precalificación de firmas constructoras para la construcción del Proyecto Hidroeléctrico “San Francisco”. Un año después fueron precalificados diez consorcios.

En base a esta precalificación en el año de 1998 INECEL convocó a una licitación internacional para la construcción del mencionado proyecto. Siete consorcios compraron las bases, pero tan solo se presentaron dos ofertantes: la

Asociación Pastaza conformada por la Constructora Norberto Odebrecht S.A., Ansaldo Energia Spa y Chi Energy Inc. y el Consorcio San Francisco integrado por Cartelone.

En primera instancia INECEL a través de la Resolución No. 095 de 4 de agosto de 1998 determinó un orden de prelación de las ofertas para la negociación del contrato de concesión, según el cual, el primer lugar le correspondía al Consorcio San Francisco y el segundo a la Asociación Pastaza.

El Congreso Nacional del Ecuador aprueba el 18 de septiembre de ese año la Ley de Régimen del Sector Eléctrico (LRSE)¹ la cual crea el Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC) el mismo que se constituye como ente regulador y controlador del sector eléctrico, a través del cual el Estado ecuatoriano puede delegar las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica a empresas concesionarias.

En virtud de esta potestad concedida por la ley el CONELEC se transforma en el organismo estatal encargado de concesionar el Proyecto Hidroeléctrico “San Francisco” razón por la cual mediante Resolución 012-99 de 13 de enero de 1999 adjudicó la concesión del mencionado Proyecto a la Asociación Pastaza.

Previo informe favorable del Procurador General del Estado la Asociación Pastaza, adjudicataria del proyecto, el 28 de octubre de 1999 suscribió un Acuerdo de Desarrollo del Proyecto “San Francisco” con la compañía Hidroagoyán S.A.²

Este convenio establece la incorporación del Proyecto Hidroeléctrico “San Francisco” al Régimen Hidrológico “Agoyán” y una participación accionaria conjunta en la naciente compañía Hidropastaza S.A, misma que actuaría como concesionaria ante el CONELEC para el desarrollo, financiamiento, diseño, construcción, operación y mantenimiento del Proyecto Hidroeléctrico “San Francisco”.

Por tanto, Hidropastaza S.A nació conformada por Hidroagoyán S.A y las compañías adjudicatarias de la concesión: Constructora Norberto Odebrecht S.A.,

¹ Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 43 de 10 de octubre de 1998.

² Hidroagoyán S.A es una persona jurídica de derecho privado de capital público. El dueño del 100% del paquete accionario de la compañía es el Fondo de Solidaridad.

Ansaldo Energia Spa y Chi Energy Inc. Según lo establecido en el Acuerdo de Desarrollo, Hidroagoyán S.A pasaría a tener un 80% de la participación accionaria una vez concesionado el proyecto y la Asociación Pastaza, conformada por las compañías adjudicatarias de la concesión, tendrían un 20% del paquete accionario. El convenio en mención también contemplaba que una vez concluida la construcción y puesta en marcha del Proyecto Hidroeléctrico “San Francisco” el 20% del paquete accionario en manos de las compañías extranjeras sería transferido a Hidroagoyán S.A con lo que esta sería propietaria del 100% del paquete accionario.

El contrato de concesión entre Hidropastaza S.A y el CONELEC se firmó el 28 de marzo de 2000 con un monto de US 286 millones de dólares, de los cuales US 243 millones de dólares provenían del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social de Brasil (BNDES) y el resto lo financiaría Hidropastaza S.A. El préstamo realizado a la institución bancaria brasileña fue garantizado por el Estado ecuatoriano.

Un día después; es decir, el 29 de marzo de ese año Hidropastaza S.A firmó un contrato de construcción con el consorcio Odebrecht-Ansaldo-Chi en el cual estas compañías se encargarían de la optimización del diseño de ingeniería básica, de la realización de la ingeniería de detalle, del diseño, de la construcción y de la puesta en marcha de todos los componentes de la Central Hidroeléctrica.

El mencionado consorcio, a su vez el 21 de noviembre de 2003 cedió los derechos y las obligaciones del contrato suscrito con Hidropastaza S.A. a favor del Consorcio denominado Odebrecht-Alstom-Va Tech conformado por las compañías: Constructora Norberto Odebrecht S.A, Alstom Brasil Ltda. y Va Tech Hydro Brasil Ltda.

El 20 de junio de 2007 el Presidente de la República del Ecuador, Rafael Correa Delgado, inauguró la Central Hidroeléctrica “San Francisco”, sin embargo, el 6 de junio de 2008, aproximadamente un año después de su inauguración, la Central Hidroeléctrica se paralizó por deficiencias técnicas provocando reclamos y exigencias de indemnizaciones por parte del Gobierno ecuatoriano a la contratista.

La falta de aceptación por parte de la contratista a las condiciones impuestas por el Gobierno concluyeron en la expedición del Decreto Ejecutivo No. 1348 de 23 de septiembre de 2008 publicado en el Registro Oficial N° 439 de 3 de octubre de 2008 en el cual se declara la emergencia nacional para superar las deficiencias causadas al servicio de energía eléctrica por la paralización de la Central Hidroeléctrica “San Francisco” así como en todos los proyectos en los que haya participado o se encuentre participando la compañía Norberto Odebrecht S.A como “Toachi- Pilatón”, “Carrizal Chone”, “Baba” y “Aeropuerto de Tena”.

1.2 El estado de emergencia

Una vez analizado el contexto histórico que concluyó en la declaratoria de ‘estado de emergencia’ por parte del Gobierno Nacional es necesario manifestar que las Constituciones del Ecuador históricamente han contemplado un régimen a seguirse para determinar qué situaciones de emergencia son lo suficientemente graves para declarar el mencionado estado y cuáles son las atribuciones del Presidente de la República una vez declarado. Por tanto, es menester analizar en este capítulo el régimen del estado de emergencia desde una perspectiva doctrinaria y constitucional para así poder determinar la procedencia de la declaratoria de estado de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348.

1.2.1 Origen

El Antecedente intelectual y jurídico de los estados de emergencia se encuentra en la noción romana de ‘dictadura’, la cual hay que diferenciar del significado que se da a esta palabra en el mundo moderno, como sinónimo de arbitrariedad y despotismo.³

La Institución de la dictara romana nace de la tradición política de Grecia en donde se permitía como forma de gobierno la instauración de tiranías electivas con el objeto de restablecer el orden cuando este era alterado. Se caracterizaba por la concentración completa del poder público en una sola persona con poderes extraordinarios ilimitados los cuales le permitían inclusive disponer de la vida de los ciudadanos. Se la otorgaba en circunstancias excepcionales reglamentadas en las

³ Cf. V. NARANJO MESA: *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, pp. 424 y 425.

constituciones o leyes preexistentes según las necesidades del momento las que podían ir desde una misión especial (*rei gerandae*), o represión por sedición (*belli gerandae causa*), hasta salvar la República (*rei publicae servandae*). Estaba limitada en el tiempo y suponía la desaparición transitoria o limitación de libertades públicas y derechos individuales.⁴

Era pues, como dice NARANJO MESA, una especie de recurso temporal, si se quiere brutal, para afrontar dificultades de carácter excepcional justificados por la urgencia y gravedad de los peligros. Bien distinta pues, de la dictadura moderna que tiene vocación de perpetuidad y se rige por la arbitrariedad.⁵

La interpretación francesa, por su parte, del sistema constitucional y administrativo en un principio no contempló los ‘estados de excepción’. Montesquieu temió el uso incontrolado de las circunstancias excepcionales, por esto, sólo consagró como máxima medida la suspensión temporal del ‘habeas corpus’ para poder hacer efectiva la detención de los agitadores sociales. También se condenaron los estados de excepción, porque implicaban la suspensión de los derechos humanos, en la consecución del bien público. De tal suerte que no se podían permitir actos arbitrarios contra los derechos de los ciudadanos en aras de preservar el orden y la legalidad.⁶

Esta postura contraria a los estados de excepción cambió con la Constitución de 1793. Este texto, que estuvo muy influenciado por el modo de pensar de la Roma Republicana, se expidió para afrontar el peligro de guerra interior poco después de la Revolución y dotó al Gobierno de poderes absolutos para alcanzar la paz y consolidar el Estado Republicano.

En esta Carta constitucional se siguieron los postulados de Rousseau el cual proponía que de acuerdo con la Constitución, debía hacerse una concesión de potestades extraordinarias con el objeto de solucionar una necesidad apremiante. Diferenció dos tipos de concesiones extraordinarias: la primera era aquella en la que

⁴ Cf. *Ibíd.* p. 425.

⁵ Cf. *Ibíd.* p. 425.

⁶ M.A. MALAGÓN PINZÓN: *La Ciencia de la Policía: Una Introducción Histórica al Derecho Administrativo Colombiano*, Memoria para optar al Grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Madrid, 2006, p.43, disponible en <http://alfama.sim.ucm.es/greco/digital.php>. Consultado el 1 de noviembre de 2008.

las leyes se suspendían, mientras que en la segunda se apoderaba de manera general al Ejecutivo, para que pudiera operar y solventar la emergencia.⁷

SCHMITT también se pronuncia al respecto y manifiesta que la primera concesión de potestades extraordinarias arriba mencionada se refiere a la dictadura propiamente dicha, pues implica una suspensión de la legislación, una interrupción de la voluntad general, que es la detentadora de la soberanía; mientras que la segunda configurará el llamado ‘estado de sitio’, porque hay una transmisión de poderes al Ejecutivo, pero no implica un cambio en la voluntad general.⁸

Posteriormente esta figura se desarrolló en la historia constitucional francesa, subsistiendo hoy todavía en la Carta de la Quinta República, previendo la motivación por circunstancias objetivas de gravedad del estado de excepción y condicionando la legislación del estado de sitio al restablecimiento de la normalidad funcional de los poderes públicos.⁹

Los anglosajones también conocieron en la época moderna, nos dice GARCÍA PELAYO, un mecanismo para solucionar las situaciones de crisis. Esta institución nació en Inglaterra, durante la guerra de las Dos Rosas y se llamó la ley marcial. Por medio de ella, se permitía al ‘Condestable’ del Ejército enjuiciar a los soldados por medio de un proceso sumario, que se realizaba según unas reglas que él mismo fijaba. Más adelante en tiempos de Isabel I, se permitió que con la ley marcial se juzgaran a los delincuentes políticos, extensión normativa que duró hasta el siglo XVII.¹⁰

La obra de John Locke, artífice intelectual de la Revolución, dotó al Poder Ejecutivo de un llamado poder de prerrogativa; éste constituyó una potestad

⁷ F. SAINT-BONNET: *L'Etat d'Exception*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, pp.274-277 citado por M. A, MALAGÓN PINZÓN: *La Ciencia de la Policía: Una Introducción Histórica al Derecho Administrativo Colombiano*, Memoria para optar al Grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Madrid, 2006, p.44, disponible en <http://alfama.sim.ucm.es/greco/digital.php>. Consultado el 1 de noviembre de 2008.

⁸ C. SCHMITT: *La Dictadura*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, citado por M. A, MALAGÓN PINZÓN: *La Ciencia de la Policía: Una Introducción Histórica al Derecho Administrativo Colombiano*, Memoria para optar al Grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Madrid, 2006, p.44, disponible en <http://alfama.sim.ucm.es/greco/digital.php>. Consultado el 1 de noviembre de 2008.

⁹ M. A, MALAGÓN PINZÓN: *La Ciencia de la Policía: Una Introducción Histórica al Derecho Administrativo Colombiano*, Memoria para optar al Grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Madrid, 2006, p.45, disponible en <http://alfama.sim.ucm.es/greco/digital.php>. Consultado el 1 de noviembre de 2008.

¹⁰ *Ibíd.* p.45.

discrecional que se otorgaba al Monarca para regular aquellas situaciones que el Legislativo no podía prever, por ser circunstancias excepcionales.

Este poder no era absoluto, porque se encontraba limitado por el ‘trust’ o encargo de confianza que el pueblo le otorgaba a los tres poderes del Estado para que obraran de acuerdo con el bien público, el cual podía ser revocado si esto se incumplía.¹¹

En el caso del Ecuador, el estado de emergencia ha sido permanentemente tipificado en la Constitución desde los inicios de la República. Si bien no ha estado conceptualizado como ‘estado de emergencia’ siempre han existido normas cuyo objeto principal ha sido subsanar las circunstancias de crisis que amenacen alterar o quebrantar el ordenamiento jurídico.

La Constitución de 1830, dentro de las atribuciones del Presidente del Estado, establece que este puede tomar las medidas necesarias para defender y salvaguardar al país en caso de invasión exterior o conmoción interior, pero no especificó cuáles eran estas atribuciones por lo que al parecer estas eran amplias¹².

La Constitución de 1835 fue más específica al respecto y delimitó las atribuciones del Presidente durante estos periodos de conmoción¹³. Este principio de la delimitación se ha mantenido permanentemente en nuestras Constituciones con algunas variaciones menores en cuanto a las atribuciones presidenciales durante la emergencia, mas no en el concepto y en su carácter reaccionario ante una situación extraordinaria de crisis.

Desde la Constitución de 1845 hasta la de 1897; es decir, en ocho normas constitucionales, se establecen prácticamente las mismas atribuciones para el Primer Mandatario durante el periodo de emergencia, estas guardaban relación con la movilización de la guardia nacional o fuerzas armadas y la admisión de tropas

¹¹ *Ibíd.* p.46.

¹² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1830, Artículo 35.

¹³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1835, Art. 62.- En caso de invasión exterior repentina, o de conmoción interior a mano armada, podrá el Poder Ejecutivo, tomar anticipadamente contribuciones; contraer deudas sobre el crédito público, y aumentar el ejército hasta donde se crea necesario: reunir temporalmente en una sola persona el mando político y militar; conceder en el territorio insurrecto indultos generales y particulares; arrestar, interrogar, o hacer interrogar, a los indicados del crimen de conspiración, poniéndolos dentro de tres días a disposición del juez competente: trasladarlos, por un tiempo absolutamente necesario a otro punto de la República; y variar la residencia del Gobierno, cuando la Capital se hallase amenazada, hasta que cese el peligro.

auxiliares si la situación lo requiera¹⁴, exigir anticipadamente las contribuciones de las rentas o de empréstitos¹⁵, control de puertos¹⁶, confinar por un tiempo determinado a los causantes de la crisis en un lugar de la República o fuera de ella¹⁷, conceder amnistías o indultos particulares¹⁸ y variar la capital cuando ésta se hallare amenazada¹⁹.

A partir de la Constitución de 1906 se establecen límites a la utilización de fondos públicos para las emergencias prohibiendo la utilización de aquellos destinados a la instrucción pública, beneficencia y ferrocarriles. En las Constituciones de 1929 y 1945 se reorganizan los campos no susceptibles de intervención de fondos en una emergencia estableciéndose como áreas de prioridad al sector social, ferrocarriles y deuda pública.²⁰ En la Constitución de 1946 se prohíbe la intervención de fondos fiscales en casos de conmoción interna o conflicto exterior tan solo en las áreas de Asistencia Pública y Sanidad²¹.

La Norma Fundamental de 1967 por su parte regula detalladamente la declaración de ‘estado de sitio’. En ella se establecen dos casos en los cuales puede ser declarado el mencionado estado: conmoción interna o conflicto con el exterior²². Se incluye además la figura de calamidad pública en la cual el Presidente puede utilizar algunas de las atribuciones concedidas en el estado de sitio para solventar emergencias naturales como terremotos, inundaciones, incendio, etc.²³

También se menciona claramente los requisitos que debe cumplir dicha declaratoria como: señalarse con precisión las facultades extraordinarias cuyo

¹⁴ CONSTITUCIONES DEL ECUADOR DE: 1845, Art 75, numeral 1; 1851 Art. 60, numeral 1; 1852 Art. 73 numerales 1 y 6; 1861 Art. 71, numerales 1 y 5; 1869, Art. 61, numeral 5; 1878, Art. 80, numerales 1 y 7; 1884, Art. 94 numerales 1 y 7; 1897, Art. 98, numerales 1 y 7.

¹⁵ CONSTITUCIONES DEL ECUADOR DE: 1845, Art. 75, numerales 2; 1851 Art. 60, numeral 2; 1852 Art. 73 numeral 2; 1861 Art. 71, numeral 2; 1869, Art. 61, numeral 6; 1878, Art. 80, numerales 2 y 3; 1884, Art. 94 numerales 2 y 3; 1897, Art. 98, numerales 2 y 3.

¹⁶ CONSTITUCIONES DEL ECUADOR DE: 1852, Art. 73, numeral 7; 1861 Art. 71, numeral 6; 1869, Art. 61, numeral 6; 1878, Art. 80, numeral 8; 1884, Art. 94 numeral 8; 1897, Art. 98, numeral 8.

¹⁷ CONSTITUCIONES DEL ECUADOR DE: 1851, Art. 60, numeral 4; 1852 Art. 73 numeral 5; 1861 Art. 71, numeral 4; 1869, Art. 61, numeral 7; 1878, Art. 80, numeral 5; 1884, Art. 94 numerales 5 y 6; 1897, Art. 98, numerales 5 y 6.

¹⁸ CONSTITUCIONES DEL ECUADOR DE: 1845, Art. 75, numeral 3; 1851 Art. 60, numeral 3; 1852 Art. 73 numeral 3.

¹⁹ CONSTITUCIONES DEL ECUADOR DE: 1845, Art. 75, numeral 4; 1851 art. 60, numeral 5 ; 1852 Art. 73 numeral 4; 1861 Art. 71, numeral 3; 1869, Art. 61, numeral 5; 1878, Art. 80, numeral 4; 1884, Art. 94 numeral 4; 1897, Art. 98, numeral 4.

²⁰ CONSTITUCIONES DEL ECUADOR DE: 1929, Art. 86 y 1945, Art. 68.

²¹ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DE 1946, Art. 94 numeral 5.

²² CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DE 1967, Art. 185.

