

Dictamen 3-20-EE/20

VOTO SALVADO

**Juezas constitucionales Karla Andrade Quevedo, Daniela Salazar Marín,
Ramiro Avila Santamaría**

1. La Corte Constitucional ha aprobado el dictamen No. 3-20-EE/20 (29 de junio de 2020), con el voto de los jueces constitucionales Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez y Hernán Salgado Pesantes, que declara la constitucionalidad condicionada del Decreto Ejecutivo No. 1074 de 15 de junio de 2020 (“el Decreto”). Respetuosamente disintimos y argumentamos en los siguientes términos el voto salvado.

Estado de excepción, democracia y control de constitucionalidad

2. El Ecuador se define como un Estado constitucional democrático.¹ Esta caracterización no se reduce solo a la voluntad de la mayoría como fundamento de la representación popular. La democracia constitucional implica, además, respetar y promover los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, respetar la institucionalidad pública y el equilibrio de poderes entre las funciones del Estado y reivindicar la participación y la deliberación como mecanismo esencial para la toma de decisiones.² Estas decisiones serán más democráticas, entonces, en la medida que se permita tomarlas dentro de la institucionalidad democrática y con la mayor participación posible.

3. El estado de excepción, previsto para situaciones extraordinarias, parte del supuesto que no se puede resolver esas situaciones a partir del sistema jurídico y de la institucionalidad ordinaria. Tiene como finalidad asegurar la pervivencia del orden constitucional, la democracia y los derechos. Durante un estado de excepción, la función ejecutiva concentra competencias y toma decisiones públicas de forma unilateral exclusivamente para afrontar la crisis de forma inmediata y emergente, así como también con el afán de recobrar la normalidad y encaminar nuevamente al Estado hacia los cauces constitucionales ordinarios.

4. En consecuencia, el régimen de excepción conlleva un desmedro de la institucionalidad democrática y una restricción a derechos que posibilitan la participación social. Las competencias de excepcionalidad refuerzan el modelo de un estado presidencialista, como es el ecuatoriano. La concentración de poder puede llevar a la toma de decisiones discrecionales, arbitrarias e incluso derivar en violaciones a los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos.

¹ Constitución, artículo 1.

² Constitución, artículo 95. Véase Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos*, Buenos Aires: Astrea, 1984, capítulo 9.

5. Por estas razones, la Constitución ha incorporado algunos mecanismos para evitar que se produzcan excesos en los estados de excepción. Entre esos están los límites constitucionales (formales, materiales, temporales, espaciales), el control jurisdiccional por parte de la Corte Constitucional y el control político por parte de la Asamblea Nacional.

6. La Corte Constitucional, para preservar la institucionalidad democrática y garantizar los derechos, tiene la obligación de realizar un estricto escrutinio del decreto ejecutivo que declara el estado de excepción. Entre otros, es su deber evitar que una prolongación excesiva o injustificada, así como la adopción de medidas desproporcionadas o innecesarias, generen un desbalance entre los poderes constituidos, permitan un incremento desmedido de las competencias de la función ejecutiva y afecten desproporcionadamente los derechos de las personas.

7. El ejercicio de derechos y garantías debe ser promovido y protegido. La restricción, suspensión, disminución o menoscabo de derechos, como sucede en un estado de excepción, deben justificarse de forma rigurosa.³ Cuando se trata de la organización del poder, el control de constitucionalidad del decreto debe velar por mantener la estructura institucional que promueve y protege la democracia y los derechos.

8. Por estas razones, la Corte debe exigir y velar por el respeto irrestricto de los límites al estado de excepción previstos en el texto constitucional. Al hacerlo, no sólo debe tomar en cuenta que, de modo general, la interpretación constitucional debe ceñirse al “*tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad*”⁴, sino que además debe observar los “*principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad*”⁵ que rigen a todo estado de excepción. Se trata, entonces, de una cuestión que incluso supera la interpretación formal del texto de la Constitución. Los límites temporales, espaciales y materiales a los que nos referiremos a continuación, hacen parte de la naturaleza de todo estado de excepción.

Límite temporal del estado de excepción

9. La Constitución establece un límite temporal al estado de excepción:

*El decreto de estado de excepción tendrá vigencia **hasta** un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse **hasta** por treinta días más, lo cual deberá notificarse.⁶ (Énfasis añadido)*

10. Este límite temporal no es una mera formalidad, es un elemento sustancial de todo estado de excepción y constituye una garantía para el funcionamiento de la institucionalidad democrática y para los derechos. El estado de excepción, bajo ningún concepto puede perennizarse y obviar el límite constitucional, pues aquello

⁴ Constitución, artículo 427.

