

Enrique Herrería* (Ecuador)

El derecho a la seguridad en el orden constitucional ecuatoriano

The Right to Security in Ecuador's Constitutional Order

Das Recht auf Sicherheit in der ecuadorianischen Verfassungsordnung

Antecedentes

El artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, establece que el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, entre otros, el derecho a la seguridad. Siglos después, la Carta de las Naciones Unidas de 1945 introduce como propósito de los Estados mantener la paz y la seguridad internacional y tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz. Por su parte, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1948, al igual que la organización universal, reitera como propósito afianzar la paz y la seguridad del continente. De la lectura de estos dos instrumentos internacionales es fácil advertir que fueron consecuencia de dos guerras mundiales, en particular de la Segunda Guerra, dado que el contenido de ambos está permeado por la clásica discusión del *derecho internacional público en tiempo de paz* y el *derecho internacional público en tiempo de guerra*, pero, entendiéndose que dicha discusión sería entre naciones. En la época actual, la seguridad de los ciudadanos por parte del Estado se ha convertido en una prioridad que a ratos menoscaba otros derechos fundamentales, lo que obliga a los gobernantes a tener mucho cuidado en la aplicación de políticas públicas para evitar el perjuicio de otros derechos. En tal propósito, esto es, garantizar los derechos humanos, los tribunales supranacionales, entre otros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en reiterados fallos, de los que nos vamos a referir

* Juez de la Corte Constitucional del Ecuador.

únicamente al Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, de 4 de julio de 2007, que en su párrafo 96, manifiesta lo siguiente:

La Corte observa que la amenaza “delincuencial”, “subversiva” o “terrorista” invocada por el Estado como justificación de las acciones desarrolladas puede ciertamente constituir una razón legítima para que un Estado despliegue sus fuerzas de seguridad en casos concretos. Sin embargo, la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción. Las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente. Es necesario insistir que, sin importar las condiciones de cada Estado, existe una prohibición absoluta de la tortura, de las desapariciones forzadas de personas y de las ejecuciones sumarias y extrajudiciales, prohibición que constituye una norma inderogable de Derecho Internacional.

Sin embargo, las normas y la jurisprudencia del derecho internacional vigente, antes de la constitucionalización de las garantías de los derechos humanos, debieron transitar por experiencias nada gratificantes. El jurista español José María Lafuente Balle¹ nos recuerda el detalle histórico que antecedió al decreto del presidente Hindenburg de Alemania, del 28 de febrero de 1933, llamado Decreto del incendio del Reichstag, quien, amparado en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, impuso un estado de emergencia, suspendiendo los derechos civiles y gobernando por decreto. Tal disposición constitucional se entendía por la existencia de una amenaza a la seguridad y a la estabilidad del país. Aquel decreto, de apenas seis artículos, no solamente permitía restricciones a las libertades de los ciudadanos alemanes, sino también aplicar la cadena perpetua y la pena de muerte para determinadas conductas que se perpetraran durante el llamado estado de emergencia.

Vale recordar que fue el brillante pero polémico jurista alemán Carl Schmitt² quien opinó que el derecho constitucional proveniente de un órgano legislativo resultaba inadecuado en una sociedad de masas, alegando que el carácter indecisorio de la Constitución de Weimar resultaba en un traslado de las atribuciones parlamentarias al presidente alemán, pues aquel encarnaba la voluntad popular; es decir, la legitimidad plebiscitaria ocupaba el lugar de la legalidad del Estado parlamentario. Schmitt llega a sostener:

¹ José María Lafuente Balle, *Introducción al derecho constitucional* (Pamplona: Thomson Reuters, 2012), 71.

² Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad* (Granada: Comares, Editorial S.L., 2006).

No ya del texto escrito de la Constitución de Weimar, sino más bien de la praxis del presidente y del gobierno del *Reich*, con la tolerancia del *Reichstag* y la aceptación de la teoría jurídica del Estado y una praxis jurisdiccional legitimadora, a lo largo de los últimos años se ha consagrado un tercer legislador extraordinario en el ente estatal del *Reich* alemán: el presidente del *Reich* capaz de dictar ordenanzas según el art. 48, sec. 2 de la Constitución del *Reich*.³

Es importante destacar que el artículo 48 al que se refiere Schmitt establecía que, si el país no cumplía con los deberes impuestos por la Constitución o las leyes, el presidente podría obligarlo a ello, con ayuda de las Fuerzas Armadas; y cuando se hubieren alterado gravemente la seguridad y el orden público, el presidente podía suspender temporalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153. El 114, referido a la libertad personal, podía ser restringido o suprimido; el 115, sobre la inviolabilidad del domicilio; el 116, relativo a que ningún acto era punible sin norma previa; el 117, sobre la inviolabilidad de la correspondencia; y, el 118, que establecía la libertad de expresión y de comunicación que, ayer igual que hoy, resultan vitales para la existencia de una democracia. Tales derechos podían ser, como lo dijimos, no solamente restringidos, sino suprimidos.