²³ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DE 1967, Art. 189.

ejercicio asume la Función Ejecutiva, las garantías constitucionales que desde ese momento se suspenden, el plazo de duración de la medida de emergencia y las causas que la motivaron.²⁴

Entre las limitaciones que debía observar la mencionada declaratoria en la Constitución de 1965 se encontraban: no violar la Constitución y las leyes; impedir o coartar el proceso electoral; emplear procedimientos de coacción moral o física y favorecer determinados intereses en las elecciones; atentar contra la independencia de los jueces o interponer su autoridad en los procedimientos judiciales; disolver el Congreso u oponerse al libre ejercicio de sus funciones, expatriar a un ciudadano, entre otras.²⁵

La Constitución de 1979, por su parte, establece cuatro causales para la declaratoria de emergencia las cuales se mantiene hasta el día de hoy en nuestra naciente Constitución: inminente agresión externa, guerra internacional o grave conmoción o catástrofe interna. Las atribuciones del Presidente de la República no difieren en lo sustancial con las actuales, generando principalmente mayores poderes al Ejecutivo y limitando determinados derechos a los ciudadanos.

En cuanto a las Constituciones de 1998 y la actual, en lo que se refiere al régimen de crisis, no existen variaciones mayores. La Constitución vigente desde octubre de 2008 se refiere al ‘estado de emergencia’ como ‘estado de excepción’ lo cual en lo medular no genera mayores diferencias ya que el régimen y el fin de esta figura constitucional no varía. En lo que se refiere a las causales para declarar el estado de emergencia la Constitución de Montecristi incluye un nueva causal como lo es la ‘calamidad pública’. Las atribuciones del Presidente una vez declarado el estado de emergencia o de excepción son las mismas en la Constitución de 1998 y 2008.

La principal diferencia entre las dos normas constitucionales la encontramos en el control y la responsabilidad de los funcionarios públicos por sus actos durante el periodo de emergencia. La Constitución de Montecristi prevé dentro de la sección del ‘Estado de Excepción’ el control constitucional que debe realizar la Corte Constitucional sobre la pertinencia de la declaratoria sin perjuicio del control

²⁴ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DE 1967, Art. 185

²⁵ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DE 1967, Art. 190

político que realice la Asamblea Nacional, además también establece la responsabilidad a la que están sujetos los servidores públicos por los abusos cometidos durante el ejercicio de sus facultades durante el estado de excepción.²⁶

1.2.2 Concepto y características

Una vez analizados los orígenes y desarrollo del estado de emergencia en el mundo y en nuestro país es indispensable analizar el concepto y características de esta figura ya que la ligereza con la que se la ha utilizado nos hace creer que su concepto y limitaciones no están del todo comprendidos.

El profesor RESTREPO PIEDRAHÍTA manifiesta que la experiencia histórica enseña que no hay orden ni normalidad perdurables en el mundo político-social. Considera que el acontecer social está constituido por periodos y procesos relativamente prolongados de conflictividad activa y épocas de equilibrio o reducción de tensiones. En este sentido, define a las circunstancias de crisis como aquellos tiempos de zozobra social, de graves desproporciones, de inestabilidad del orden establecido por falta de legitimidad en los que no puede haber normalidad constitucional.²⁷

Partiendo de este análisis las circunstancias de crisis, cualquiera que sea su origen, pueden traer graves complicaciones al orden constitucional y generan necesariamente efectos jurídicos. Es por eso que los acaecimientos conflictivos o inesperados que tienen que soportar una sociedad, sean estos naturales o sociopolíticos, si bien no pueden ser disciplinados tienen que ser necesariamente previstos por las normas constitucionales y legales. Los poderes de crisis institucionales como los Estados de Emergencia o de Excepción son precisamente el conjunto de facultades excepcionales previstas en el ordenamiento jurídico, específicamente en la Constitución, como respuesta jurídica a situaciones fácticas extremas, sobrevinientes que tiene como finalidad esencial la de preservar el imperio de la legalidad.

²⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008, Artículo 166.

²⁷ Cf. C. RESTREPO PIEDRAHÍTA: *Las facultades Extraordinarias*, Bogotá, Publicaciones U. Externado de Colombia, 1973, p. 223.

El estado de emergencia, de sitio o de excepción es entonces un mecanismo constitucional de carácter extraordinario cuyo fin es preservar la vigencia del sistema constitucional ante situaciones graves, ocasionales y transitorias de emergencia. Es una garantía institucional, que a través de una limitación parcial y de interpretación restrictiva de las garantías constitucionales individuales, procura defender el sistema político en situaciones graves y anómalas que no pueden ser remediadas mediante la aplicación de remedios ordinarios.²⁸

Tales situaciones pueden provenir, de acontecimientos físicos (desastres naturales), políticos (golpe de estado, rebelión), desde el exterior (ataque internacional), desde el interior (conmoción interna), entre otros. Se trata de situaciones que comprometen gravemente el funcionamiento de las instituciones jurídicas y políticas que estructuran el Estado.

Por tanto, los regímenes de crisis o ‘estados de emergencia’ se declaran para proteger la Constitución, no para suspender su vigencia. Es un arma de defensa extraordinaria puesta en manos de los poderes políticos para que puedan proteger a la Constitución y al Estado de amenazas igualmente extraordinarias. La mencionada declaratoria no autoriza al Gobierno el ejercicio de poderes que contradigan a la Constitución o que ésta no contemple, pero sí justifica, con respecto a los poderes concedidos, un ejercicio pleno en consideración a las circunstancias particulares que generaron dicho estado²⁹.

La finalidad del ordenamiento constitucional, consiste principalmente en consagrar la libertad y dotarla de la protección adecuada para evitar su violación y desnaturalización por el accionar de gobernados y gobernantes. El estado de emergencia es una herramienta para la defensa de esta libertad, pero su funcionamiento solo es concebible dentro de los límites establecidos por la propia Constitución.³⁰

²⁸ Cf. G. BADENI: *Instituciones de Derecho Constitucional*, Bs.As., Editorial AD-HOC, 1era. Ed., 1997, p. 723.

²⁹ Cf. H.J. ZARINI: *Derecho Constitucional*, Bs.As., Editorial Astrea, 2da. Ed., 1999, p. 642.

³⁰ Cf. G. BADENI: *Instituciones de Derecho Constitucional*, Bs.As., Editorial AD-HOC, 1era. Ed., 1997, p. 726.

Los regímenes de crisis han sido denominados de diferentes maneras como por ejemplo: facultades extraordinarias, poderes excepcionales, conmoción interior o exterior, estado de urgencia, estado de emergencia, estado de alarma, estado de excepción, estado de sitio, entre otros; sin embargo, según cada concepción esos poderes pueden tener alcance y procedimientos diversos.

Por ejemplo, en España el ‘estado de alarma’ tiene una naturaleza diferente a la de los estados de excepción y sitio, éstos dos últimos tienen una naturaleza eminentemente política, mientras que el estado de alarma presenta una naturaleza social, que obedece a una doble finalidad: ser instrumento frente a las grandes catástrofes naturales y ser la primera respuesta frente a una emergencia de orden público. Abarca, por tanto, situaciones de alteración del orden público que no hagan necesaria la declaración del estado de excepción.³¹

Sin embargo, el objeto principal de todo régimen de crisis, como mencionamos anteriormente, es subsanar las circunstancias de crisis que amenacen alterar o quebrantar el ordenamiento jurídico³² y en nuestro país estos términos han sido utilizados indistintamente a lo largo de la historia por lo que para efectos de este trabajo argumentativo se utilizara a manera de sinónimos los términos estado de emergencia, excepción y sitio.

En cuanto a las características del estado de emergencia este tiene como premisa nacer como consecuencia de una situación extraordinaria o excepcional que requiera una reacción de esta naturaleza. Es decir, no debe existir otra alternativa de acción en el caso concreto que el dictado de las medidas excepcionales contempladas en la Constitución, la emergencia debe poner en peligro al mismo Estado, a su ordenamiento jurídico o a sus instituciones.

Los estados de excepción son herramientas de ‘ultima ratio’, a la que cabe acudir solamente ante el fracaso de los medios ordinarios de solución de los conflictos por lo que tiene un carácter estrictamente subsidiario³³.

³¹ Cf. E.M BRU PERAL: “Estados de Alarma, Excepción y Sitio”, en *Derechos y Libertades Revista del Instituto Bartolome de las Casas*, Madrid, p.148, disponible en dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=175149. Consultado el 15 de marzo de 2009.

³² Cf. V. NARANJO MESA: *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, p.428.

³³ G. GONZÁLEZ CAMPAÑA: “Suspensión de Derechos y Garantías en Estados de Emergencia”, disponible en http://www.gordillo.com/Pdf/DH--5/Capitulo_VII.pdf. Consultado el 12 de enero de 2009.

Por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) ha criticado la práctica de varios países que han dictado estados de emergencia sin que las circunstancias lo justifiquen, como un medio de acrecentar la discrecionalidad del ejercicio del poder público.³⁴

Además, la motivación para decretar un estado de emergencia tiene que ser legítima, de buena fe, y deben obedecer al interés general, no pueden ser desproporcionados con los bienes o valores protegidos. Los remedios proporcionados por los estados de excepción deben ser adoptados sólo en cuanto lo requieran las circunstancias, lo que importa un criterio de razonabilidad entre los medios empleados y los fines perseguidos.

Este requisito se refiere a la prohibición de suspender innecesariamente ciertos derechos, imponer restricciones mayores a las que demanda la situación, o extender injustificadamente la suspensión de derechos a áreas no afectadas por la emergencia.

En virtud del principio de proporcionalidad, no sólo la declaración de emergencia debe estar plenamente justificada, sino que además, el Estado debe demostrar que las medidas específicas dictadas para paliar aquélla, eran requeridas por las exigencias de la situación. Ello significa que aún cuando un derecho se encuentre válidamente derogado en virtud de la emergencia, no será totalmente inaplicable, sino sólo en la medida que resulte necesario a la consecución del fin, que no es otro que el regreso a la normalidad institucional.³⁵

En este mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) ha considerado ilegales las medidas que violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere recurrido en desviación o abuso de poder.³⁶

Otra característica de la declaratoria de estado de excepción es que la emergencia debe tratarse de una situación real o inminente. Tiene que originarse en

³⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Anual 1980-1981, p. 115.

³⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Observación General No. 29, sobre el Estado de Emergencia, disponible en: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Documentsfrsets?OpenFrameSet>. Consultado el 13 de marzo de 2009.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “El habeas corpus bajo suspensión de garantías”, *Opinión Consultiva No. 8 de 30 de enero de 1987*, párr. 38, 39.

hechos objetivos, verificables por cualquier observador imparcial, y reales, esto es, no pueden ser potenciales o eventuales. Además, la emergencia tiene que ser seria, motivada por una situación excepcional, que signifique una amenaza para la vida organizada del país.

La Comisión ha establecido que las medidas relacionadas con el estado de emergencia sólo pueden encontrar justificación frente a amenazas reales al orden público o a la seguridad del Estado.³⁷ La Comisión ha calificado como ‘estados de sitio ficticios’ aquellos en que los hechos alegados que justificarían su declaración no han ocurrido.³⁸

Una característica fundamental del estado de emergencia es su transitoriedad; es decir, su duración debe estar sujeta a un tiempo limitado ya que su fin es específico y una vez solucionado pierde su razón de ser, además, debe estar claramente delimitado el lugar donde ha de regir.

La Comisión ha resaltado la gravedad de decretar estados de emergencia por períodos de tiempo indefinidos o prolongados, lo que en ciertos casos puede llevar a la negación misma de la existencia del Estado de Derecho.³⁹

El decretar estados de excepción es potestad restrictiva del Presidente de la República, pero no confieren a este poderes nuevos, extraordinarios o sobre la Constitución, más bien todo lo contrario, autoriza al ejercicio pleno de poderes ordinarios, en atención a las circunstancias excepcionales que constituyen la emergencia⁴⁰. Todas las atribuciones presidenciales están bien delimitadas por la norma constitucional.

Finalmente, los regímenes de crisis (entiéndase estado de emergencia) están sujetos a control político, constitucional y jurisdiccional debido a que no tiene un

³⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe Anual” 1980-1981, p. 115.

³⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Estudio preliminar del Estado de Sitio y la Protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos”, Washington, Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe Anual” 1980-1981, pág. 115.

⁴⁰ Cf. H.J. ZARINI: *Derecho Constitucional*, Bs.As., Editorial Astrea, 2da. Ed., 1999, p. 643 y 644.

régimen jurídico especial en cuanto al control, sostener lo contrario sería contravenir la propia Constitución de la República.

1.3 Régimen del estado de emergencia en la Constitución de 1998.

Es indispensable para este trabajo conocer el régimen del estado de emergencia contemplado en la Constitución Política del Ecuador promulgada en 1998 debido a que esta norma fundamental estaba vigente a la época de la emisión del Decreto Ejecutivo No. 1348 por lo que de la coteja que se haga entre la Norma Fundamental y el Decreto mencionado se desprenderá su pertinencia.

La Carta Magna de 1998 regula al estado de emergencia dentro del título VII de la Función Ejecutiva, específicamente en el capítulo cuarto. El artículo 180 establece que el Presidente de la República decretará el estado de emergencia, en todo el territorio nacional o en una parte de él, en caso de inminente agresión externa, guerra internacional, grave conmoción interna o catástrofes naturales. Estas causales están sometidos a un riguroso *numerus clausus*; es decir, no pueden ser más, ni pueden ser otras. También nos dice que el estado de emergencia podrá afectar a todas las actividades de la sociedad o algunas de ellas.

Por tanto, del entendimiento de este artículo se desprende que la única autoridad competente para declarar el Estado de emergencia en el Ecuador es el Presidente de la República y este a su vez puede ser declarado en cuatro casos específicos: inminente agresión externa, guerra internacional, grave conmoción interna o catástrofes naturales.

Como hemos ya manifestado todas estas causales representan situaciones extremas. Hechos de una magnitud que puedan representar un riesgo mayor al Estado y su institucionalidad. No hay que olvidar que se tiene que establecer en la declaratoria de emergencia el lugar donde va a regir el estado de emergencia ya que este es un requisito incluido en el artículo en mención.

En el artículo 181 se establecen las atribuciones del Presidente de la República una vez decretado el estado de emergencia las cuales brindan potestades

excepcionales al primer mandatario con el fin de solucionar la crisis. Estas atribuciones buscan procurar fondos para superar la crisis⁴¹, resguardar al gobierno y al territorio nacional⁴² y limitar derechos individuales de los ciudadanos con el fin de superar la crisis.⁴³

Los efectos del estado de emergencia con respecto a la suspensión o limitación de derechos solamente se extenderán sobre aquellos que están establecidos en el artículo 181 y solo en caso de que sean necesarios para el logro de los objetivos perseguidos por la declaratoria de emergencia.

RAFAEL BIELSA en este sentido establece que las limitaciones de derechos no abarcan los derechos de carácter político, como tampoco las garantías jurídicas concernientes a los derechos patrimoniales y de familia, como la propiedad, el matrimonio o las garantías jurisdiccionales⁴⁴.

En el artículo 182, por su parte, se establece la obligación del Presidente de la República de notificar la declaración del estado de emergencia al Congreso Nacional, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la publicación del Decreto correspondiente⁴⁵ y el plazo de vigencia que tendrán los decretos de estado de emergencia⁴⁶.

⁴¹ Artículo 181.- 1. Decretar la recaudación anticipada de impuestos y más contribuciones. 2. Invertir para la defensa del Estado o para enfrentar la catástrofe, los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación.

⁴² Artículo 181.- 3. Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional. 4. Establecer como zona de seguridad todo el territorio nacional, o parte de él, con sujeción a la ley. 7. Disponer el empleo de la fuerza pública a través de los organismos correspondientes, llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella. 8. Disponer la movilización, la desmovilización y las requisiciones que sean necesarias, de acuerdo con la ley. 9. Disponer el cierre o la habilitación de puertos..

⁴³ Artículo 181.- 5. Disponer censura previa en los medios de comunicación social. 6. Suspender o limitar alguno o algunos de los derechos establecidos en los números 9, 12, 13, 14 y 19 del Artículo 23, y en el número 9 del Artículo 24 de la Constitución; pero en ningún caso podrá disponer la expatriación, ni el confinamiento de una persona fuera de las capitales de provincia o en una región distinta de aquella en que viva.

⁴⁴ R. BIELSA: *Derecho Constitucional*, Bs.As, p.331 citado por G. BADENI: *Instituciones de Derecho Constitucional*, Bs.As, Editorial AD-HOC, 1Ed., 1997, p. 733.

⁴⁵ El Congreso Nacional tiene la facultad de revocar el Decreto en cualquier tiempo si las circunstancias lo justificaren. Además debe ser notificado en caso de renovación del decreto y debe recibir el informe del Presidente de la República una vez se ha decretado su terminación.

⁴⁶ El Decreto de Estado de emergencia tendrá vigencia hasta por un plazo máximo de sesenta días.

También se establece en la norma constitucional que el Decreto de estado de emergencia puede ser renovado y que cuando las causas que lo motivaron hayan desaparecido se decretará su terminación.

Los tres artículos antes mencionados regularon y limitaron el régimen del estado de emergencia en nuestro país hasta octubre de 2008 por lo que todas las declaratorias de emergencia realizadas hasta esta fecha, siendo este el caso del Decreto No. 1348, debían remitirse y cumplir con lo estipulado en ellas.

1.4 El Decreto Ejecutivo No. 1348 en cuanto a la forma

Como mencione anteriormente el Decreto Ejecutivo No. 1348 a la fecha de su expedición, 23 de septiembre de 2008, debía cumplir necesariamente con los requisitos establecidos en la Constitución vigente a la época, tanto de forma como de fondo.

La legalidad en la expedición del acto en los dos aspectos antes mencionados es indispensable de analizar ya que toda actividad pública debe tener como obligatoria referencia a una norma jurídica sea esta la ley o sea la Constitución de la República. En el caso del Decreto No.1348 este tenía que guardar necesaria concordancia con lo dispuesto por la Constitución vigente al momento de su expedición.

El análisis formal del Decreto Ejecutivo No. 1348 contempla la comprobación de que su contenido guarde estricta relación con los requisitos exigidos por la Constitución; es decir, autoridad competente, instrumento jurídico necesario, motivación y tiempo de vigencia.

Como vimos arriba la autoridad competente para decretar el estado de emergencia es el Presidente de la República. Por tanto, el instrumento jurídico pertinente para realizar la declaratoria de emergencia es el Decreto Ejecutivo al ser este el instrumento a través del cual el Primer Mandatario adopta las decisiones que le faculta la Constitución y las leyes sean estas de carácter general o específico⁴⁷,

⁴⁷ ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Art. 11 literal f.

como bien lo establece el mismo artículo al mencionar que el Presidente ‘decretará’ el estado de emergencia.