⁵ Constitución, artículo 164.

⁶ Constitución, artículo 166.

desnaturaliza la figura y la convierte en un peligro para el propio Estado. Por ello, durante su ejecución, no basta con tomar medidas emergentes sino que el Estado, y en especial la Presidencia, debe adoptar medidas conducentes a crear las condiciones para enfrentar la situación, en caso de que se prolongue, haciendo uso de los medios ordinarios que prevé el ordenamiento jurídico.⁷

11. En este caso, el Decreto invoca como causal para una nueva declaratoria de estado de excepción la *“calamidad pública por la presencia de la COVID-19 en el Ecuador”*⁸. Esta causal también fue invocada en el Decreto Ejecutivo No. 1017 de 16 de marzo de 2020, mediante el cual se declaró el primer estado de excepción por la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud. Es decir, el Decreto pretende justificar una nueva declaratoria de estado de excepción invocando la misma causal y con el fin de abordar idénticos hechos.

12. Tan es así que el Decreto afirma que *“esta enfermedad sigue constituyendo una situación de catástrofe para el Ecuador, misma que supera el alcance que las medidas contenidas dentro del régimen constitucional ordinario, por lo cual se requiere recurrir nuevamente a la activación del régimen de excepción para la implementación de las medidas establecidas en este”* (Énfasis añadido).

13. Bajo este argumento, el régimen de excepción podría durar indefinidamente. Sin embargo, no se puede ni se debe hacer coincidir el estado de excepción con la duración de la pandemia. Esto equivaldría a perennizar un régimen extraordinario que está diseñado para ser temporal y excepcional.

14. No desconocemos que el gobierno no podía prever la magnitud de esta crisis sin precedentes y que el COVID-19 ha ocasionado consecuencias sumamente graves, que incluyen el desborde del sistema de salud pública y privada del Ecuador, una crisis económica extrema, desempleo, numerosas muertes y un cambio total del funcionamiento normal de nuestra sociedad. Esa situación imprevista o sobreviniente justificó, en nuestro criterio, la declaratoria de constitucionalidad del decreto de estado de excepción adoptado en marzo de 2020.

15. Somos conscientes de los riesgos que el COVID-19 implica para la salud pública, así como el enorme impacto económico, humanitario y sanitario que ha generado esta crisis. Sin embargo, después de 100 días de estado de excepción, el elemento “sorpresa” que exigía un régimen de excepción para la adopción de medidas inmediatas y urgentes frente a una situación imprevisible, ha desaparecido. Para constituir una calamidad pública, los hechos en los que se justifica el estado de excepción no sólo deben ser graves sino también intempestivos.

16. Después de transcurridos más de tres meses, según datos del propio gobierno, de la OMS y de la OPS, es claro que la pandemia no va a durar 60 ni 90 días más, sino que

⁷ Leandro Despouy, “Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción”, (1997), <http://www.derechos.org/nizkor/excep/despouy97.html#D.%20Principio>.

⁸ Decreto No. 1074, artículo 1.

estará entre nosotros por un tiempo indefinido. De modo que lo que corresponde ahora es aceptar que esta es nuestra nueva realidad y, aún con la enorme dificultad que significa afrontar una pandemia, es hora de que el Estado adopte medidas estructurales de largo alcance que nos permitan vivir dentro de una “nueva normalidad” a través de los cauces jurídicos ordinarios.

17. Para ello, es necesario que, con la participación activa de todas las funciones y organismos que conforman el Estado, se adopten medidas legislativas y de política pública que garanticen la prevención de esta enfermedad así como también los derechos de las personas, a través de una ampliación de fuentes de empleo así como de la accesibilidad, disponibilidad y calidad de los derechos a la salud, educación, seguridad social, entre otros, que han sido gravemente afectados por esta pandemia. Así también, es menester generar conciencia entre la población respecto de la necesidad de asumir con responsabilidad el cuidado propio y de los demás a través de medidas de prevención, las cuales no pueden permanecer a largo plazo sujetas a la restricción de derechos y de coerción máxima por parte del gobierno nacional a través de un estado de excepción.

18. El estado de excepción indefinido, bajo cualquier circunstancia, es un fraude a la Constitución y un riesgo para el Estado. De ahí que la Corte Constitucional en su Dictamen N° 2-20-EE/20 respecto de la renovación del estado de excepción, de modo expreso exhortó a que:

“durante los treinta días de vigencia del Decreto, de forma coordinada con todas las autoridades nacionales y locales, el gobierno y el Estado tomen las medidas necesarias para que se pueda enfrentar la pandemia de conformidad con los mecanismos jurídicos ordinarios, entre los que deberá observar lo dispuesto en los artículos 131 y 132 de la Constitución”.