El jurista alemán termina justificando su teoría, cuando manifiesta que “el legislador ordinario solamente puede intervenir gracias a la reserva de ley en los derechos fundamentales, pero no puede suspenderlos. Por el contrario, el legislador extraordinario puede realizar ambas cosas y, prescindiendo del resto, se distingue de manera peculiar y queda por encima del legislador ordinario”.⁴

Los eventos políticos posteriores son harto conocidos y desembocaron en la Segunda Guerra Mundial. Esta tragedia dio lugar a que el 23 de mayo de 1949, en Bonn, se expidiera la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, que en su artículo 1 establece lo siguiente: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. Asimismo, el importante artículo de la Ley Fundamental de Bonn irradió el sistema interamericano de derechos humanos, que, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 22 de noviembre de 1969, estableció en su artículo 11: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 1, establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

El llamado estado de excepción, como se lo conoce en Ecuador, tiene su correlato en el artículo 115 de la Constitución alemana vigente, llamándolo estado de defensa; en el Perú, el artículo 137 desglosa el estado de excepción en estado de emergencia y estado de sitio; en Colombia se lo reconoce en sus artículos 212 al 215

³ *Ibid.*, 66-67.

⁴ *Ibid.*, 73.

de manera más reglamentaria y diferenciada que en el Ecuador; en España, el artículo 116 también diferencia entre estado de alarma, de excepción y de sitio. Y así en la gran mayoría de los países del mundo encontramos esta atribución otorgada al jefe de Estado bajo procedimientos debidamente reglados, que en algunos casos necesita la aprobación de los cuerpos legislativos, siempre persiguiendo que se ejerza de manera excepcional y que bajo ninguna circunstancia constituya la justificación para vulnerar derechos ciudadanos.

1. La sociedad en crisis

Revisados los antecedentes históricos más recientes, encontramos que no era fácil prever que décadas más tarde de la expedición de las cartas supranacionales existirían conflictos armados en países que se habían caracterizado por la ausencia de eventos de esa naturaleza. Para el caso de Ecuador, hasta la Constitución de 1998, su artículo 180 permitía que el presidente de la República decretara el entonces llamado estado de emergencia en caso de inminente agresión externa o guerra internacional. Con la promulgación de la Constitución ecuatoriana de 2008 (CRE), se insertó en su artículo 164 la atribución del presidente de la República para decretar el hoy llamado estado de excepción en caso de agresión, conflicto armado internacional o conflicto interno, este último resultado de la violencia perpetrada en el interior de los países por lo que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) denomina la “sociedad incivil”, refiriéndose a terroristas, criminales, traficantes de drogas, entre otros.

Para analizar el caso de Ecuador existen algunas variables por considerar en el propósito de encontrar explicación al vertiginoso incremento de la violencia que amenaza gravemente el desarrollo del país; estas variables son: la adopción del dólar americano como moneda oficial, lo cual facilita el lavado de activos provenientes de actividades vinculadas al narcotráfico; es decir, los dólares que se utilizan para la compra y venta de la droga son movilizados a través de empresas aparentemente formales. Otro factor detonante de las actividades delictivas transnacionales que afectan al Ecuador es el contenido del numeral 6 del artículo 416 de la CRE, que propugna el principio de ciudadanía universal y la libre movilidad de todos los habitantes del planeta, lo que ha dado lugar a que ingresen a nuestro territorio, sin necesidad de visado, además de ciudadanos honorables, integrantes de bandas transnacionales con intención de dedicarse a actividades ilícitas. No se debe olvidar que el hecho de ser un país con una amplia faja costera posibilita el ingreso de armas y dólares producto de transacciones delictivas, a la vez que salen por vía marítima grandes cantidades de droga. Me siento obligado a expresar estos antecedentes lamentables, pero indispensables para abordar lo que es materia de este artículo, esto es, las “amenazas a la seguridad nacional y la respuesta desde el orden constitucional”.

2. La Constitución ecuatoriana

La Constitución vigente, en su artículo 164, primer inciso, determina como el único competente para decretar un estado de excepción al presidente de la República, y no solo le confiere esa atribución con carácter privativo, sino que es el jefe de Estado quien decide cuáles son las facultades extraordinarias que asume y qué derechos y libertades se suspenden o limitan, de conformidad con lo definido en el artículo 165 *ibidem*. Al ser una atribución excepcional que la Constitución otorga al presidente, esta debe ser ejercida dentro de los parámetros que fija el Estado de derecho, como lo destaca el profesor ecuatoriano Rafael Oyarte Martínez,⁵ quien expresa lo siguiente:

Siendo una facultad discrecional, se entiende que el jefe del Estado no la va a ejercer arbitrariamente, es decir, que asumirá las atribuciones que estrictamente le permiten enfrentar el evento que causó la declaratoria de excepción y sus consecuencias. Asimismo, el Presidente de la República no puede sobrepasar las atribuciones que expresamente se disponen en la Constitución, toda vez que un estado de excepción no implica, ni mucho menos, la anulación del Estado de Derecho. Es un mecanismo que el Estado constitucional prevé entendiendo que hay circunstancias que superan la actividad normal de una nación y que se deben superar a través del aparataje institucional, ciertamente excepcional, pero no antijurídico.