Además, como también está estipulado en la Constitución de 1998, las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. Entendiendo a la motivación como la enunciación de normas y principios jurídicos en que se haya fundado la resolución, así como la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho⁴⁸.

El Presidente de la República en el Decreto Ejecutivo en mención, independientemente de la pertinencia o claridad de los motivos y de nuestra apreciación sobre ellos, incluye las razones por las cuales decide decretar el estado de emergencia manifestado que su fin principal es superar las deficiencias causadas al servicio de energía eléctrica por la paralización de la Central Hidroeléctrica “San Francisco” así como en todos los proyectos en los que haya participado o se encuentre participando la compañía Norberto Odebrecht S.A como “Toachi-Pilatón”, “Carrizal Chone”, “Baba” y “Aeropuerto de Tena”.

En lo referente al tiempo de vigencia del estado de emergencia, si bien no se menciona explícitamente en el Decreto, la Constitución de la República establece que este no será mayor a sesenta días.⁴⁹ Por lo que se sobreentiende que este Decreto tendrá el plazo máximo contemplado por la Constitución.

Por tanto, en lo referente a la autoridad competente, al instrumento jurídico por medio del cual se debía realizar la declaratoria de estado de emergencia, a la motivación necesaria, al tiempo de duración y al lugar donde regiría la declaratoria de estado de emergencia el Decreto Ejecutivo No. 1348 cumple con las normas constitucionales y se remite a ellas, por lo que en el aspecto formal la declaratoria de estado de emergencia se mantiene dentro del ordenamiento jurídico vigente a la época. Distinto es el caso al analizar el contenido mismo del Decreto Ejecutivo.

1.5 El Decreto Ejecutivo No. 1348 en cuanto al contenido

⁴⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1998, Art. 24, numeral 13.

⁴⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1998, Art. 182

Como manifestamos anteriormente el Art. 180 de la Constitución de 1998 establece taxativamente cuatro casos en los que el Presidente de la República puede hacer uso de las facultades extraordinarias concedidas por el Estado de emergencia: en caso de inminente agresión externa, guerra internacional, grave conmoción interna o catástrofes naturales.

Las causales mencionadas por la norma constitucional son eventualidades graves que sin duda deben ser atendidas a la brevedad posible porque ponen en riesgo la normal continuidad del Estado o afectan considerablemente a los habitantes del mismo. En este sentido, la declaratoria de estado de emergencia es una facultad excepcional, que otorga facultades extraordinarias al Presidente de la República como medida reaccionaria a una situación particular contemplada por la Constitución de la República. Sin embargo, esta ‘situación particular’ o circunstancia de crisis tiene que ser suficiente y encajar con las causales establecidas en la Constitución para que sean motivo suficiente y legítimo del uso del régimen de crisis.

Consecuentemente, la declaratoria de emergencia no solo tiene que ser motivada, sino que tiene que ser correctamente motivada para determinar su pertinencia y un distintivo fundamental de la correcta motivación de cualquier acto de autoridad pública es la pertinencia de su aplicación con respecto a los antecedentes de hecho.

En el caso objeto de análisis los antecedentes de hecho que motivan la declaratoria de emergencia están ligados a inconvenientes que nacen de una relación contractual entre partes privadas. Por un lado Hidropastaza S.A la cual -como analizamos anteriormente- es una compañía de derecho privado, concesionaria del proyecto hidroeléctrico “San Francisco” de la cual es dueña del 100% del paquete accionario una entidad pública como lo es el Fondo de Solidaridad y por otro lado el consorcio Odebrecht- Alstom- Va tech, compañías contratadas por Hidropastaza S.A para la optimización del diseño de ingeniería básica, realización de la ingeniería de detalle, diseño, construcción y puesta en marcha de todos los componentes de la Central Hidroeléctrica “San Francisco”.

En segundo lugar, dentro de la motivación del Decreto Ejecutivo No. 1348 se establece que el fin del mismo es “evitar un estado de conmoción interna” es decir, se da un carácter preventivo a la declaratoria de estado de emergencia, cuando la naturaleza del mismo es reaccionar ante una situación excepcional que ponga en riesgo la integridad del Estado o de sus habitantes no de prevenirla ya que lo contrario sería darle una interpretación extensiva a la norma que desnaturaliza el sentido mismo de los estados de emergencia y por supuesto se presta a lamentables abusos de poder.

Además, el Decreto Ejecutivo No. 1348 extrañamente en un principio manifiesta que su objetivo es “evitar un estado de conmoción interna” derivados de las deficiencias causadas al servicio de energía eléctrica por la paralización de la Central Hidroeléctrica “San Francisco” y en base a ello incluye la motivación respectiva; sin embargo, posteriormente incluye como nuevos objetivos del Decreto Ejecutivo superar también las deficiencias en los proyectos denominados “Toachi-Pillatón”, “Carrizal-Chone”, “Baba”, y “Aeropuerto del Tena” sin incluir motivación alguna que justifique esta decisión, sino que además declara en emergencia a todos los proyectos en los que haya intervenido o se halle interviniendo la compañía Constructora Norberto Odebrecht S.A desnaturalizando por completo al estado de emergencia ya que las medidas aplicadas son claramente desproporcionadas e inconsecuentes con el objetivo de la mencionada declaratoria de emergencia, lo que nos lleva a establecer que de ninguna manera se busca solucionar una situación en la que el Estado o sus instituciones se encuentren en riesgo, sino que se lo utiliza como medio de terminación contractual y de retaliación política en contra de la compañía Norberto Odebrecht S.A por las deficiencias encontradas en la Central Hidroeléctrica “San Francisco”.

A continuación procederé a analizar más profundamente cada uno de los puntos que hemos mencionado anteriormente y que determinan la improcedencia de la declaratoria de estado de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348 por la desnaturalización del estado de emergencia y por errónea motivación.

1.5.1 Desnaturalización del estado de emergencia

El Estado de emergencia como hemos manifestado a lo largo del capítulo es una herramienta extraordinaria que la Constitución de la República contempla, en la cual se entrega facultades igualmente particulares al Presidente de la República con el único fin de superar situaciones anormales, de excepción o críticas que generen un alto riesgo para el Estado específicamente delimitadas por la Norma Fundamental.

Su naturaleza, por tanto, es reaccionar y superar estas vicisitudes graves, a través de medidas que acrecientan ciertas competencias del poder -igualmente limitadas por la Carta Magna- y a través de limitaciones más severas que las normales para el ejercicio de determinados derechos, libertades o garantías.⁵⁰

Por tanto, elementos indispensables del régimen de estado de emergencia y que ratifican su naturaleza son: en primer lugar la existencia real de una situación de emergencia, pero no cualquier emergencia, sino una considerada grave y que sobre todo esté contemplada en la Constitución de la República como causal para la declaratoria de estado de emergencia. Segundo, que una vez declarado el estado de emergencia este acto se corresponda con las normas constitucionales vigentes que regulan restrictivamente al régimen de estado de emergencia, y tercero que las medidas adoptadas en consecuencia de la declaratoria sean igualmente acordes con las limitaciones establecidas por la Constitución y que a la vez guarden con los parámetros de razonabilidad⁵¹.

La declaratoria de Estado de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348 guarda algunas particularidades que desnaturalizan su fin y son utilizadas claramente para fines ajenos a solucionar dificultades que generen un alto riesgo para la existencia misma del Estado o que ponga en riesgo la continuidad de sus instituciones.

1.5.1.1 Declaratoria de estado de emergencia para solucionar disputas contractuales

⁵⁰ Cf. G.J. BIDART CAMPOS: *Compendio de Derecho Constitucional*, Bs.As., Ediar, 1Ed., , 2004, p.203

⁵¹ Cf. *Ibíd.* p.203

Los antecedentes de hecho que motivan la declaratoria de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348 son los siguientes:

En primer lugar, se menciona la concesión del Proyecto Hidroeléctrico “San Francisco” a Hidropastaza S.A, posteriormente se refiere al contrato para la optimización del diseño de ingeniería básica, realización de la ingeniería de detalle, diseño, construcción y puesta en marcha de todos los componentes de la Central Hidroeléctrica “San Francisco” firmado entre Hidropastaza S.A y el consorcio Odebrecht- Ansaldo- Chi.

También se establece como un antecedente de hecho la cesión de los derechos y obligaciones del mencionado contrato por parte del consorcio Odebrecht- Ansaldo- Chi a favor del Consorcio Odebrecht- Alstom- Va Tech. Seguidamente se establece en el Decreto los daños inesperados en la Central Hidroeléctrica, de los cuales se acusa como responsables al consorcio constructor lo que generó su paralización y la consecuente interrupción de la producción de energía eléctrica. Menciona también como antecedente la negativa del consorcio brasileño a indemnizar al Estado ecuatoriano en base al contrato firmado y enuncia los proyectos en los cuales estaba trabajando el consorcio extranjero.

Es decir, prácticamente todos los antecedentes de hecho que motivaron la declaratoria de emergencia son relaciones enteramente contractuales entre personas jurídicas de derecho privado. Relaciones las cuales cuentan con un régimen jurídico determinado para la solución de conflictos el mismo que debe ser aplicado por las partes contratantes.

Si bien los antecedentes descritos por el Decreto Ejecutivo No. 1348, relatan la evolución de las relaciones contractuales llevadas a cabo para la construcción de la Central Hidroeléctrica “San Francisco” y su posterior daño técnico, así como las supuestas deficiencias encontradas en otros proyectos de la compañía Constructora Norberto Odebrecht S.A, no son pertinentes para declarar el estado de emergencia nacional debido a que los inconvenientes derivados de las relaciones contractuales entre privados, las deficiencias en la ejecución de determinados contratos con una concesionaria o la negativa de una compañía a pagar indemnizaciones sin proceso

previo no entran dentro de los casos previstos en el art. 180 de la Constitución de 1998 como hemos ya enunciado, ni siquiera en la causal de grave conmoción interna debido a que en el mismo decreto se admite que no existe esta situación fáctica, sino que se busca evitar una ‘posible’ conmoción interna.

Además, el estado de grave conmoción interna que se establece en la Constitución de 1998 no es un estado imaginario es un hecho factico, tangible en el cual el conglomerado de un Estado se encuentre consternado a agobiado por un hecho en particular. La expresión conmoción interna debe ser entendida en forma genérica y comprensiva de todo tumulto, sublevación, levantamiento, conflicto social, político o económico que signifique un peligro serio para el orden constitucional.⁵²

Si bien la paralización de la Central Hidroeléctrica “San Francisco” generó problemas en la provisión de energía del país nunca generó un estado de conmoción interna.

Para declarar el estado de emergencia no es suficiente cualquier perturbación, sino aquella que ponga en peligro la continuidad del Estado. Por lo que los problemas devenidos de una relación contractual entre personas jurídicas de derecho privado debían ser solucionados a través de las herramientas jurídicas ordinarias otorgados por la ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que la suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos

⁵² Cf. G. BADENI: *Instituciones de Derecho Constitucional*, Bs.As., Editorial AD-HOC, 1Ed., 1997, p. 727.

Humanos y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos.⁵³

En definitiva, la declaratoria de emergencia como hemos venido sosteniendo está reservada para casos específicos, extraordinarios, taxativamente establecidos en la Constitución de la República por lo que, en base a los antecedentes de hecho establecidos en el mismo Decreto Ejecutivo No. 1348, no es pertinente la declaratoria de estado de emergencia ya que los problemas derivados de relaciones contractuales no son motivación suficiente para declararlo.

1.5.1.2 Utilización del estado de emergencia de manera preventiva

El Decreto Ejecutivo No. 1348 en repetidas ocasiones en los considerandos y en los artículos del mismo, establece que su intención es “evitar un estado de conmoción interna”⁵⁴ razonamiento que considero equivocado ya que el estado de emergencia en esencia no tiene carácter preventivo.

La emergencia en sentido semántico, es un hecho, un accidente que ‘sobreviene’ es decir presupone ‘emerger’ o ‘salir’, de una situación que se produce a consecuencia de un hecho real de crisis. Para que exista emergencia es indispensable que exista un hecho que genera ese estado.

La declaratoria de estado de emergencia es, de igual manera, esencialmente reaccionaria. Su utilización se debe dar a consecuencia de una situación problemática real que necesite de una solución inmediata y excepcional y que por ese motivo no pueda ser solucionado por los mecanismos ordinarios de funcionamiento del Estado.

La finalidad de la declaratoria de emergencia tiene dos objetivos: impedir daños mayores provocados por la situación de crisis y restablecer el orden alterado.

⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “ El Hábeas corpus bajo suspensión de garantías”, *Opinión Consultiva 8 de 1987*, párr. 20.

⁵⁴ En los considerandos se establece: “Que es necesario intervenir urgentemente (...) para salvaguardar los intereses de nacionales, ya que de no hacerlo, **podría causarse un estado de conmoción interna...**”. En el artículo 1 se establece: “Declárese la emergencia nacional (...) originado en la central hidroeléctrica San Francisco, **para evitar un estado de conmoción interna**, ante la posibilidad de apagones de luz generalizados en el territorio nacional. La emergencia nacional se decreta también para superar las deficiencias en los proyectos “Toachi- Pilatón”, “Carrizal- Chone”, “Baba”, y “Aeropuerto del Tena” (...) y **evitar así que se genere un estado de conmoción interna** en el país. (negritas son mías)

El estado de emergencia al ser una institución excepcional creada para defender la existencia del Estado mismo, la cual concede atribuciones extraordinarias a un funcionario público, no puede basarse en meras expectativas como lo es “un posible estado de conmoción interna” y no puede ser utilizado con fines preventivos porque hacerlo constituye un abuso de poder que implica interpretaciones extensivas al alcance de la norma jurídica por parte de un funcionario público (entiéndase el Presidente de la República) el cual no está facultado por la Constitución vigente a la época para hacer esa interpretación, mas aun, cuando la norma constitucional es meridianamente clara al establecer como causal al “grave estado de conmoción interna” es decir un hecho de crisis real que necesite una solución excepcional.

SANCHEZ VIAMONTE⁵⁵ manifiesta que el estado de sitio (emergencia) no puede ser preventivo ni represivo. Nos dice, que no solo debe haberse producido el estado de conmoción interna, sino que este debe haber sido grave. Tampoco puede ser represivo ya que el estado de sitio o de emergencia no tiene como finalidad el castigo o represión ni de delitos, ni de delincuentes perturbadores del orden. El autor considera que el estado de sitio o de emergencia tiene un carácter terapéutico o curativo ya que es una medida constitucional prevista para terminar el desorden y la perturbación existentes.

Los daños técnicos encontrados en la Central Hidroeléctrica “San Francisco” si bien generaron un problema, en ningún momento generaron un estado de grave conmoción interna en el país, como manda el artículo 180 de la Constitución de 1998, y no se puede considerar como conmoción interna la suspensión de operaciones en “San Francisco” porque el concepto de conmoción interna guarda intrínseca relación con los habitantes de un país.

Por tanto, consideramos que la utilización preventiva del estado de emergencia es equivocada debido a que la mera expectativa no constituye derecho por lo que el Presidente de la República estaría haciendo uso de facultades que no le otorga la Constitución o las leyes al interpretar extensivamente el alcance del artículo

⁵⁵ C. SÁNCHEZ VIAMONTE: *Ley Marcial y Estado de Sitio en el Derecho Argentino*, Bs.As., Perrot, 2 Ed., 1957 citado por J.F. ARMAGNAGUE: *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo III,, Bs.As., Depalma, 1997, p. 338.

180 de la Constitución de 1998 que claramente establece como una de las causales al “grave estado de conmoción interno” no al ‘potencial’ estado de conmoción interna que es la figura en la cual se fundamenta el Presidente de la República en el Decreto Ejecutivo No. 1348 para decretar el mismo.

1.5.1.3 Medidas adoptadas por el Presidente de la República exceden las atribuciones concedidas por la Constitución de 1998 en cuanto a la declaratoria de estado de emergencia.

Como hemos manifestado reiteradas ocasiones El Decreto Ejecutivo No. 1348 en los considerandos inicia relatando todos los acontecimientos suscitados en la concesión del Proyecto Hidroeléctrico “San Francisco”, desde el contrato de concesión a Hidropastaza S.A, hasta la negativa de la compañía internacional contratista del proyecto de indemnizar al Estado por los daños técnicos ocurridos en la planta aproximadamente un año después de la entrega por parte del consorcio constructor.

Es decir, en un principio, el objeto de la declaratoria de estado de emergencia parecía tener relación exclusiva con este hecho; sin embargo, posteriormente se incluye en el Decreto Ejecutivo ha todos los proyectos en los cuales la compañía Constructora Norberto Odebrecht S.A venía participando o ha participado en el pasado como contratista de obra y se manifiesta que esta compañía no ha cumplido eficientemente con sus labores en estos proyectos. Lamentablemente no se motiva esta decisión; no se establece a ciencia cierta cuáles son las mencionadas deficiencias y lo más importante no se establece si estas deficiencias han sido de tal magnitud que han generado un crisis dentro del país que amerite la declaratoria.

En los mismos considerandos, se establece que el propósito del Gobierno Nacional es recuperar la capacidad operativa del Proyecto Hidroeléctrico “San Francisco”, pero considera necesario intervenir urgentemente no solo en el mencionado proyecto hidroeléctrico, sino en todos los proyectos en los que haya intervenido la compañía Constructora Norberto Odebrecht S.A.

Es así, que en el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1348 se declara la emergencia nacional para superar la disminución de eficiencia en la prestación del servicio eléctrico originado en la Central Hidroeléctrica “San Francisco” y para superar las deficiencias en los proyectos que haya o se halle interviniendo la compañía Constructora Norberto Odebrecht S.A “ya que de no hacerlo, podría causarse un estado de conmoción interna”⁵⁶

En base a estas afirmaciones realizadas en el Decreto caben las siguientes observaciones.

La disminución de eficiencia en la prestación del servicio eléctrico y las deficiencias en proyectos que haya o se halle interviniendo una determinada compañía de ninguna manera justifican una declaratoria de estado de emergencia.

Además, los remedios utilizados por el Presidente de la República para superar el supuesto estado de emergencia son claramente desproporcionados e irrazonables ya que se termina relaciones contractuales legítimas a través de una motivación laxa e insuficiente ya que no se determina cuales son las deficiencias encontradas en todos los proyectos en los que ha intervenido la Constructora Norberto Odebrecht S.A y en qué medida estas deficiencias son suficientes para decretar el estado de emergencia.