19. Pese a ello, durante este tiempo, el gobierno nacional ignoró el llamado de la Corte e incumplió su obligación constitucional de implementar medidas más allá de las inmediatas para retornar al régimen jurídico ordinario. Como consecuencia de medidas que han priorizado la “urgencia” sin asumir la nueva realidad, luego de 60 días de estado de excepción y 30 días de renovación de ese mismo estado de excepción, el gobierno ha optado por dictar un decreto en el cual establece un régimen de excepción durante 60 días más.

20. Ahora bien, el artículo 164 de la Constitución determina el estado de excepción tiene vigencia “hasta un plazo máximo” de 60 días. Según este artículo, “[s]i las causas que lo motivaron persisten”, el gobierno no puede dictar un nuevo estado de excepción, sino que únicamente puede renovarlo. Tal renovación se encuentra limitada a 30 días y por una sola vez, lo que ya ocurrió. Así, decretar un estado de excepción bajo la misma causal, sobre la base de los mismos hechos y justificada en su persistencia, constituye una segunda renovación y por un tiempo que excede el permitido por la Constitución. En consecuencia, aquello es manifiestamente inconstitucional.

21. Así, según el citado artículo 164 de la Constitución, la posibilidad de decretar un nuevo estado de excepción no está justificada por la persistencia de la situación sino que está supeditada a la ocurrencia de hechos nuevos o sobrevinientes que generen una crisis que no pueda ser afrontada mediante los cauces constitucionales y legales ordinarios. En este caso, en el decreto no se han justificado hechos nuevos; al contrario, como ya se señaló, sólo se hace relación a la *permanencia* de la pandemia en el Ecuador y sus efectos. En consecuencia, aquello es manifiestamente inconstitucional.

22. En este punto, es preciso recordar lo establecido por la Corte Constitucional para el período de transición en el año 2009, dentro del dictamen N° 003-EE-09-CC:

*(si el estado de excepción) no ha logrado el objetivo para el que fue creado, pero ciertamente necesita ser implementado en un tiempo mayor [...] el Presidente de la República tenga plena facultad de dictar uno nuevo en tanto y cuanto, se demuestre que no existe otra alternativa menos gravosa [...] solo se dará por terminado el Estado de Excepción cuando las causas desaparezcan, por el contrario, al no haber desaparecido las causas que originaron el estado de excepción en Petroecuador, entonces procede dictar uno nuevo.*⁹

23. En nuestro criterio, resulta imprescindible que la Corte se aleje expresamente de este criterio jurisprudencial que permitió dictar decretos de estado de excepción sucesivos, ilimitados e indefinidos hasta que las causas que lo originaron desaparezcan. Tal criterio contradice abiertamente los límites temporales dispuestos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, además de que fue el sustento de grandes abusos. Según hemos señalado, si las circunstancias se convierten en permanentes, el Estado debe encaminar su aparato para generar las condiciones para manejarla dentro de los cauces democráticos ordinarios.

24. En el caso concreto, pese a que en este momento no se ha justificado elementos para dictar un nuevo estado de excepción, aquello no obsta que con las particularidades que tiene esta pandemia -ante hechos que provoquen un nuevo agravamiento de la situación y requieran de un confinamiento y “semáforo rojo” técnicamente justificado- pueda adoptarse un nuevo estado de excepción. Si esto ocurriera, el decreto de estado de excepción debe observar los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad establecidos en la Constitución.

25. En el presente caso, a la luz de todo lo expuesto, consideramos que el Decreto No. 1074 transgrede el principio de temporalidad establecido en la Constitución.

Límite espacial

⁹ Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia N°. 0003-09- SEE-CC. Caso N°. 0003-09-EE y 0004-09-EE acumulados, de 3 de septiembre del 2009.

26. La Constitución, cuando reconoce que el estado de excepción puede decretarse “*en todo el territorio nacional o en parte de él*”¹⁰, establece el principio de territorialidad.