La discrecionalidad con la que goza el Presidente de la República para decretar el Estado de emergencia tiene que ser entendida como un permiso que le da la Constitución para decidir si una situación de crisis real encaja dentro de las opciones que establece la Constitución de la República, mas no como libertad absoluta para decidir que situaciones fácticas pueden estar sujetas a una declaratoria de estado de emergencia.

El régimen de estado de emergencia es esencialmente restrictivo y en lo referente a las causales para declarar el estado de emergencia no existe discrecionalidad alguna, las cuatro causales están claramente determinadas por la

⁵⁶ Artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1348.

Constitución de 1998 y solo en esos casos se podía declarar el estado de emergencia.

No es demasiado difícil deducir entonces que la intención real del Decreto Ejecutivo en cuestión -muy aparte de superar las deficiencias en la prestación del servicio eléctrico y en los demás proyectos que menciona el Decreto, que dicho sea de paso no son causales suficiente para declarar el estado de emergencia- es terminar todo tipo de relación contractual con la compañía Constructora Norberto Odebrecht S.A para lo cual el Presidente de la República abusa del poder que le concede la Constitución de la República y a pretexto de “evitar un estado de conmoción interna” rompe arbitrariamente las relaciones contractuales que mantenía la compañía Constructora Norberto Odebrecht S.A desnaturalizando la institución del estado de emergencia y excediendo claramente las facultades que le otorga la Constitución para emitir el estado de emergencia y una vez emitido.

CAPITULO II

LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EMERGENCIA EN CUANTO A LA DISCRECIONALIDAD Y COMO ACTO POLÍTICO

2.1 Generalidades

En base a la simple lectura del Decreto Ejecutivo No. 1348 y a las múltiples declaratorias de emergencia que ha emitido el Presidente de la República durante sus dos años y cuatro meses de gobierno⁵⁷ parecería ser que la decisión de declarar el estado de emergencia esta a libre y total discreción del Primer Mandatario; sin embargo, como analizamos en el capítulo primero existe un régimen de crisis (entiéndase estado de emergencia) claramente establecido en la Constitución de 1998 el cual tenía que necesariamente ser observado y a través del cual pudimos determinar la improcedencia del Decreto Ejecutivo No. 1348 por su desnaturalización y errónea motivación.

Por tanto, en este capítulo procederemos a analizar a la discrecionalidad desde sus orígenes, concepto y acepciones para así poder determinar hasta qué punto existe discrecionalidad jurídica en la declaratoria de emergencia y consecuentemente si esta puede ser considerada como un acto político discrecional exento de control jurisdiccional o constitucional.

2.2 Discrecionalidad Jurídica en la Declaratoria de Estado de Emergencia.

2.2.1 Nacimiento

Las potestades discrecionales, aquellas que habilitan para el ejercicio libre del poder, existen desde los inicios del Estado; y, desde luego, tuvieron una vigencia muy anterior a la ley. Antes que ésta regulara las potestades públicas era discrecional todo el ejercicio del poder, incluida la facultad de juzgar y hasta la penalidad misma de los actos punibles.

Fueron los juristas franceses de fines del siglo XVIII los que inventaron el conflictivo planteamiento del acto discrecional, como opuesto al acto reglado por la

⁵⁷ El Presidente de la República a expedido al 2 de mayo de 2009 sesenta y siete decretos ejecutivos en los cuales declara o renueva estados de emergencia en materias de lo más variadas como: al sistema penitenciario, sanitario, educativo, agropecuario, eléctrico, al sector de patrimonio cultural, al sector vial, a la Dirección General del Registro Civil, a la Instalación de la Asamblea Constituyente, a Petroecuador y sus filiales, a la prevención de discapacidades, a determinadas áreas de la Policía Nacional, a la solución de desastres naturales, entre otros; información disponible en el Sistema de Información para la Gobernabilidad Democrática (SIGOB), disponible en <http://www.sigob.gov.ec/>, consultado el 2 de mayo de 2009.

ley debido a que el imperio de esta— establecido por la Revolución francesa— ponía al Ejecutivo en el riesgo de quedar atrapado en el principio de legalidad.⁵⁸

Es así como en los siglos XIX y XX el arbitrio ocupó un papel preponderante en el derecho administrativo francés. En el campo contencioso reinaba el arbitrio de la ley, se creía que en ella se podían encontrar todas las respuestas para resolver los casos más complicados. A los jueces se los consideraba meros aplicadores de la norma jurídica y no se les consentía el análisis o valoración de la misma, una muestra de ello son los escritos de Montesquieu, en los cuales se refería a los jueces como “la bouche qui prononce les paroles de la loi” (la boca que pronuncia las palabras de la ley) se tenía una concepción principalmente mecanicista de la función judicial.

En materia administrativa, en cambio, los que aplicaban el arbitrio eran los funcionarios o agentes y no los jueces, hecho que le permitió a esta técnica sobrevivir hasta ser conocida como discrecionalidad⁵⁹.

La discrecionalidad, entonces, tuvo su origen en el principio de vinculación negativa de la administración a la ley, como una teoría liberadora de ciertos actos del Ejecutivo, del control jurídico que sobre ellos pudiera ejercitarse, ya que, no estando sometidos al rigor de la legalidad, no había manera de encuadrarlos en un marco que se reputaba inexistente con respecto a ellos. Esto quiere decir, que las actuaciones de la administración atendían a razones de oportunidad, conveniencia o de merito excediendo a la aplicación de la ley.

En un principio la práctica general era que la Administración se controlaba así misma, los asuntos contenciosos administrativos debían ser resueltos por el Rey, los ministros y los administradores de departamento a propuesta del Consejo de Estado francés o de los Consejos de la Prefectura. Se partía de la idea que juzgar a la Administración era también administrar.⁶⁰

⁵⁸ Cf. L. RÍOS ÁLVAREZ: “Los poderes Discrecionales”, en *Revista de Administración Pública*, 99, 1982, pp. 399-408, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2116772>. Consultado el 29 de octubre de 2008.

⁵⁹ Cf. M. MALAGÓN PINZÓN: *La Ciencia de la Policía: Una Introducción Histórica al Derecho Administrativo Colombiano*, Memoria para optar al Grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Madrid, 2006, p.31, disponible en <http://alfama.sim.ucm.es/greco/digital.php>. Consultado el 1 de noviembre de 2008.

⁶⁰ Cf. *Ibíd.* p.32.

En el año de 1845 se llevó a cabo en Francia una importante reforma del Consejo de Estado dictaminada en la Asamblea Legislativa por una comisión integrada por Tocqueville, Isambert, Dalloz y otros diputados que estuvieron unánimes en rechazar la enmienda de remitir a los tribunales las contiendas con la Administración.⁶¹

En España se seguía el mismo criterio. El sistema implantado por la Ley de 1845 para lo contencioso administrativo fue el de jurisdicción retenida, en el que el Rey (con su gobierno) se reservaba la facultad de dictar sentencia por real decreto-sentencia, conformándose o no con la propuesta del Alto Cuerpo Consultivo ante el que se sustanciaba el pleito. Era la consecuencia del principio de separación de poderes, tal como se entendía en la Europa continental, y de las ideas predominantes en la época⁶². En definitiva, la discrecionalidad administrativa no tuvo control alguno, la regla general fue la exclusión del control judicial.

En este sentido es oportuno citar al Sr. Posada Herrera, primer Secretario General del Consejo de Estado español, cuando ya era Presidente del gobierno ante el Congreso de los Diputados:

En los pleitos ordinarios y en los negocios del fuero común siempre se discuten dos derechos: el derecho de un particular contra el derecho de otro particular. Pues bien, en el orden administrativo rara vez se discuten los derechos del Estado; lo que se discuten son los grandes intereses del Estado enfrente de los derechos de los particulares. De modo que ya tenemos aquí una diferencia esencial, cardinalísima, entre el orden del juicio, llamémosle así, del contencioso-administrativo y el orden del juicio exclusivamente judicial.⁶³

Por tanto, al mismo tiempo tuvo lugar en Europa un fenómeno incongruente, por un lado se concedía un arbitrio claro, sin limitaciones a la Administración y por el otro se negaba esta facultad a los jueces, por lo que las autoridades y funcionarios públicos se colocaban en una posición

⁶¹ Cf. CONSEJO DE ESTADO ESPAÑOL: Memoria del Año 1995 que el Consejo de Estado en Pleno eleva al Gobierno Español, Madrid, 1996, pp. 89-90, disponible en www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%201995.pdf, consultado el 2 de diciembre de 2008.

⁶² Cf. *Ibíd.* pp. 89-90.

⁶³ Diario de Sesiones del 21 de mayo de 1859, a propósito del debate sobre la Ley orgánica del Consejo de Estado, tomado de CONSEJO DE ESTADO ESPAÑOL: Memoria del Año 1995 que el Consejo de Estado en Pleno eleva al Gobierno Español, Madrid, 1996, p. 90, disponible en www.consejoestado.es/pdf/MEMORIA%201995.pdf, consultado el 2 de diciembre de 2008.

incomparablemente superior a la de los miembros del Poder Judicial. Para disimular esta disparidad se tomó una solución semántica, se catalogó al arbitrio administrativo con un nuevo nombre: ‘discrecionalidad’.⁶⁴

2.2.2 Concepto

El concepto de discrecionalidad ha sufrido cambios sustanciales. La discrecionalidad absoluta de finales del siglo XVIII en donde el arbitrio regía las decisiones administrativas y las relaciones con los administrados no reflejan lo que hoy en día se entiende por discrecionalidad. Esa potestad para decidir libremente — sin siquiera someter dicha decisión a la razón —sobre un tema determinado quedó en el pasado.

La discrecionalidad jurídica no significa arbitrariedad, si bien es cierto que conlleva un cierto margen de libertad en la toma de decisiones, esa libertad en el actuar administrativo hace referencia a la oportunidad y conveniencia para su manifestación, pues la ley de cualquier manera regula sus presupuestos de forma, tales como, la competencia y algunos presupuestos de carácter objetivo o material en que se funda la decisión administrativa.

El poder discrecional se caracteriza por entregar al administrador una potestad de elección que siempre será jurídica, sometida además a un control específico, cuyo fin es evitar precisamente la desvinculación del derecho por parte de los órganos del poder.⁶⁵

Esta potestad o libertad en la toma de decisiones surge o bien como consecuencia de la indeterminación del Derecho (vacío legal) o bien de la delegación de poder (la discrecionalidad es otorgada por la norma)⁶⁶. La arbitrariedad es definitivamente la negación total del principio de legalidad por lo que no puede ser confundida con la discrecionalidad.

2.2.3 Distintas Acepciones

⁶⁴ Cf. A. NIETO GARCÍA: *El Arbitrio Judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 217.

⁶⁵ Cf. M. MADABIAGA GUTIÉRREZ: *Derecho Administrativo y Seguridad Jurídica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966, pp. 35-36

⁶⁶ Cf. L. RÍOS ÁLVAREZ: “Los poderes Discrecionales”, en *Revista de Administración Pública*, 99, 1982, pp. 399-408, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2116772>. Consultado el 29 de octubre de 2008.

Con el objeto de determinar las distintas acepciones de la discrecionalidad jurídica es importante partir de dos conceptos básicos que hemos enunciado en el punto anterior: el primero, la libertad para la toma de decisiones de un órgano jurídico y el segundo, que esta libertad no sea absoluta, sino que esté enmarcada dentro de un ordenamiento jurídico.

Esta es precisamente la idea que DWORKIN aludió con la metáfora del agujero de la rosquilla: solo tiene sentido referirse al agujero (que sería el margen discrecional) en presencia de la rosquilla (que sería el ordenamiento jurídico)⁶⁷.

Analicemos el primer concepto. No existe unanimidad para definir a que se refiere la ‘libertad para la toma de decisiones de un órgano jurídico’. Por una parte, se cree que esta libertad se refiere a la elección entre varias alternativas igualmente validas para el Derecho entre las cuales el órgano jurídico decidiría. La discrecionalidad es en este caso concebida como el poder o la facultad de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es tenido como permisible por el sistema de referencia del que se trate; en nuestro caso el Derecho⁶⁸. En este sentido BARAK⁶⁹ menciona que existe “discrecionalidad estrecha” cuando el número de opciones son pocas y “discrecionalidad amplia” cuando hay disponibles varias opciones.

Por otro lado, se entiende a la libertad para la toma de decisiones como una consecuencia de la ausencia de estándares jurídicos aplicables; es decir, la discrecionalidad haría referencia a la adopción de decisiones en forma desvinculada del ordenamiento jurídico debido a la ausencia de regulación normativa para el ejercicio de ciertas potestades, en palabras de DAVIS⁷⁰ “donde termina el Derecho empieza la discrecionalidad”.

⁶⁷ RONALD DWORKIN: *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona Ariel, 1989.

⁶⁸ Cf. I. LIFANTE VIDAL: “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 25, 2002, p. 417, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=790212>. Consultado el 16 de noviembre de 2008.

⁶⁹ Cf. A. BARAK: *Judicial Discretion*, trad. Yadin Kaufmann, Yale University Press, New Haven y Londres, 1988, pp.8-9 citado por I. LIFANTE VIDAL: “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 25, 2002, pp. 417, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=790212> Consultado el 16 de noviembre de 2008.

⁷⁰ K. DAVIS: *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, 1969, p.3, citado por I. LIFANTE VIDAL: “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 25, 2002, pp. 418, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=790212>. Consultado el 16 de noviembre de 2008.

En menor número otros autores consideran que la libertad de la que venimos hablando se refiere a la ausencia de enjuiciabilidad o el carácter último de la decisión. Así manifiestan que existe discrecionalidad provisional cuando un funcionario público es libre para tomar un curso de acción, pero esta decisión está sujeta a revisión y posible anulación por otro órgano; y discrecionalidad última cuando ninguna otra autoridad puede revisar la elección hecha incluso si es arbitraria o irrazonable.⁷¹

En lo referente al segundo concepto –entiéndase a las limitaciones jurídicas de la libertad– es importante resaltar que la discrecionalidad debe necesariamente tener un asiento en un sistema jurídico. Por tanto, la discrecionalidad jurídica estará basada en la delegación de poder por parte de la norma o en su defecto cuando no exista esta delegación y la fuente de la discrecionalidad sea un vacío de la norma jurídica la actuación discrecional se verá limitada por los principios generales establecidos en ese ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto podemos deducir que la discrecionalidad jurídica tiene como elementos rectores a la libertad, la indeterminación del Derecho y la delegación del poder; ya que, la libertad en la toma de decisiones surge o bien como consecuencia de la indeterminación del Derecho (vacío legal) o bien de la delegación de poder (la discrecionalidad es otorgada por la norma)⁷². A continuación procederemos a analizar cada uno de estos elementos independientemente para así finalmente determinar dos perspectivas bien definidas de discrecionalidad jurídica.

La Libertad puede ser vista como negativa y positiva. La primera se refiere al ámbito en que la autoridad pública puede actuar sin ser obstaculizado. En este sentido la autoridad pública es libre o no en relación con un determinado sujeto (por ejemplo una autoridad superior) o una determinada acción (por ejemplo expresa prohibición legal).

Por tanto, la libertad de elección entre opciones iguales y por la ausencia de estándares jurídicos aplicables que mencionamos arriba son conceptos de libertad negativa ya que la libertad se genera en relación a la determinación por parte de la

⁷¹ Cf. I. LIFANTE VIDAL: “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 25, 2002, pp. 419, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=790212>. Consultado el 16 de noviembre de 2008.

⁷² Cf. *Ibid.* p.421.

ley de cuáles son las opciones iguales entre las que tiene que elegir o en su defecto por la falta de determinación de la misma.

Por su parte, la libertad positiva se refiere a la capacidad que tiene la autoridad de poder ordenar las acciones de acuerdo con normas que el mismo se dicta. En este sentido la libertad positiva guarda relación con la capacidad del órgano jurídico o sujeto de determinar por si mismo cuales son las opciones entre las cuales va a elegir.

La noción de libertad negativa se refiere al permiso que le da la ley a la autoridad para elegir entre opciones claramente delimitadas, mientras que la idea de libertad positiva se refiere a la responsabilidad que tiene la autoridad para determinar por si mismo las opciones entre las cuales va a elegir.

Pasemos a analizar ahora el segundo elemento de la discrecionalidad jurídica, la indeterminación del Derecho. Este también puede ser visto como indeterminación relativa e intencional. La primera está vinculada a la aplicación del Derecho, el problema se plantea a la hora de establecer la aplicabilidad de una norma a un caso en concreto. Aquí se suelen incluir todos los problemas semánticos que afectan a las normas y también los ocasionados por contradicciones, lagunas, etc. Utilizando el análisis de HART habría que decir que estamos ante una indeterminación relativa cuando esta no se producirá en todos los casos en los que la autoridad pública aplique la norma, sino únicamente en aquellos que caigan en la zona de penumbra.⁷³ Por tanto, el primer sentido en que puede ser vista la indeterminación se refiere a aquella que se da solamente en determinados casos específicos cuando estos no calzan con la norma y se produce un vacío o indeterminación del Derecho.

El segundo sentido -también llamado ‘indeterminación intencional’ por Kelsen- puede ser visto como delegación de poder ya que es voluntad expresa del legislador que la norma no regule determinado tema. Esta conducta no pretende, por tanto, estar determinada de ante mano en la norma, sino que se deja a la autoridad pública, a la luz de las circunstancias del caso, la capacidad de establecer la conducta más adecuada para conseguir el fin perseguido por la norma.⁷⁴

⁷³ Cf. *Ibíd.* p.425.

⁷⁴ Cf. *Ibíd.* p.425.

Por su parte, el tercer elemento de la discrecionalidad jurídica, la noción de poder, también puede ser distinguida como poder en sentido formal, entendido como competencia o posibilidad de acceder a una actuación discrecional determinada por la ley y por tanto producir un resultado normativo; y, el poder en sentido material, que implica, además del sentido anterior, la posibilidad de introducir en el sistema jurídico nuevas evaluaciones personales sobre la forma en que se debe resolver determinado tema.

Como dijimos anteriormente estos tres elementos en su conjunto generan dos acepciones distintas de discrecionalidad: la primera acepción tiene que ver con la discrecionalidad vista como libertad negativa, en este caso la libertad se limitaría a un permiso, otorgado por la ley, para optar por cualquiera de las opciones dadas por la misma, el origen de esta libertad viene dado por la indeterminación del derecho entendida como vacío de la ley para el caso en concreto y la noción de poder se limitaría a la formal, a la capacidad o competencia para adoptar la decisión.

La segunda acepción por su parte se vincularía con un sentido de libertad positiva, en la cual la autoridad pública es responsable de determinar qué curso de opción emprender, esta libertad vendría originada por la ‘indeterminación intencional’ es decir que la norma establece explícitamente la determinación por parte de la autoridad y con el poder material de determinar nuevas evaluaciones personales para resolver el tema determinado.

Esta distinción es importante ya que la primera acepción de discrecionalidad jurídica tiene como objeto decisiones concretas, no un poder general, la discrecionalidad es vista como un resultado. Mientras que la segunda acepción de discrecionalidad hace referencia a un fenómeno que se predica de ciertos poderes jurídicos que limitan con la arbitrariedad. Aquí podemos saber que un determinado órgano jurídico posee una potestad discrecional permanente, antes de que surja cualquier circunstancia concreta.⁷⁵

2.2.4 Potestad Discrecional y Declaratoria de Estado de Emergencia.

⁷⁵ Cf. *Ibíd.* p.430.

El análisis que hemos realizado en este capítulo sobre la discrecionalidad es indispensable para determinar si efectivamente existe discrecionalidad jurídica en la declaratoria de emergencia y si es así, cual es el carácter de esta potestad discrecional, así como sus limitaciones.

La Constitución Política del Ecuador de 1998 concede en los artículos 180 y siguientes la potestad al Presidente de la República para decretar el estado de emergencia y establece que atribuciones se le concedían al mismo una vez declarado dicho estado. En líneas generales estas atribuciones se refieren a disponer de los medios que tiene el Estado para superar la crisis y a la limitación de determinados derechos⁷⁶, por tanto, efectivamente la Norma Fundamental le otorga al Primer Mandatario una potestad de actuar; sin embargo esta actuación está delimitada a ciertas áreas establecidas taxativamente en la norma constitucional: eminente agresión externa, guerra internacional, grave conmoción interna o catástrofes naturales.⁷⁷

Por su parte, la nueva Constitución de la República, vigente desde octubre de 2008, también regula el tema en cuestión denominándolo “Estado de Excepción” y al igual que su predecesora delimita claramente cuando el Presidente de la República puede declarar el estado de excepción y cuáles serán sus atribuciones una vez declarado. El art. 164 establece igualmente cuatro causales para la declaratoria: en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, conmoción interna y calamidad pública o desastre natural⁷⁸ y el art. 165 establece las atribuciones taxativas que tendrá el Presidente de la República durante este periodo.

Entonces, al analizar los artículos mencionados, notamos que existe una potestad discrecional concedida al Presidente de la República; mas esta no es una potestad discrecional amplia o ni siquiera de elección en cuanto a cuándo declarar el Estado de emergencia y a sus atribuciones declarado dicho estado ya que la Constitución de 1998 y la actual lo determinan clara y taxativamente, es una potestad discrecional restrictiva en la que únicamente se encarga al Primer Mandatario comprobar que el hecho factico de emergencia sea de la magnitud suficiente y de aquellos estipulados en la norma fundamental como requisito

⁷⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998, Art. 181.

⁷⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998, Art.180.

⁷⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 2008, Art. 164.

fundamental para que se puede activar el régimen de crisis. La Constitución confiere un permiso al Presidente el cual está delimitado estrictamente en la misma Carta Magna.

La potestad discrecional que tiene el Presidente de la República en cuanto a la declaratoria de estado de emergencia o estado de excepción se encuentra enmarcada dentro del primer tipo de discrecionalidad que mencionamos en el numeral anterior; es decir, es una potestad discrecional vista como un resultado de un mandato constitucional ya que tanto la Constitución de la República de 1998 como la actual determinan que acciones debe tomar el Presidente de la República cuando se dan situaciones de hecho excepcionales.

Por tanto, la declaratoria de estado de emergencia de ninguna manera conlleva discrecionalidad absoluta del Presidente de la República, sino al contrario, conlleva un régimen bastante específico y restrictivo que busca evitar la legitimación de autoritarismos y lamentables abusos de poder por parte de la autoridad a la que se le concede esta potestad, en nuestro caso del Presidente de la República.

2.3 Acto Político

Una vez delimitado el carácter de la discrecionalidad jurídica que posee el Presidente de la República es necesario analizar a la declaratoria de estado de emergencia como acto político ya que dentro del estudio doctrinario de los regímenes de crisis, mayoritariamente se ha considerado a los estados de emergencia o de excepción como actos políticos. Sin embargo, esta figura (entiéndase los actos políticos) ha sido objeto de un amplio debate doctrinario a nivel mundial, especialmente en lo que se refiere a su control por lo que para efectos de este trabajo argumentativo es prudente analizar conceptualmente esta figura para posteriormente analizar sus implicaciones con la declaratoria de emergencia lo que lleva consigo esta calificación, su procedencia y sobre todo lo relacionado con su control.

2.3.1 Origen del Concepto

Sobre los orígenes del acto político existen distintas posiciones. La mayoría de autores entre ellos MANUEL MARÍA DIEZ⁷⁹ sostienen que se originan en Francia como una invención creativa por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado; otros sostienen que tiene un origen positivo y otros entienden en cambio que aparece en el sistema anglosajón del ‘common law’.

En el primero de los casos sostiene la doctrina que luego de la Revolución francesa en la cual se recibió la influencia de dos personajes poderosos, pero no totalmente coincidentes, como fueron Montesquieu y Rosseau, las asambleas que se conformaron para organizar la nueva forma de gobierno trataron de reflejar en los instrumentos dos sistemas incompatibles: el de la división con igualdad de poderes y el de la supremacía del Poder Legislativo, en el fondo los revolucionarios no querían perder la fortaleza y unidad del Estado. Este dilema se acentuó con la crisis producida por la caída del imperio napoleónico y la restauración de la dinastía Borbónica y su recuperación del poder⁸⁰.

El Consejo de Estado francés buscó una solución urgente al problema ya que estaba siendo sometido a críticas muy fuertes por parte de los monárquicos. Se ponía en entredicho su existencia como institución por ser de creación napoleónica.

En esta etapa, el Consejo de Estado comienza a negarse a conocer de aquellas reclamaciones relacionadas con problemas políticos derivados de la caída y extinción del régimen napoleónico y, más adelante, de los que se referían a los cambios y pugnas políticas que se sucedieron⁸¹. En este sentido, el Consejo de Estado francés conceptualiza el acto de gobierno, distinguiendo entre el poder político y el poder administrativo, entendiendo por el primero la zona en la que se toman las decisiones que hacen a la trascendencia de la existencia misma de la comunidad, de la sociedad, en cambio a la segunda sería la que hace a los intereses de la comunidad pero no en su misma subsistencia.

⁷⁹ M. M. DIEZ: *Derecho Administrativo*, Tomo II, 2ed, Bs. As., Plus Ultra, 1976, p. 395.

⁸⁰ Cf. R.M. ANDREU: “El control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos de gobierno”, en *Revista de Derecho Procesal, Defensa y Excepciones-II*, 2003, disponible en www.cpapc.org.ar/andreu.htm. Consultado el 23 de noviembre de 2008.

⁸¹ N. GARRIDO: *El Acto de Gobierno*, Barcelona, Cedecs, 1998, p. 51. citado por M. MALAGÓN PINZÓN: *La Ciencia de la Policía: Una Introducción Histórica al Derecho Administrativo Colombiano*, Memoria para optar al Grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Madrid, 2006, p.36, disponible en <http://alfama.sim.ucm.es/greco/digital.php>. Consultado el 1 de noviembre de 2008.

Distingue así, un campo en el cual podía actuar libremente el órgano Ejecutivo sin que sus actos estuvieren sujetos a control de órgano alguno. El caso jurisprudencial en el cual se sentaron las bases para esta doctrina fue el caso Laffitte resuelto el 1º de mayo de 1822.

En este caso la hermana de Napoleón, Paulina, le vendió una renta de 670.000 francos que le habían asignado al banquero Laffitte. Al subir nuevamente al trono, los borbones expidieron la ley de 12 de enero de 1816, por la que privaron a toda la nobleza que tuviera vínculos con Napoleón de todos los bienes y rentas que se les hubieran asignado a título gratuito, y entre ellos la renta de Paulina. Ante esta situación el banquero demandó y el Consejo se inhibió de pronunciarse sobre el asunto, aduciendo que se trataba de un acto de gobierno o político, que no tenía control judicial porque atendía a un móvil político.⁸²

Posteriormente se desechará la teoría del móvil político del acto, para establecer la teoría de la naturaleza del acto o causa objetiva. En esta teoría se establecía la diferenciación entre acto administrativo y acto de gobierno y su consecuencia planteando que los actos políticos lo son en razón de su naturaleza y de esta manera, resultan objetivamente distintos de los actos administrativos.

Así es como se distinguió por primera vez entre Gobierno y Administración, configurándolos como dos funciones del Ejecutivo. En tal sentido, el Gobierno adoptaba las decisiones de trascendencia para toda la comunidad mediante una actividad que realiza el poder en su calidad de órgano gubernativo o político a través de actos de soberanía, que excluyen la idea de normas legales a las cuales haya de sujetarse y en consecuencia, la intervención de Tribunales que le controlen. Se opone así a otra actividad del Poder Ejecutivo como es la función administrativa que se realiza siempre bajo un orden jurídico y por lo tanto, es susceptible de discutirse en la vía jurisdiccional.

Estas ideas que pesan en las Constituciones revolucionarias de Francia, constituyen las primeras distinciones entre poder político y poder administrativo, y las dos clases de actos del Ejecutivo: de gobierno y administrativos.

⁸² Cf. M. MALAGÓN PINZÓN: *La Ciencia de la Policía: Una Introducción Histórica al Derecho Administrativo Colombiano*, Memoria para optar al Grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Madrid, 2006, p.36, disponible en <http://alfama.sim.ucm.es/greco/digital.php>. Consultado el 1 de noviembre de 2008.

Sin embargo, esta versión de la ‘naturaleza del acto o causa objetiva’, fue abandonada en el año de 1875, cuando el Consejo de Estado, acordó entrar a conocer de un recurso formulado por el príncipe Jerónimo Napoleón contra su exclusión de la lista de generales del Ejército de la naciente III República. Pese a que el Gobierno republicano alegó la manifiesta finalidad política de su decisión se dispuso que los actos de gobierno no respondan a un móvil político o a su naturaleza, que no pueden ser un rezago de la razón de Estado.

Es así como los actos políticos se empezaron a establecer en un listado dado por la jurisprudencia, y que básicamente contempló dos clases, los que se referían a las relaciones entre el gobierno y el parlamento, como por ejemplo el estado de sitio; y la segunda, los que guardaban relación con las relaciones internacionales entre estados o con un organismo internacional, como las operaciones y hechos de guerra. Estas dos categorías de actos políticos o de gobierno tenían únicamente un control formal por parte del Consejo de Estado.⁸³

En España también se adopta la teoría del listado y se establece que las cuestiones que afecten la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, la seguridad interior del Estado, mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación compete a la jurisdicción administrativo, se excluyen de la jurisdicción contencioso administrativa. Inclusive la legislación del régimen franquista aplicó expresamente el concepto de acto político a todas las decisiones del Gobierno que tuvieran que ver con un amplísimo concepto de seguridad del Estado, de tal manera que se impedía toda posibilidad de control judicial de acuerdos gubernativos que cercenaban libertades públicas esenciales como las de asociación, reunión y manifestación políticas.

Por otra parte, autores como CARRO Y HERNÁNDEZ VALMAYOR⁸⁴ piensan que el origen del acto de gobierno es de derecho positivo y encuentran su fuente en el art. 47 de la Ley del Consejo de Estado Francés del 3 de marzo de 1846 y no en la jurisprudencia.

⁸³ Cf. *Ibíd.* p. 37.

⁸⁴ CARRO Y HERNANDEZ VALMAYOR: “La doctrina del Acto Político”, en *Revista de la Administración Pública*, Nº 53, Ed. Cívitas p. 76.

Autores como BIANCHI⁸⁵, en cambio, estiman que su origen en realidad lo encontramos en Inglaterra en el año 1460 cuando el duque de York requirió al Poder Judicial que lo declarara legítimo heredero del trono, y los jueces rechazaron su pretensión por entender que no era de su competencia sino de los lores, es decir política.

No obstante éstas distintas apreciaciones la doctrina del acto de gobierno se expandió muy rápidamente por todo el mundo en los sucesivos años pasando del continente europeo al americano. Así encontramos que la Corte Suprema norteamericana se pronunció sobre el particular en “Marbury vs. Madison”⁸⁶ de donde se desprende el reconocimiento por parte del Poder Judicial de un poder discrecional potestad del Poder Ejecutivo por el cual el Presidente responde solo en su carácter político⁸⁷.

2.3.2 Delimitación Doctrinaria del Concepto

Si bien se presentan diversas teorías sobre el nacimiento de los actos políticos podemos ver claramente que sus consecuencias son siempre las mismas. El fin último de los actos políticos es evadir todo tipo de control de autoridad jurisdiccional sea este constitucional o judicial.

M. BAENA DEL ALCÁZAR ha resumido certeramente la problemática del control del acto de gobierno cuando manifiesta que es un problema de carácter político porque se refiere al control del poder, pero es también un problema jurídico

⁸⁵A. BIANCHI: *Control de Constitucionalidad*, Bs. As, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1992, p. 281 y ss. citado por R.M, ANDREU: “El control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos de gobierno”, en *Revista de Derecho Procesal, Defensa y excepciones-II*, 2003, disponible en www.cpapc.org.ar/andreau.htm. Consultado el 23 de noviembre de 2008.

⁸⁶ En esta sentencia se establece que el Presidente de EEUU está investido con algunos poderes políticos, en el ejercicio de los cuales debe usar su propia discreción, y es responsable ante su país solamente en su carácter político y ante su propia conciencia. Para ayudarse en el cumplimiento de estos deberes está autorizado a nombrar determinados funcionarios, los cuales actúan por su autoridad, y de conformidad con sus órdenes. En tales casos, los actos de ellos son sus actos; y cualquiera sea la opinión que pueda merecer la manera en que es usada la discreción ejecutiva, a pesar de ella, no puede existir poder alguno de controlar aquella discreción. Los asuntos son políticos. Ellos conciernen a la Nación, no a los derechos individuales, y, estando confiados al Ejecutivo, la decisión del Ejecutivo es definitiva.

⁸⁷ Otros antecedentes importantes son los casos *Colegrove vs. Green* donde la Corte resolvió no intervenir al considerar no justiciable el sistema electoral vigente en Illinois, aquí fue discrecional el criterio del legislador al poder establecer el sistema electoral que le pareciera acorde, aunque se fuera en contra de la Constitución Federal. El caso *Luther vs Borden* donde la Corte Suprema rechazó la petición de declarar inconstitucional la decisión de intervención del gobierno Federal en el Estado de Rhode Island por violar la garantía constitucional de la forma republicana de gobierno. La desestimación de la Corte se fundaba en la idea de considerar que revisar la legitimidad del grupo gobernante implicaba introducirse en una cuestión política ajena al Tribunal, entre otros.

porque se trata de montar ese control por medios y procedimientos jurídicos y hacer que consista en definitiva en el enjuiciamiento por los tribunales. Por ello concluye acertadamente que se trata de un tema fronterizo entre Política y Derecho.⁸⁸

Por tanto, las posiciones doctrinarias pueden ser distintas, pero la discusión principal siempre se centra en el control jurisdiccional. Por tanto, es importante analizar las distintas posiciones doctrinarias sobre los actos políticos con el fin de delimitar el concepto en dos posiciones o corrientes muy bien delimitadas.

La primera es aquella que defiende la justiciabilidad universal, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de todos y cada uno de los actos de la Administración, es decir, el control pleno de la acción gubernamental, por considerar que la normativa constitucional así lo obliga (tesis sostenida fundamentalmente por E. GARCÍA DE ENTERRÍA); y la segunda que diferencia de la actuación administrativa, una acción gubernativa “no administrativa” y consecuente asignación de su control al Tribunal Constitucional, en el entendido de que dicha acción gubernamental no se encuentra en el supuesto de la Constitución que sujeta a control judicial sólo las actuaciones administrativas (tesis mantenida, entre otros, por L. PAREJO ALFONSO)⁸⁹. A continuación analizaremos a mayor profundidad estas dos posiciones doctrinarias.

El primer sector de la doctrina considera que el acto político es esencialmente distinto al acto administrativo constituyéndose en una categoría especial debido a que –si bien se refiere a un mismo poder: el ejecutivo– su función es en esencia distinta a la función administrativa.

En tal sentido, el español GARCÍA OVIEDO, manifiesta que la labor de gobernar se antepone a la acción administrativa porque tiene como objetivo dirigir e impulsar. Manifiesta que el acto de gobierno es una labor constitucional y política con el fin de ordenar los poderes del Estado para su acción futura en lo referente a

⁸⁸ PRESIDENCIA DEL GOBIERNO ESPAÑOL: *Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español*, Servicio Central de Publicaciones, Colección de Estudios N° 6, Madrid, 1978, p. 15 y 16 citado por CAZOR ALISTE, KAMEL: *Fundamentación y control del acto de gobierno en Chile*, en *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. dic. 2001, Vol. 12, No. 2 pp. 93-114. Disponible en <http://mingaonline.uach.cl/>, citado el 8 Diciembre de 2008.

⁸⁹ Cf. CAZOR ALISTE, KAMEL: “Fundamentación y control del acto de gobierno en Chile”, en *Revista de Derecho Valdivia*. dic. 2001, Vol. 12, No. 2 pp. 93-114. Disponible en <http://mingaonline.uach.cl/>. Citado el 8 Diciembre de 2008.

la subsistencia misma de este, mientras que el acto administrativo es su continuación o un acto de complemento que regula el detalle.⁹⁰

Esta distinción es para estos autores la que determina la exclusión del control jurisdiccional a los actos políticos; sin embargo, admiten que esta exclusión es uno de los temas más polémicamente políticos del Derecho Administrativo, que puede reñir con el proceso evolutivo del derecho público moderno cuyo baluarte radica precisamente en el principio de legalidad, según el cual, ha de sujetarse en el ejercicio del poder público al imperio de la ley con la responsabilidad que a éste le compete por las infracciones legales.