27. Por este principio, el estado de excepción debe aplicarse en forma limitada al ámbito espacial donde existan los hechos que justifican la excepcionalidad. Las medidas que limitan y suspenden derechos deben tener alcance y validez solamente en el ámbito territorial donde sean necesarias.¹¹

28. El Decreto No. 1074 declara el estado de excepción en todo el territorio nacional.¹² En los considerandos del decreto, se indica que “*139 cantones se encuentran en amarillo, 80 se encuentran en rojo y 2 cantones se encuentran en verde, lo cual determina la necesidad de aplicar medidas extraordinaria que limiten derechos a fin de poner (sic) mantener las directrices de aislamiento y distanciamiento social en las jurisdicciones cantonales enumeradas*”¹³. De los datos proporcionados por la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias, respecto a la semaforización cantonal del Ecuador, 39 cantones se encuentran en semáforo rojo, 177 en amarillo y 5 en verde.¹⁴

29. En ese contexto, se evidencia que no existe la necesidad de declarar el estado de excepción en todo el territorio nacional, dado que la situación ha ido cambiando. Las medidas adoptadas en cada cantón son distintas dependiendo de su semaforización y de su contexto. El semáforo verde y amarillo indican que las medidas que rigen son menos drásticas con relación al semáforo rojo. En semáforo rojo, por la gravedad, podrían justificarse medidas de restricción de derechos severas, como el confinamiento. En estos espacios, tiene sentido una declaración de estado de excepción. Por el contrario, en los lugares donde no existen las condiciones para un semáforo rojo, la suspensión de derechos así como la movilización de las fuerzas armadas, podría ser una medida inidónea, innecesaria y desproporcionada.

30. De lo expuesto, se evidencia que el Decreto No. 1074 ha transgredido el principio de territorialidad al haberse declarado en el territorio nacional, sin plena justificación para ello.

Límite material

31. La Constitución enumera las causales por las cuales se puede dictar el estado de excepción: “*caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave*

¹⁰ Constitución, artículo 164.

¹¹ Leandro Despouy, “Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción”, (1997), <http://www.derechos.org/nizkor/excep/despouy97.html#D.%20Principio>.

¹² Decreto No. 1074, artículo 1.

¹³ Decreto No. 1074, considerandos, página 7.

¹⁴ Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias, “Semaforización Cantonal del Ecuador-Etapa de Distanciamiento Social”, (Visita 26 de junio de 2020), <https://srvportal.gestionderiesgos.gob.ec/portal/apps/webappviewer/index.html?id=5ecd2baea7024774b72765fb764d3690>.

conmoción interna, calamidad pública o desastre natural”¹⁵, mismas que deben ser interpretadas de forma restrictiva.

32. En el presente caso, el Decreto No. 1074 se dicta no solo por la permanencia del COVID-19 sino también para *“establecer mecanismos emergentes que permitan enfrentar la recesión económica así como la crisis fiscal, y generar las bases para iniciar un proceso de recuperación económica para el Estado ecuatoriano”*.¹⁶

33. Coincidimos con el voto de mayoría en el sentido que *“la “emergencia económica” que se invoca en el Decreto 1074, no se configura como un hecho que se adecue a ninguna de las causales establecidas en el artículo 164 de la Constitución, y, en el caso específico, no se configura dentro de la causal de calamidad pública que permita establecer y/o mantener un régimen de excepcionalidad en el país”*. La excepcionalidad no fue concebida para enfrentar crisis económicas. Además, las medidas adoptadas en el decreto no tienen como fin enfrentar la recesión económica.

34. Sin embargo, consideramos que la Corte debía declarar que esta justificación, invocada como causal, es contraria a la Constitución por sobrepasar sus límites materiales.

La inconstitucionalidad con efectos diferidos y la transición

35. Coincidimos con el voto de mayoría en que *“el Decreto 1074 sufre ciertos vicios, puesto que: (i) se justificó, además de la pandemia por el COVID-10, en la crisis económica por la que se encuentra atravesando el país; (ii) se hizo referencia a hechos idénticos a los expuestos en los decretos ejecutivos N°. 1017 y 1052, sin exponer ninguna situación diferente a la ya analizada en los dictámenes N°. 1-20-EE/20 y 2-20-EE/20; y, (iii) si bien el COVID-19 ha tenido una magnitud nunca antes vista, la misma se ha visto agravada por el tiempo que han tardado las distintas funciones del Estado en adecuar el ordenamiento jurídico, de acuerdo a las exigencias que esta pandemia demanda”*, entre otros vicios que hemos identificado a lo largo de este voto de minoría.