No obstante, consideran que es necesario superar este criterio, para dimensionar las realizaciones socio-políticas del acto por lo que consideran que el único control que deben tener los mencionados actos es político.

Manifiestan que sería peligroso para la independencia de un tribunal judicial, que no es responsable políticamente, dictar sentencias manifiestamente políticas. Por lo que concluyen que el acto de gobierno -excluido del control jurisdiccional- es necesario para que el poder judicial conserve su independencia.⁹¹

En este sentido, los autores argentinos MIGUEL MARIENHOFF y ROBERTO DROMI consideran que existe una Función Política o de Gobierno dentro de la Función Ejecutiva la cual fija las grandes directrices de la orientación política, por lo que los actos que esta produce (actos políticos) son de dirección e iniciativa que reflejan una especial y primordial intensidad del poder estatal y por tanto no tiene legislación intermedia, sino que se remiten directamente a la Constitución. Estos actos se refieren primordialmente a la seguridad y el orden del Estado⁹².

En este sentido, los mencionados autores clasifican a los actos políticos en dos especies: Actos Institucionales y Actos de Gobierno. Los primeros se refieren a aquellos que se relacionan con la organización o subsistencia del Estado y se caracterizan por ser dictados por el ejecutivo (en ejercicio de actividad reglada o discrecional) en referencia inmediata a una norma constitucional en base a una motivación especial de sustancia gubernamental que justifican el móvil político vital

⁹⁰Cf. C. GARCÍA OVIEDO Y C. MARTÍNEZ USEROS: *Derecho Administrativo*, 8.Ed, Madrid, 1962, pp. 45 y 46.

⁹¹Cf. *Ibíd.* p. 48.

⁹²Cf. J.R. DROMI: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bs.As., Astrea de R. Depalma, 1973, p. 113.

de la seguridad y orden del Estado, y no la simple marcha de la buena administración. Según los mencionados autores, los actos institucionales, en principio, no inciden directa e inmediatamente en la esfera jurídica del administrado. Son unilaterales en su estructura, de alcance particular o general, irrevisables, no judiciales, no justiciables o no invalidables judicialmente. Es decir, están exentos del control jurisdiccional⁹³.

Los actos de gobierno, en cambio, para MARIENHOFF Y DROMI corresponden a aquellos que son dictados por el ejecutivo en ejercicio de actividad reglada o discrecional que ejecutan directamente una norma constitucional, pero que pueden producir efectos jurídicos respecto de terceros, es decir, afectan directa e inmediatamente la esfera del particular o administrado, lo cual determina que tengan un régimen jurídico semejante al acto administrativo y por lo tanto, susceptible de control jurisdiccional.

Por tanto, la diferencia entre los dos tipos de actos políticos es que los primeros -entiéndase actos institucionales- se refieren a la propia organización y subsistencia del Estado, trascendiendo del simple funcionamiento del mismo, mientras que los actos políticos de gobierno, si bien son de directa ejecución constitucional, afectan inmediatamente la esfera del particular produciendo efectos jurídicos a terceros por lo están dentro del funcionamiento normal del Estado⁹⁴.

En síntesis, estos autores consideran que los actos políticos constituyen una especie distinta de los actos administrativos y se clasifican en institucionales y de gobierno los cuales tienen su fuente única en la Constitución, siendo los primeros los únicos exentos de control jurisdiccional.

De los elementos e ideas expresadas, define claramente esta posición el autor MANUEL MARÍA DIEZ:

Los actos de gobierno dictados por el órgano ejecutivo afectan al Estado como un todo único y se refieren a la organización e integración de los poderes constituidos, a las situaciones de subsistencia ordenada, pacífica y segura de la comunidad y al derecho

⁹³Cf. *Ibíd.* p. 118.

⁹⁴Cf. *Ibíd.* p. 121.

de gentes que se concreta en tratados internacionales de límites, neutralidad y paz⁹⁵.

Una aproximación al segundo sentido doctrinario sobre los actos políticos nos la brinda el autor español PEDRO ALTAMIRA, el cual comparte la nota característica del Acto Político o de Gobierno precisada por los anteriores autores, como que se trata de ejercicio inmediato de la Constitución, pero con una diferente y más acertada conclusión en cuanto al ejercicio jurídico del poder político.

ALTAMIRA sostiene que el acto de gobierno emanado por la Función Ejecutiva no puede ser visto en el mismo sentido que la Administración ya que no necesita de habilitación por parte de las leyes ordinarias, sino que se remite directamente a la Constitución; sin embargo -a diferencia de los anteriores- considera que estos actos no deben entenderse fuera del orden jurídico vigente, ya que es la Constitución, una norma jurídica, la fuente del acto político por lo que no es viable pensar que dicha gestión sea 'legibus soluta' o que se halle por encima de las leyes⁹⁶.

El segundo sentido doctrinario sobre los actos políticos, que está conformado por la gran mayoría de autores, considera que no existen actos con un régimen excepcional de control. Consideran que puede hacerse una distinción conceptual entre el carácter de uno y otro por la materia que tratan, sin que ello comporte un especial tratamiento en su consideración como acto no sujeto al control jurisdiccional.

ENRIQUE SAYAGÚES LASO manifiesta que no es correcto oponer al acto de gobierno con el acto administrativo, ya que ello supone introducir en las clasificaciones de los actos una distinción que tome en cuenta la finalidad u objeto del acto además de la forma y efectos de dicho acto. El autor uruguayo establece que los actos jurídicos se clasifican en: constituyentes, legislativos, administrativos y jurisdiccionales tanto desde el punto de vista formal como material por lo que todos los actos jurídicos de las entidades estatales caben de una u otra forma en las

⁹⁵M.M. DIEZ: *Manual de Derecho Administrativo*, Bs.As., Plus Ultra, , 1971, p. 302.

⁹⁶Cf. P.G. ALTAMIRA: *Curso de Derecho Administrativo*, Bs.As., 1971, p. 344.

mencionadas categorías. Manifiesta que dentro de los actos administrativos pueden existir algunos que merezcan el calificativo de actos de gobierno.⁹⁷

En el mismo sentido el colombiano GUSTAVO H. RODRÍGUEZ nos dice que dar autonomía al acto político es tomar en cuenta un nuevo elemento distintivo como lo es la finalidad del acto, lo cual desde el punto jurídico no es necesario ya que todos los actos de gobierno caben dentro de legislativos, administrativos y jurisdiccionales. Concluye diciendo que todos los actos de gobierno son administrativos.⁹⁸

Finalmente, JUAN CARLOS CASSAGNE no acepta en el plano jurídico la distinción entre función gubernativa y administrativa. Nos dice que tales actos traducen el ejercicio de la función administrativa en sentido material, por lo que carecen de un régimen jurídico peculiar y por lo tanto de una categorización jurídica distinta a los actos administrativos por lo que deben ser controlables en sede judicial⁹⁹.

Por tanto, a manera de resumen, en este punto presentamos dos posturas claramente definidas con respecto al acto político. La que considera al acto político como una especie distinta de los actos administrativos los cuales se encargan de temas de gran interés para el Estado, distintos de los de simple administración y por lo tanto, deben estar exentos de todo control jurisdiccional; y la que, por su parte, considera que los actos políticos carecen de un régimen o categorización jurídico especial ya que puede caber dentro de las ya existentes y por tanto están sujetos a control jurisdiccional como cualquier acto de la administración.

2.3.3 La Declaratoria de Estado de Emergencia como Acto Político.

Refiriéndome primeramente al acto político, una vez analizadas las dos corrientes doctrinarias del mismo, considero que existe una actividad desarrollada por el órgano Ejecutivo que conceptualmente puede diferenciarse de la actividad administrativa que merece ser clasificados como actos políticos, sea por la materia que regula, por el fin del acto, por la fuente normativa o por el estamento del órgano

⁹⁷Cf. E. SAYAGÚES LASO: *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, Depalma, 1952, p. 41.

⁹⁸Cf. G.M. RODRÍGUEZ: *Derecho Administrativo, Teoría General*, Bogotá, El Profesional, 1998, p.27.

⁹⁹Cf. J.C. CASSAGNE: *Derecho Administrativo*, 7Ed, Abeledo-Perrot, 2002, p.159.

Ejecutivo que privativamente tiene su conocimiento. Sin embargo, considero cuestionable considerar que los actos políticos tienen un régimen jurídico especial el cual está exento de todo tipo de control jurisdiccional. Lo contrario sería aceptar actividades estatales que pretendan actuar fuera de su órbita de competencia jurídica.

Partiendo de esta premisa es menester de este numeral determinar si la declaratoria de estado de emergencia es efectivamente un acto político y que implicaciones conlleva esta clasificación.

En este sentido, la declaratoria de emergencia o de estado de excepción, según la doctrina, es el acto político por excelencia ya que se constituyó como un régimen de excepción en el cual se entregan facultades extraordinarias a una determinada autoridad con la finalidad de afrontar adecuadamente alguna situación especial, como catástrofe natural, perturbación grave del orden interno, guerra exterior, guerra civil, invasión, u otro peligro considerado grave que ponga en riesgo al mismo Estado; es decir, el régimen de excepción o la declaratoria de estado de emergencia contempla atribuciones especiales al Presidente de la República que incluyen, por lo general, la suspensión o restricción de ciertos derechos individuales.

Por tanto, en nuestra opinión la declaratoria de estado de emergencia es efectivamente un acto político ya que este acto de autoridad pública es en esencia distinto a un acto administrativo ya que no regula una actividad administrativa 'normal' por la materia, por el fin del acto, por la fuente normativa y por el estamento del órgano ejecutivo que privativamente tiene su conocimiento ya que el acto de declaratoria de estado de emergencia, como analizamos a profundidad en el primer capítulo, puede ser únicamente decretado por el Presidente de la República para regular una situación excepcional, temporal que está claramente establecida en la Constitución de la República y requiere una solución inmediata que no puede ser dada por los medios ordinarios establecidos en la ley.

Sin embargo, de ser un acto político, entendiendo a esta como una clasificación doctrinaria, esto no quiere decir que esté exento de control constitucional y jurisdiccional.

La Constitución de la República del Ecuador vigente a la época de la emisión del decreto y la actual establecen parámetros claros y taxativos que tienen que

cumplirse para que el Presidente pueda tomar esta decisión. Por tanto, al contener límites claramente determinados por la Carta Magna es apenas lógico pensar que esos límites tienen que ser susceptibles de control tanto jurisdiccional como constitucional.

CAPITULO III

CONTROL DEL DECRETO EJECUTIVO No. 1348

3.1 Consideraciones Preliminares

El Estado organizado exige de manera imperativa que el ejercicio del poder político tanto en el interés de los detentadores, como de los destinatarios del poder, sea restringido y limitado¹⁰⁰.

En este sentido, el control de la Administración Pública y de sus actos es indispensable en un ordenamiento jurídico ya que posibilita la vigencia misma de este en un marco de respeto, tanto a las atribuciones como a las limitaciones concedidas por la Constitución y la ley a la Administración Pública, así como de las libertades y derechos constitucionales de los administrados.

¹⁰⁰ K. LOWEATEIN: *Teoría de la Constitución*, 2Ed., Barcelona, Ariel, , 1976 p.288.

Es importante precisar que en los regímenes democráticos, por definición, no existe ninguna potestad libre y exenta de fiscalización, ya que toda la actividad de autoridad pública está sometida a control. Este control puede ser político, jurisdiccional o constitucional sin excluirse el uno de los otros, y se lo debe hacer a través de las instituciones y procedimientos establecidos en la Constitución o la ley.

Por tanto, la declaratoria de estado de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348, no es la excepción. Esta debió ser sometida a distintos controles y limitaciones como expondremos a continuación.

3.2 Control político del Decreto Ejecutivo No 1348.

3.2.1 Generalidades

Si bien la intención principal de este trabajo argumentativo es analizar el control constitucional y jurisdiccional así como la procedencia de la declaratoria de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348 considero necesario analizar el control político al que se debió someter al mencionado Decreto, primero para determinar su real aplicación en el caso en cuestión y segundo, por la serie de particularidades jurídicas y políticas que rodearon a la declaratoria las que influyeron en la falta de aplicación del mencionado control.

Desde nuestra perspectiva el control político puede ejercerse por dos vías: el control que ejerce el pueblo a través de las herramientas que la Constitución le concede¹⁰¹ y el control político institucional que es aquel que ejerce el órgano Legislativo.

El primero, se deriva de la esencia misma del poder del Estado ya que su fuente es la sociedad política y la segunda proviene de la institucionalización de la voluntad popular a través de la ley en un órgano jurídico-político.

La sociedad en sus diversas manifestaciones tiene influencia directa sobre la estructura y actividad misma del Estado, sin embargo una vez que la sociedad elige un representante (léase Presidente, diputados o asambleístas, alcaldes, etc.) estos

¹⁰¹ El control político que ejerce la sociedad de manera directa está contemplado en la Constitución de 1998 y en la actual. Se refiere principalmente a la capacidad de elegir y ser elegidos en elecciones populares, plebiscito y referéndum.

controles son excepcionales y están limitados a determinados temas contemplados en la Constitución o a la voluntad política del Gobernante de turno para someterlo a su consideración por lo que en el caso del Decreto Ejecutivo No. 1348 el control político de la sociedad es inviable ya que el conglomerado carece de las facultades jurídicas suficientes para realizar un control político directo.

Por tanto, la única posibilidad de control político sobre el Decreto Ejecutivo No. 1348 es la institucional a través el Poder Legislativo.

El control político que ejerce el Congreso en los estados de excepción, cumple una función democrática de contrapeso al poder ampliado que adquiere el Presidente durante este estado excepcional. Se pretende que a través de este se alcance en el Congreso, sede natural del diálogo y de la deliberación nacional, un debate sobre la específica problemática que originó el correspondiente estado de excepción, con el objeto de ventilar públicamente responsabilidades, examinar sus causas, estudiar las diferentes alternativas de acción y promover hacia el futuro los cambios y medidas que se crean pertinentes.¹⁰²

De manera progresiva se ha delineado el establecimiento de mecanismos de contención y equilibrio en el ejercicio de la actividad propia de cada una de las ramas del poder público, sobre la base de entender el significado político y no solo jurídico de cada una de ellas. De modo especial, esos controles recíprocos se manifiestan en las ramas Legislativa y Ejecutiva debido a su misión constitucional en el ejercicio del poder público y consecuentemente a la influencia que ejercen.

En el estado de emergencia, el control político que realiza el Congreso Nacional se debe extender al pronunciamiento expreso sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas, con lo cual se adentra mucho más en la esfera de supuesta discrecionalidad del Ejecutivo¹⁰³.

En nuestro país desde la primera Constitución Política del Estado se consagra el control político a la actuación del Ejecutivo, es más, la Constitución de 1830 establece que la potestad de dictaminar los estados de emergencia o de

¹⁰²Cf. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: Sentencia No. C-004 de mayo 7 de 1992. Sala Plena. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Gaceta Constitucional 1992, Tomo I, febrero-mayo. págs. 111 a 114, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>. Consultado el 3 de febrero de 2009

¹⁰³ Cf. *Ibíd.* p. 112.

reaccionar ante estados de conmoción interior, no hallándose reunido el Congreso, es del Presidente de la República previa calificación del peligro por el Consejo de Estado.¹⁰⁴

Es decir, en los albores del Estado la facultad de reaccionar ante estados de conmoción externa o interna era del Congreso y quien ejercía el control previo de la potestad delegada al Presidente de no hallarse reunido el Congreso era el Consejo de Estado, organismo encargado de auxiliar al Poder Ejecutivo en las diversas ramas de la administración.¹⁰⁵

La Constitución de 1843 por su parte, establece una Comisión Legislativa permanente durante el receso del Congreso Nacional la cual estaba encargada de conceder privilegios exclusivos al Ejecutivo previo informe de este¹⁰⁶. Por tanto, el control político previo lo ejerció igualmente el Congreso y en su receso la encargada de hacerlo era la Comisión Permanente¹⁰⁷ que dicho sea de paso también estaba encargada de decidir las dudas que ocurran entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema, sobre si un punto es judicial, o puramente administrativo.

Desde la Constitución de 1845 hasta la Constitución de 1967, es decir en catorce Constituciones de la República y en lapso de 112 años, se establece un control político estricto de la declaratoria de estado de emergencia ya que se establece un control previo por parte del Legislativo (llamado Congreso Nacional o Asamblea Nacional¹⁰⁸) para que el Ejecutivo pueda ejercer las prerrogativas estatales provenientes de la declaratoria de estado de emergencia.

Sin embargo, debido al carácter no permanente del parlamento en aquellos tiempos hasta la Constitución de 1906 se entregaba el control político a un órgano independiente, parte de la Función Ejecutiva, llamado en algunas constituciones Consejo de Estado¹⁰⁹ y en otras Consejo de Gobierno¹¹⁰ el cual estaba encargado de autorizar o rechazar la declaratoria antes de su vigencia.

¹⁰⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1830, Art. 35. numeral 5

¹⁰⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1830, Art. 44.

¹⁰⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1843, Art. 52

¹⁰⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1843, Art. 62 y 63.

¹⁰⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1851, Art. 60.

¹⁰⁹ CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE: 1851, art.60; 1869, art. 60; 1878, art. 80; 1884, art. 94; 1897, art.98; 1906, art.83; 1929, art.86; 1946, art.94.

¹¹⁰ CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE: 1845 art. 75; 1852 art. 73; 1861, art. 71.

A partir de la Constitución de 1906 este organismo ya no forma parte de la Función Ejecutiva, sino que se constituye como un órgano independiente de control.

En la Constitución de 1945 se estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales el cual ya no se encontraba dentro de la Función Ejecutiva, al año siguiente se expidió una nueva Constitución y se volvió a llamarlo Consejo de Estado¹¹¹, sin alterar su independencia del Ejecutivo.

En la Constitución de 1967 se produce un cambio considerable en el control político de las declaratorias de emergencia ya que se limita el control previo de la declaratoria a que el Congreso se encuentre reunido, caso contrario el Presidente podía declarar el estado de emergencia por si solo con tan solo la obligación de informar al Tribunal de Garantías Constitucionales¹¹² las causas de su declaratoria.

La Constitución de 1979 establece definitivamente el control político posterior del Congreso Nacional a la declaratoria de Estado de emergencia ya que el Ejecutivo tan solo debía notificar al Congreso su decisión de declarar estado de emergencia en caso de que este se encuentre reunido.¹¹³

Esta reforma se mantendrá vigente en el desarrollo constitucional ecuatoriano hasta la Constitución de 1998 en la cual se establece la misma obligación de tan solo notificar al Congreso Nacional de la declaratoria, sin embargo al este ser permanente cuenta con las herramientas constitucionales necesarias para revocarlo en cualquier tiempo si lo considera necesario.

Por su parte, la recientemente aprobada Constitución de Montecristi contempla también un régimen de control político a posteriori de la emisión del decreto que declara el estado de emergencia del cual está encargada la Asamblea Nacional. Analizaremos a fondo estas dos normas constitucionales por ser estas las aplicables a nuestro análisis.

3.2.2 Falta de aplicación del control político a la declaratoria de estado de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348.

¹¹¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1946, art. 94.

¹¹² Vuelve a tener esta denominación hasta la Constitución de 1998.

¹¹³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1979, art. 78.

Como mencionamos anteriormente es responsabilidad del Legislativo el control político sobre la conveniencia, oportunidad, bondad, magnitud y aceptación de las determinaciones gubernamentales,¹¹⁴ tal como lo consagra el artículo 182 de la Constitución Política de 1998.

Por su carácter excepcional y en consideración a las facultades extraordinarias que se le atribuyen al Ejecutivo dentro de un marco constitucional para tiempos de anormalidad, corresponde al legislador en los casos de estados de excepción evaluar las medidas que se dictan en vigencia de éstos.

El Congreso, por consiguiente, no tiene limitación alguna para tratar los temas que dan lugar a la declaratoria y a las medidas adoptadas mientras dura la misma ya que se encuentra en el ejercicio de su propio poder (concedido igualmente por norma constitucional) atendiendo las exigencias de los requisitos constitucionales de fondo que recaen sobre el estado excepcional.

En base a ello, la Constitución de 1998 es muy clara al establecer, dentro del régimen del estado de emergencia, que el Congreso Nacional -previa notificación de la declaratoria de emergencia por parte del Ejecutivo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la publicación del Decreto- podrá en cualquier momento revocarlo si las circunstancias lo justificaren¹¹⁵.

Consideramos por tanto, en base al análisis realizado en los capítulos anteriores, que era obligación del Congreso Nacional revocar la mencionada declaratoria por improcedente y cumplir así con el mandato constitucional, sin embargo, en los años 2007 y 2008 se dieron importantes cambios político-institucionales en el país que condujeron a una etapa de transición en la cual se suscitaron graves imprevistos y vacíos que enmarañaron el panorama jurídico y político del Ecuador e hizo inviable el descrito control político al Decreto Ejecutivo No.1348.

A continuación analizaremos los hechos provocados por la mencionada transición para así determinar el manejo político y jurídico que se le dio a las potestades legislativas y finalmente determinar porque no fue posible el control político del Decreto Ejecutivo No. 1348.

¹¹⁴ Cf. J. G. HERNANDEZ GALINDO: *Poder y Constitución*, Bogotá, Editorial Legis, 2001. p. 34

¹¹⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998, Art. 182.

La Asamblea Nacional Constituyente a través del Mandato Constituyente No. 1 del 29 de noviembre de 2007 declaró en receso a los diputados principales y alternos del Congreso Nacional elegidos el 15 de octubre de 2006. A través del mismo Mandato la Asamblea Constituyente asumió las atribuciones y deberes de la Función Legislativa.¹¹⁶

Bajo esta premisa, la Asamblea Nacional Constituyente ejerció en principio funciones legislativas hasta el 25 de julio de 2008, fecha en la cual concluyó su principal función la cual consistía en la creación de un proyecto de Constitución de la República.

El Mandato Constituyente No. 21, sin embargo, establece que la Asamblea Constituyente ejercerá la Función Legislativa del Estado a partir del 26 de julio de 2008 hasta la proclamación de los resultados del referéndum aprobatorio del proyecto de Constitución de la República¹¹⁷ y en su calidad de Función Legislativa se declara en receso desde el 26 de julio de 2008 hasta que se proclamen los resultados del referéndum aprobatorio.¹¹⁸

Es decir, a partir del 26 de julio de 2008 hasta el 16 de octubre del mismo año (fecha en la cual se proclamaron los resultados oficialmente) las potestades legislativas le correspondían ejercer a la Asamblea Constituyente, pero al encontrarse esta en receso sus facultades constitucionales se veían limitadas.

Por su parte, el Decreto Ejecutivo No. 1348 fue expedido el 23 de septiembre de 2008 y publicado en el Registro Oficial No. 439 de 3 de octubre de 2008 por lo que es importante analizar el artículo correspondiente de la Constitución a la luz de este panorama jurídico.

El artículo 182 de la Constitución de 1998 establece que el Presidente de la República notificará al Congreso Nacional la declaración del estado de emergencia, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la publicación del Decreto correspondiente.

Es claro que la intención del legislador no es notificar al Congreso Nacional como institución aislada, sino como representante del Poder Legislativo, por tanto en el contexto político-institucional en que fue emitido el Decreto, se debe entender

¹¹⁶ MANDATO CONSTITUYENTE NO.1, Art. 7.

¹¹⁷ MANDATO CONSTITUYENTE NO. 21, Art.1.

¹¹⁸ MANDATO CONSTITUYENTE NO. 21, Art. 2.

que el Presidente de la República debió notificar de la declaratoria de estado de emergencia al organismo que representaba y ostentaba las facultades del Poder Legislativo en ese momento, en este caso, debió notificar a la Asamblea Constituyente, en la persona de su Presidente, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la publicación del Decreto; es decir, hasta el 5 de octubre de 2008. Notificación la cual no fue realizada por el Ejecutivo¹¹⁹.

Además, en el supuesto no consentido de que se hubiera notificado a la Presidencia de la Asamblea Constituyente, la posibilidad real de que se hubiera dado un control era mínima debido a que el organismo en cuestión se encontraba en receso y la Constitución de 1998 no contempla un sustituto en el ejercicio de esta potestad debido a que en dicha Carta Fundamental se establece la permanencia activa de la Función Legislativa.

Por tanto, a pesar de que en la Constitución vigente a la época se establecían las herramientas necesarias de control político para la declaratoria de estado de emergencia, este se vulneró completamente debido al estado de la Función Legislativa a la época y a la coyuntura política existente.

Por tanto, la reflexión que cabe en este análisis es que si bien el control político es un medio válido para la revisión de la declaratoria de emergencia, por ser político, está supeditado siempre a una coyuntura que relativiza de alguna manera el efectivo control que puede venir del Poder Legislativo.

Por este motivo consideramos indispensable el control constitucional y jurisdiccional de las declaratorias de emergencia ya que el control político es muchas veces insuficiente y puede generar brechas innecesarias en el control de los actos del Ejecutivo, más aun en el caso del Decreto Ejecutivo No. 1348 en el que simplemente no existió control político alguno.

3.3 Control jurisdiccional de la declaratoria de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348.

¹¹⁹ La Asamblea Nacional Constituyente registra tan solo dos notificaciones del Ejecutivo referentes a declaratorias de estados de emergencia: la primera con fecha 6 de febrero de 2008 y la segunda de 22 de mayo de 2008. Por su parte la Comisión Legislativa y de Fiscalización también registra dos notificaciones con fecha 20 de enero de 2009 y 29 de abril de 2009. Ninguna guarda relación con el Decreto Ejecutivo No. 1348. Información disponible en: <http://www.asambleaconstituyente.gov.ec> y <http://www.asambleanacional.gov.ec/>. Consultado el 4 de mayo de 2009.

El ejercicio del poder político bajo el presupuesto de su sometimiento a un control jurisdiccional se genera como expresión de dos principios fundamentales: el principio de legalidad y el de libertad. El primero como sabemos se refiere a que todo el poder es de la Ley y toda autoridad que puede ejercitarse proviene de la propia Ley; y el segundo a la facultad de oponerse a la opresión que no venga en nombre de la Ley.

Se plantea entonces la obligada sujeción del poder a la normatividad jurídica como un elemento esencial y necesario para la institucionalización del poder Estatal, en el cual los órganos detentores de poder los ejerzan de acuerdo a unas competencias predeterminadas por la Constitución o las leyes.

Así se consolida el denominado 'Estado de Derecho', en el cual, el ordenamiento jurídico limita el ejercicio del poder político, con el fin de garantizar la protección de los derechos y libertades del individuo y restringir el abuso del poder.

El control jurisdiccional por tanto, está constituido por un fuerte carácter objetivo, fundamentado en razones jurídicas y de ejercicio necesario, esto es, el confiado a un órgano imparcial e independiente, dotado de competencia técnica para dirimir los conflictos jurídicos, y que fiscaliza la arbitrariedad y los excesos del poder.

En suma el control es consustancial al poder ejercido, pues este no existe sin aquel, el control se impone para encausar la actuación de la autoridad pública dentro de los márgenes permitidos, y lograr así la consecución de los fines públicos.

Es pertinente aclarar que el control jurisdiccional no tiene como función sustituir los órganos de gobierno y administración en la definición de los intereses públicos a perseguir y en la determinación de las medidas a adoptar en el marco del Derecho, sino en realizar un control bajo parámetros estrictamente legales y mediante decisiones tendientes a imponer el respeto de los límites jurídicos establecidos a las autoridades públicas.

Como ya se ha adelantado, el gran debate en torno al control judicial de la declaratoria de estado de emergencia se ha planteado a raíz de si el control a los

denominados actos políticos ha de ser pleno o si, por el contrario, han de existir parcelas de su actuación que hayan de resultar inmunes al control judicial.

En efecto, desde una perspectiva histórica, como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, frente al constante desarrollo que va adquiriendo la jurisdicción administrativa en los siglos XIX y XX, los actos políticos o de gobierno se han alzado como núcleo de inmunidad en la actuación del Ejecutivo¹²⁰.

Sin embargo, en base al análisis realizado en el capítulo segundo, y tomando en cuenta la natural evolución del Derecho en materia de controles, consideramos que esta premisa ha perdido vigencia.

Específicamente, en lo que respecta a las declaratorias de emergencia considero que esta visión (entiéndase la inmunidad jurisdiccional de las declaratorias de emergencia) está superada ya que estos actos reservados exclusivamente al Presidente de la República son plenamente justiciables tanto en vía judicial como en constitucional, siendo estas dos alternativas de control complementarias, mas no contrapuestas lo cual fundamentaremos a continuación.

3.3.1 Control contencioso administrativo de la declaratoria de estado de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348.

Antes de analizar el control judicial aplicable a la declaratoria de emergencia es importante analizar brevemente las particularidades del control contencioso administrativo. En este sentido, el control sobre la actividad administrativa debe atribuirse a tribunales diferentes de la jurisdicción ordinaria, pero dentro de la Función Judicial con plena autonomía para conocer y decidir de todas las controversias entre la administración y los administrados.

Inicialmente aparece como un autocontrol administrativo, es decir, ejercido por funcionarios pertenecientes a la misma administración, luego se separa la función administrativa y se conciben tribunales especializados, por razón de la materia, independientes de la administración y de los tribunales ordinarios y

¹²⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha Contra las Inmidades del Poder*, Madrid, Civitas, 1989, p. 180

finalmente se conciben tribunales especializados, por razón de la materia, pero dentro de la Función Judicial.

Por tanto, el sistema contencioso-administrativo se fundamenta en la especialización de los procedimientos y los tribunales, reconociéndose parte de la Función Judicial y consecuentemente la naturaleza jurisdiccional de sus decisiones.

Generalmente se estatuyen dos acciones, una en defensa de la ley, otra de los legítimos intereses de los administrados; en ambas puede anularse el acto irregular y en la segunda, condenarse a la administración a la reparación de los perjuicios que haya causado.

3.3.1.1 Alcance del control contencioso administrativo de la declaratoria de estado de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348.

El régimen contencioso administrativo en el Ecuador está regulado por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Esta Ley data de los años sesentas¹²¹; por lo que guarda varias características propias de la época, entre ellas las exclusiones a la jurisdicción contenciosa-administrativa de los actos discrecionales de la administración y a los actos políticos de Gobierno, entre otros.

En este sentido el artículo seis de la mencionada ley establece que no corresponden a la jurisdicción contenciosa administrativa:

- a) Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración.
- b) Las cuestiones de carácter civil o penal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y las que, por su naturaleza, sean de competencia de otras jurisdicciones.
- c) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso - administrativa.
- d) Las resoluciones expedidas por los organismos electorales.
- e) Las resoluciones que se dicten con arreglo a una ley que expresamente les

¹²¹ Publicada en el Registro Oficial No. 338 de 18 de Marzo de 1968.

excluya de la vía contenciosa.

Es decir, la ley de jurisdicción contencioso-administrativa, explícitamente excluye de su jurisdicción (tomando en cuenta únicamente los actos que interesan a nuestro análisis) a los actos que se refieran a potestades discrecionales de la administración y a las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, entre ellos la declaratoria de estado de emergencia.

Del análisis al artículo en mención parece ser que la intención del legislador es excluir de la jurisdicción contencioso-administrativa a aquellos actos que considera de naturaleza distinta en cuanto a la materia a los actos administrativos o de la Administración en un intento, a mi parecer, de delimitar la competencia de esta jurisdicción más no de excluir de todo control jurídico a los actos enlistados en el artículo sexto.

Por tanto, en principio parecería ser que la declaratoria de estado de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348, como acto político del gobierno, no puede ser sujeto de control contencioso-administrativo por expresa disposición legal. Sin embargo, el mismo literal c) del artículo seis de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que, a pesar de la exclusión antes mencionada, la jurisdicción contencioso administrativa es competente para determinar las indemnizaciones que fueran procedentes a consecuencia del acto político, en nuestro caso, a consecuencia de la declaratoria de estado de emergencia.

Por tanto, la declaratoria de estado de emergencia como acto político si está sujeto a control jurisdiccional contencioso administrativo en cuanto a las consecuencias del acto ya que el juez para determinar si es procedente o no una indemnización provocada por un determinado acto tiene que necesariamente analizarlo y hacer una valoración del mismo y de las consecuencias que su aplicación acarreado. Es importante precisar que este control jurisdiccional contencioso administrativo es independiente de cualquier otro que se realice a la declaratoria de estado de emergencia en sí por otro tribunal (por ejemplo el Control Constitucional). Por eso manifestábamos anteriormente que el control constitucional y contencioso administrativo de la declaratoria de emergencia lejos de

ser controles contrapuestos son complementarios ya que se refieren a distintas facetas del acto.

Entonces a pesar de que la jurisdicción contencioso administrativa no ejerce un control formal o material al acto en sí, por exclusión de la ley, de todas maneras ejerce control a las consecuencias del acto, condenando a indemnizaciones si estas son pertinentes.

En el caso en concreto, si bien los tribunales contencioso-administrativos excluyen de su jurisdicción el análisis de la pertinencia o no de la declaratoria de estado de emergencia, esto no excluye a que se inicie una acción de indemnización por parte de los afectados por las arbitrariedades cometidas por el Estado en el Decreto Ejecutivo No. 1348.

3.4 Control Constitucional

El Ecuador a partir de la Constitución de 1967 estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales el cual se constituía como un nuevo órgano de control de carácter especializado, en razón de la materia, al cual se le encomendó la misión de servir de guardián de la integridad y supremacía de la Constitución. Este tenía a su cargo, entre otras atribuciones, velar por el debido ejercicio, defensa, divulgación y eficacia de los derechos fundamentales de la Constitución y remitirlos al Congreso Nacional para que sea este el que actúe¹²².

En la Constitución de 1978, codificada el 13 de febrero de 1997 ya se establece al Tribunal de Garantías Constitucionales (y se mantendrá en la Constitución de 1998 con el nombre de Tribunal Constitucional) como un órgano de control constitucional, de carácter especializado y supremo en la materia, el cual igualmente tenía la misión de servir de guardián de la integridad y supremacía de la Constitución y también tiene a su cargo, velar por el debido ejercicio, defensa, divulgación y eficacia de los derechos fundamentales de las personas.

La creación de un órgano especial encargado de velar por la supremacía e integridad de la Carta Magna, se explica, en buena medida, por la función a ella

¹²² CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR DE 1967, art. 220.

encomendada de decidir sobre la juridicidad de los actos realizados por las más altas instancias del Estado. Por lo mismo, las determinaciones adoptadas por un organismo de tal naturaleza tendrán innegable trascendencia o incidencia jurídica y política.

Por tanto, existe una relación muy estrecha entre el efecto directo e inmediato de la Constitución y los controles que esta debe ejercer, pues son ellos los que posibilitan el carácter vinculante de la norma constitucional.

Por ello se afirma que efectivamente el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad a la misma. El control no forma parte únicamente de un concepto político de Constitución, sino de un concepto jurídico, de tal manera que, solo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y solo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida esta como norma¹²³.

Resulta evidente entonces la importancia capital del control pues en último término la vigencia de la Constitución dependerá de su capacidad de realización; es decir, de su efectiva normativa para la cual constituye un precedente indispensable la realidad del control.

Desde la perspectiva general el control le atribuye eficacia a las situaciones jurídico sustanciales del administrado (llámese derechos subjetivos o intereses legítimos) además de asegurar la vigencia de normas, principios y valores constitucionales.

Por tanto, el control constituye un elemento inherente a la Constitución y del concepto mismo de Constitución se puede afirmar que sin control las garantías constitucionales resultarían debilitadas y lo que es más grave no habría una Constitución real o aplicable.¹²⁴ Por tanto, a continuación analizaremos el alcance del control constitucional a la declaratoria de emergencia y determinaremos los parámetros aplicables para su efectivo control tomando en cuenta los cambios político-institucionales que ha sufrido el país.

¹²³ M. ARAGÓN: "El Control como Elemento Inseparable del Concepto de Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 19, Año 7, Ene-Abr. 1987, p.16.

¹²⁴ *Ibíd.*, pp. 51-52.

3.4.1.1 ¿Control constitucional formal o material de la declaratoria de estado de emergencia?

Ha existido en la doctrina una discusión sobre el alcance del control constitucional con respecto a los actos de autoridad pública y específicamente al que nos compete como lo es la declaratoria de estado de emergencia.