36. Como ya hemos dejado establecido, los hechos esgrimidos en el Decreto sobre el riesgo a la salud pública y la crisis económica, tienen base en la realidad que vivimos en el Ecuador. También es un hecho claro que, al no haberse implementado mecanismos de retorno a los cauces ordinarios, no estamos aún preparados para afrontar la pandemia de forma adecuada y eficaz. En consecuencia, sería una irresponsabilidad pretender salir de este estado de excepción sin una transición, es decir, sin una fase en la que se creen las condiciones para poder manejar la nueva normalidad por los cauces ordinarios.

37. Ante este tipo de situaciones en las que la Corte debe declarar una inconstitucionalidad, pero la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico puede producir un vacío normativo que sea fuente de potenciales vulneraciones de los derechos constitucionales o graves daños, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales

¹⁵ Constitución, artículo 164.

¹⁶ Decreto No. 1074, artículo 1.

y Control Constitucional, en su artículo 95, prevé la posibilidad de postergar los efectos de la declaratoria.

38. Se justificaría en el presente caso el diferimiento de los efectos de una inconstitucionalidad, no por los hechos del COVID -que al parecer durarán mucho tiempo- sino por la falta de actuación del gobierno para generar esa transición tan necesaria. Al no haber cumplido con su deber constitucional y con el llamado que hizo la Corte en el marco de su dictamen de renovación del estado de excepción, las consecuencias de una declaratoria de inconstitucionalidad que deje inmediatamente sin efecto el decreto de estado de excepción podrían ser devastadoras; por lo que se justifica y se vuelve necesario el diferimiento de sus efectos.

39. Este diferimiento no sería una deferencia al gobierno nacional, al contrario, respondería a la responsabilidad que tiene la Corte frente a los derechos de las personas y a la institucionalidad del país. Sin una transición adecuada, un riesgo de rebrote podría ser fatal para la población.

40. Por estas razones, estimamos que al ser inconstitucional el Decreto N°1074, sus efectos debían diferirse por un término de 45 días durante los cuales el ejecutivo, la Asamblea Nacional, el COE Nacional, los COEs cantonales y los gobiernos autónomos descentralizados deben emitir las leyes, normas administrativas, políticas públicas (incluyendo campañas masivas de información y educación) y demás medidas conducentes a afrontar la pandemia bajo el régimen jurídico ordinario. Esto implicaría que, durante el tiempo en el que se encuentran diferidos los efectos de la inconstitucionalidad del Decreto N°1074, el Presidente no podría adoptar nuevas medidas “urgentes” sobre la base de un Decreto que ha sido declarado inconstitucional sino solamente transitar hacia la nueva normalidad.

41. Ahora bien, como ya se mencionó, esta declaratoria de inconstitucionalidad no obsta para que, ante hechos nuevos dentro de la pandemia, en provincias o circunscripciones, en donde se requiera la implementación de un semáforo rojo, con la debida sustentación fáctica, técnica y argumental, se pueda dictar nuevos estados de excepción.

42. El Estado debe tomar medidas estructurales, como ha quedado dicho, para prevenir y afrontar la pandemia a largo plazo. En particular, el Estado debe ampliar la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad del derecho a la salud, así como de otros derechos sociales como educación, vivienda, alimentación, empleo, seguridad social. Estas medidas requieren ser adoptadas a través de la deliberación democrática y en uso de los mecanismos previstos por la Constitución y la ley.

43. Entre otros, deberá considerarse que la Constitución, sobre la gestión de riesgos, establece:

Los riesgos se gestionarán bajo el principio de descentralización subsidiaria, que implicará la responsabilidad directa de las instituciones dentro de su ámbito geográfico. Cuando sus capacidades para la gestión del riesgo sean

insuficientes, las instancias de mayor ámbito territorial y mayor capacidad técnica y financiera brindarán el apoyo necesario con respeto a su autoridad en el territorio y sin relevarlos de su responsabilidad.¹⁷

44. Además, con adecuadas campañas de difusión y prevención, con información veraz y oportuna, sin necesidad de recurrir a medidas estatales excepcionales restrictivas o coercitivas a sus derechos, la población puede adoptar medidas de autocuidado y autoprotección.

45. En definitiva, reconocemos que se trata de una situación extraordinaria y que posiblemente ni el régimen ordinario ni el régimen de excepción hayan estado diseñados para este tipo de circunstancias. No obstante, al riesgo que nos genera la pandemia no puede sumarse el riesgo permitir la permanencia indefinida de las facultades extraordinarias que un régimen de excepción otorga al ejecutivo.

Conclusión

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

Karla Andrade Quevedo
Jueza Constitucional

Ramiro Avila Santamaría
Juez Constitucional

Daniela Salazar Marín
Jueza Constitucional

¹⁷ Constitución, artículo 390.