Los franceses del siglo XIX consideraban que este control no podía ser más que formal manifestaban que el control jurídico no puede ser ejercido en razón de la oportunidad ni de la conveniencia de la norma acusada, ya que simplemente se extiende al cumplimiento de los requisitos formales y al respeto de los principios orientadores del Estado, conocidos como principios constitucionales. Consideraban que el examen debe reducirse a la confrontación normativa, de la cual se concluirá si la norma acusada encaja o no dentro de la dinámica Constitucional.

Sin embargo, según lo establecido por la Constitución vigente a la época de emisión del Decreto Ejecutivo en cuestión y a la vigente en la actualidad el control que ejerce el Tribunal Constitucional o la actual Corte Constitucional a la declaratoria de emergencia es un control jurídico, este es relativo al cotejo entre el decreto que el Presidente de la República dicte –al asumir los poderes extraordinarios y al desarrollarlos- y la Constitución de la República, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales.

El Tribunal o la Corte deciden definitivamente y con efecto ‘erga omnes’ acerca de la pertinencia o no del acto del Ejecutivo. La armonía del ordenamiento jurídico deviene de la efectiva valoración por parte del Tribunal o la Corte Constitucional, del acto en cuestión al analizar su validez y vigencia tanto formal como material con respecto de la Constitución.

En definitiva, debemos señalar que tanto la Constitución de 1998 como la actual en cuanto al ejercicio del control jurídico abandonaron la teoría del exclusivo control formal y adoptaron la tesis del control material con el fin de proteger la supremacía constitucional.

Es preciso afirmar que la introducción de este elemento de justiciabilidad del acto político o de gobierno, invierte la relación entre los poderes y derechos, sobreponiendo las garantías y libertades individuales.

3.4.1.2 Parámetros aplicables para el efectivo control constitucional del Decreto Ejecutivo No. 1348 en base a los cambios político-institucionales suscitados en el país.

A la fecha de expedición del Decreto Ejecutivo No. 1348, septiembre de 2008, el país se encontraba en medio de grandes cambios políticos, jurídicos e institucionales por lo que en cuanto al control constitucional aplicable al Decreto en mención existen particularidades que bien merecen ser analizadas.

En la Constitución de 1998, vigente a la época de la expedición del Decreto No. 1348, dentro del régimen de estado de emergencia se contempla únicamente el control político de estos actos ya que se establece que será el Congreso Nacional quien determine la pertinencia o no de la declaratoria de Estado de emergencia.¹²⁵

Sin embargo, en la propia Constitución se establece claramente el principio de tutela judicial efectiva y el derecho que tienen los ecuatorianos de acceder a la administración de justicia¹²⁶ por lo que es una obligación constitucional del mencionado Tribunal conocer y resolver sobre la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo, tanto en la forma como en el fondo, más aun cuando este no había tenido ningún tipo de control político debido al receso en que se encontraba la Asamblea Constituyente organismo que ostentaba el Poder Legislativo a la época.

En definitiva, que en los artículos en los que se regula el estado de emergencia no se exija o establezca control constitucional por parte del Tribunal Constitucional no significa bajo ningún concepto que este no deba darse ya que el control de los actos de cualquier autoridad pública son indispensables en orden a mantener un Estado organizado jurídicamente.

¹²⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1998. Art. 182.

¹²⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 1998, Art. 24, numeral 17

Bajo esta premisa, a partir de octubre de 2008 el marco constitucional del Ecuador cambio sustancialmente por lo que es indispensable analizar brevemente sus implicaciones y el régimen contemplado a los estados de excepción.

La Constitución del Ecuador vigente desde octubre de 2008 establece un Estado constitucional de derechos. El cual contempla una estructura de control destinada a hacer efectivos los postulados de esta nueva organización política.

En el nuevo marco constitucional ya no se identifica el Derecho con la ley, sino que se eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculantes y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley, sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en alguno de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional.

Del mismo modo, aparte de la supremacía de la Constitución sobre la ley es característica del Estado Constitucional que todos los poderes públicos y, particularmente, los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estén sujetos directamente a la Constitución, es decir, que actúen dentro de los límites de la competencia fundamental del Estado sin que puedan invadir la esfera de autodeterminación de las personas y la de autorregulación de la sociedad y dentro de los límites de las competencias específicas que a cada uno de ellos le señala la Constitución frente a las competencias atribuidas a los demás órganos constitucionales con el fin de garantizar los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Ahora bien, dentro del plano específico del control de los actos de la Administración, se debe partir de una premisa básica: en el Estado constitucional de derechos, cualquier acto o norma producto de la potestad jurídica del Gobierno no es inmune al control constitucional o jurisdiccional. Por cuanto, como objeto controlado, tanto el ejercicio de la potestad reglamentaria como los actos de la Administración pública son la consecuencia de una potestad jurídica que, como tal, está sujeta al principio de juridicidad, cuyo parámetro útil de verificación lo constituye el Derecho, es decir, el conjunto del ordenamiento jurídico vigente.

Este principio se ve reflejado en las normas que regulan el estado de excepción en la Constitución de Montecristi ya que es clara al establecer que una vez declarado el estado de excepción, el Ejecutivo debe notificar no solo al Legislativo para que realice el control político, sino también a la Corte Constitucional¹²⁷ la cual podrá declarar de oficio la inconstitucionalidad de dicha declaratoria¹²⁸.

Como sabemos el Decreto Ejecutivo No.1348 fue expedido y promulgado en el Registro Oficial bajo el amparo de la Constitución Política del Ecuador de 1998, por tanto, en base a esta Norma Fundamental se fundamento su pertinencia tanto de forma como de fondo; sin embargo, mientras todavía estaba vigente, fue aprobado y entro en vigencia un nuevo marco constitucional¹²⁹. Entonces, es necesario, una vez analizado el marco jurídico aplicable al Decreto Ejecutivo No. 1348, determinar bajo que parámetros debe realizarse el control del mencionado Decreto tomando en cuenta los cambios institucionales ocurridos en el país.

Para dilucidar este vacío es indispensable remitirnos a la Resolución tomada por los miembros del Tribunal Constitucional para el periodo de transición.

En ella los magistrados manifiestan que la Constitución Política del Ecuador esta derogada desde el 20 de octubre de 2008 por lo que a partir de esta fecha las normas constitucionales aplicables, entre ellas las del régimen de excepción, son las aprobadas por el pueblo ecuatoriano el 28 de septiembre de 2008 y publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre del mismo año.

En virtud de ello manifiestan que en base a los principios de eficacia normativa, aplicación directa e inmediata y de favorabilidad de la efectiva vigencia de los derechos y de las normas de la Constitución, principalmente de aquellas referidas a las garantías de los derechos, es necesario asumir la calidad de Magistradas y Magistrados y ejercer las atribuciones que la Constitución de la República del Ecuador y demás normas secundarias confieren a la Corte Constitucional, hasta ser reemplazados de conformidad con la Constitución y la ley¹³⁰.

¹²⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008, Art. 166.

¹²⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008, Art. 436 numeral 8

¹²⁹ La Constitución de la Republica de 2008 fue aprobada el 28 de septiembre de 2008 y publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, *Resolución de Periodo de Transición* de 21 de octubre de 2008

Por tanto, el organismo competente para realizar el control, inclusive de oficio de acuerdo a la norma constitucional, de la declaratoria de estado de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348 es la Corte Constitucional para el periodo de transición, la misma que deberá analizar su procedencia de acuerdo a la norma en base a la cual fue emitido el acto; en este caso, en base a la Constitución de 1998, pero guardando las formalidades y procedimiento establecidos en la Constitución vigente.

CONCLUSIONES

Después del análisis realizado a lo largo de este trabajo argumentativo podemos concluir que la declaratoria de estado de emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1348 es improcedente por errónea motivación y desnaturalización del régimen de estado de emergencia establecido por la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, vigente a la expedición del mencionado Decreto.

Es improcedente por errónea motivación debido a que los antecedentes de hecho no guardan relación con la pertinencia de su aplicación. En este caso los antecedentes de hecho que motivan la declaratoria de emergencia están ligados a inconvenientes que nacen de una relación contractual entre partes privadas. Por un lado Hidropastaza S.A y por otro lado el consorcio Odebrecht- Alstom- Va tech,

compañías contratadas por Hidropastaza S.A para la optimización del diseño de ingeniería básica, realización de la ingeniería de detalle, diseño, construcción y puesta en marcha de todos los componentes de la Central Hidroeléctrica “San Francisco”. La declaratoria de emergencia como hemos venido sosteniendo está reservada para casos específicos, extraordinarios, taxativamente establecidos en la Constitución de la República por lo que no es pertinente la declaratoria de estado de emergencia ya que los problemas derivados de relaciones contractuales no son motivación suficiente para declararlo.

En segundo lugar, dentro de la motivación del Decreto Ejecutivo No. 1348 se establece que el fin del mismo es “evitar un estado de conmoción interna” es decir, se da un carácter preventivo a la declaratoria de estado de emergencia, cuando la naturaleza del mismo es reaccionar ante una situación excepcional que ponga en riesgo la integridad del Estado o de sus habitantes no de prevenirla ya que lo contrario sería darle una interpretación extensiva a la norma que desnaturaliza el sentido mismo de los estados de emergencia y por supuesto se presta a lamentables abusos de poder.

Además, el Decreto Ejecutivo No. 1348 extrañamente en un principio manifiesta que su objetivo es “evitar un estado de conmoción interna” derivado de las deficiencias causadas al servicio de energía eléctrica por la paralización de la Central Hidroeléctrica “San Francisco” y en base a ello establece la motivación respectiva; para posteriormente incluir como nuevos objetivos del Decreto Ejecutivo superar también las deficiencias en los proyectos denominados “Toachi-Pillatón”, “Carrizal-Chone”, “Baba”, y “Aeropuerto del Tena” sin incluir motivación alguna que justifique esta decisión, sino que además declara en emergencia a todos los proyectos en los que haya intervenido o se halle interviniendo la compañía Constructora Norberto Odebrecht S.A desnaturalizando por completo al estado de emergencia ya que las medidas aplicadas son claramente desproporcionadas e inconsecuentes con el objetivo de la mencionada declaratoria de emergencia, lo que nos lleva a establecer que de ninguna manera se buscó solucionar una situación en la que el Estado se encuentre en riesgo, sino que se lo utiliza claramente como medio de terminación contractual y de retaliación política

en contra de la compañía Norberto Odebrecht S.A por las deficiencias encontradas en la Central Hidroeléctrica “San Francisco”.

Finalmente, también se desnaturaliza a la figura del estado de emergencia cuando se pretende darle un uso discrecional; cuando la potestad con la que goza el Presidente de la República para decretar el estado de emergencia tiene que ser entendida como un permiso que le da la Constitución para decidir si una situación de crisis real encaja dentro de las opciones que establece la Constitución de la República, mas no como libertad absoluta o discrecionalidad absoluta para decidir que situaciones fácticas pueden estar sujetas a una declaratoria de estado de emergencia. El régimen de estado de emergencia es esencialmente restrictivo y en lo referente a las causales para declarar el estado de emergencia no existe discrecionalidad alguna, las cuatro causales están claramente determinadas por la Constitución de 1998 y solo en esos casos se podía declarar el estado de emergencia.

Por su parte, en lo que respecta al control del Decreto Ejecutivo No. 1348 y en base a su improcedencia demostrada concluimos lo siguiente:

Si bien considero a las declaratorias de estado de emergencia en general como actos políticos, entendiendo a estos como una categorización conceptual que se refiere a actos distintos a los que normalmente hace uso la autoridad pública, estos de ninguna manera están exentos de control constitucional o jurisdiccional ya que tanto la Constitución de 1998 como la actual contemplan un régimen de control jurídico a estos actos; además, de los principios de tutela judicial efectiva y acceso a la administración de justicia consagrados en la Constitución.

En este sentido cabe sobre el Decreto Ejecutivo No. 1348 tres tipos de control: político, el cual debe ser ejercido por la Función Legislativa. Contencioso administrativo en cuanto a los efectos dañosos existentes en la declaratoria de estado de emergencia y constitucional con respecto de la forma y fondo del acto. Siendo estos controles complementarios y no contrapuestos debido a que buscan controlar al acto en distintas esferas jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

A. NIETO GARCÍA: *El Arbitrio Judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.

C. GARCÍA OVIEDO Y C. MARTÍNEZ USEROS: *Derecho Administrativo*, 8.Ed, Madrid, 1962.

CARLOS RESTREPO PIEDRAHÍTA: *Las facultades Extraordinarias*, Bogotá, Publicaciones U. Externado de Colombia, 1973.

CARRO Y HERNANDEZ VALMAYOR: “La doctrina del Acto Político”, en *Revista de la Administración Pública*, N° 53, Ed. Cívitas.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Estudio preliminar del Estado de Sitio y la Protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos”, Washington, Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Informe Anual” 1980-1981.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Observación General No. 29, sobre el Estado de Emergencia, disponible en: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Documentsfrsets?OpenFrameSet>. Consultado el 13 de marzo de 2009.

CONSEJO DE ESTADO ESPAÑOL: Memoria del Año 1995 que el Consejo de Estado en Pleno eleva al Gobierno Español, Madrid, 1996, pp. 89-90, disponible en www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%201995.pdf, consultado el 2 de diciembre de 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: Sentencia No. C-004 de mayo 7 de 1992. Sala Plena. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Gaceta Constitucional 1992, Tomo I, febrero-mayo. págs. 111 a 114, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>. Consultado el 3 de febrero de 2009

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “El habeas corpus bajo suspensión de garantías”, *Opinión Consultiva No. 8 de 30 de enero de 1987*.

- E. SAYAGÚES LASO: *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, Depalma, 1952.
- E.M BRU PERAL: “Estados de Alarma, Excepción y Sitio”, en *Derechos y Libertades Revista del Instituto Bartolome de las Casas*, Madrid , disponible en dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=175149. Consultado el 15 de marzo de 2009.
- EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*, 3ra. ed., Civitas, Madrid, 1983.
- ERNESTO JINESTA LOBO,: “El Control Jurisdiccional de la Administración Pública”, en *Revista Judicial Costa Rica*, Año XX, 63, septiembre 1997 disponible en http://www.ernestojinesta.com/articulos_de_revistas.htm consultado el 18 de noviembre de 2008.
- G. BADENI: *Instituciones de Derecho Constitucional*, Bs.As., Editorial AD-HOC, 1era. Ed., 1997.
- G. GONZÁLEZ CAMPAÑA: “Suspensión de Derechos y Garantías en Estados de Emergencia”, disponible en http://www.gordillo.com/Pdf/DH-5/Capitulo_VII.pdf. Consultado el 12 de enero de 2009.
- G.M. RODRÍGUEZ: *Derecho Administrativo, Teoría General*, Bogotá, El Profesional, 1998.
- GERMAN J. BIDART CAMPOS: *Compendio de Derecho Constitucional*, Bs.As., Ediar, 1Ed., 2004.
- GUIDO SANTIAGO TAWIL: “Administración y Justicia alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa”, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.
- H.J. ZARINI: *Derecho Constitucional*, Bs.As., Editorial Astrea, 2da. Ed., 1999.
- ISABEL SOTELO DE ANDREAU: “El control de la desviación del poder”, en *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas – UNNE*, disponible en www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt/2000/1_sociales/s_pdf/s_028.pdf, consultado el 27 de noviembre de 2008.
- J. G. HERNANDEZ GALINDO: *Poder y Constitución*, Bogotá, Editorial Legis, 2001.
- J.C. CASSAGNE: *Derecho Administrativo*, 7Ed, Abeledo-Perrot, 2002.
- J.F. ARMAGNAGUE: *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo III,, Bs.As., Depalma, 1997.
- J.R. DROMI: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bs.As., Astrea de R. Depalma, 1973.
- K. LOWEATEIN: *Teoría de la Constitución*, 2Ed., Barcelona, Ariel, , 1976.

KAMEL CAZOR ALISTE: “Fundamentación y control del acto de gobierno en Chile”, en *Revista de Derecho Valdivia*. dic. 2001, Vol. 12, No.2 Disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502001000200006&lng=es&nrm=iso, Consultado el 29 de noviembre de 2008.

LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ: “Los poderes Discrecionales”, en *Revista de administración pública*, 99, 1982, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2116772> consultado el 29 de octubre de 2008.

LIFANTE VIDAL, ISABEL: “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 25, 2002, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=790212>, consultado el 16 de noviembre de 2008.

LUIS FRIGINAL FERNÁNDEZ- VILLAVERDE: “Las Causas de inadmisibilidad del Recurso Contencioso- Administrativo y el Derecho a la Jurisdicción”, en *Revista de Administración Pública*, 104, 1984, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=893214>, consultado el 15 de noviembre de 2008.

M. ARAGÓN: “El Control como Elemento Inseparable del Concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 19, Año 7, Ene-Abr. 1987.

M. M. DIEZ: *Derecho Administrativo*, Tomo II, 2ed, Bs. As., Plus Ultra, 1976.

M. MADABIAGA GUTIÉRREZ: *Derecho Administrativo y Seguridad Jurídica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966.

MIGUEL ALEJANDRO MALAGÓN PINZÓN: “La Ciencia de la Policía: Una Introducción Histórica al Derecho Administrativo Colombiano”, *Memoria para optar al Grado de Doctor*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Madrid, 2006. Disponible en <http://alfama.sim.ucm.es/greco/digital.php>. Consultado

MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE: *Discrecionalidad Administrativa y Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

MIGUEL CASINO RUBIO: “El control jurisdiccional de la administración pública: el poder de sustitución del juez”, en *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, II(3), 1994 disponible en <http://hdl.handle.net/10016/1511>, consultado el 25 de noviembre de 2008.

MIGUEL MARIENHOFF: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, 6ta. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

P.G. ALTAMIRA: *Curso de Derecho Administrativo*, Bs.As., 1971.

RICARDO MIGUEL ANDREU: “El control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos de gobierno”, en *Revista de Derecho Procesal, Defensa y excepciones-II*, 2003, disponible en www.cpapc.org.ar/andrea.htm, consultado el 23 de noviembre de 2008.

VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO: “La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso”, en *Annuario iberoamericano de justicia constitucional*, N°. 3, 1999, pp. 181-204, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976171>. Consultado el 14 de noviembre de 2008.

VLADIMIRO NARANJO MESA: *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997.