En esa línea de pensamiento, la cual asegura que se eviten excesos por parte de funcionarios del Estado, la Constitución ecuatoriana tiene dos mecanismos de control sobre el estado de excepción: el primero corresponde al órgano legislativo, de conformidad con el artículo 166, primer inciso, que lo podrá revocar en cualquier momento; el segundo corresponde a la Corte Constitucional, según lo establecido en el artículo 436 numeral 8, cuando implique la suspensión de derechos constitucionales.

3. Control constitucional del estado de excepción

Ahora bien, cabe destacar que desde febrero de 2019 los integrantes de la Corte Constitucional ecuatoriana hemos emitido 46 dictámenes de constitucionalidad respecto de estados de excepción decretados por distintos presidentes de la República; la gran mayoría de ellos ha sido invocando grave conmoción interna, por violentas protestas callejeras, crisis en el sistema carcelario o por la existencia de grupos de delincuencia organizada y sus actos de violencia. También, la CRE permite al jefe de Estado decretar estado de excepción por calamidad pública o desastre natural. A partir de

⁵ Rafael Oyarte Martínez, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 426.

la lectura de los artículos 164, 165 y 166 de la Constitución ecuatoriana podemos observar que esta tiene un adecuado procedimiento para activar esta prerrogativa presidencial; asimismo, en el artículo 436, numeral 8 de la Carta Suprema, el procedimiento establece la atribución de la Corte Constitucional para actuar de oficio y, de modo inmediato, ejercer el control de constitucionalidad de la declaratoria de estado de excepción. Además, en cuerpos normativos de rango infraconstitucional se desarrolla la atribución presidencial, así como la facultad de control que ejerce la Corte Constitucional.

4. Conflicto armado interno

Para el análisis únicamente pondré énfasis en lo que nuestra Constitución llama conflicto armado interno como causal del estado de excepción, y su parangón en los instrumentos internacionales, el denominado conflicto armado no internacional (CANI).

Debemos resaltar que la Constitución ecuatoriana –artículo 3, numeral 8– determina, entre otros, como deber primordial del Estado garantizar a sus habitantes seguridad integral. Tal obligación no es una innovación, pues tanto en la concepción del Estado de Hobbes como en la de Rosseau se señala que la asociación de los hombres tiene el propósito de procurarse seguridad frente a extraños y a sus propios integrantes. Al respecto, Norberto Bobbio⁶ afirma lo siguiente: “La seguridad del Estado como ente colectivo debe servir en última instancia para garantizar la seguridad de los propios ciudadanos. De la misma manera que la garantía del respeto del derecho a la seguridad de los ciudadanos está en el derecho que el Estado tiene de castigar a los que la amenazan”.

5. El conflicto armado en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano (COIP)

En la sección cuarta, capítulo primero, título IV, del Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal (COIP) ecuatoriano, que abarca los artículos 111 a 139, se insertan numerosas disposiciones referentes a un conflicto armado en relación con los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales, normas que deben ser observadas frente a la ocurrencia de un evento de esta naturaleza.

Así también, el mismo cuerpo normativo en su sección segunda, capítulo segundo, Título IV, del Libro Segundo, que contiene los artículos 478 a 482, desarrolla todo el procedimiento de registros y allanamientos, que no distingue entre estado ordinario o de excepción; en consecuencia, el comportamiento de las autoridades

⁶ Norberto Bobbio, *Teoría general de la política* (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 561.

y de los agentes del Estado debe observar con rigor estos procedimientos con la intención de evitar agravios que comprometan la libertad, la integridad física y psicológica y el patrimonio de los ciudadanos.

Para ejemplificar una suspensión de derechos de suma importancia, como la protección de la inviolabilidad de domicilio, cuando en estado de excepción se incluya la misma, el allanamiento debe respetar los requisitos y el procedimiento legal establecido en los artículos 5 y 480 a 482 del COIP, que contiene reglas que deben ser reconocidas, incluso durante la vigencia del estado de excepción. Para una cabal comprensión de lo antes expresado, cuando no exista delito flagrante deberá intervenir un agente fiscal y mediar orden de juez que autorice el allanamiento, lo que impide abusos de los agentes de la fuerza pública; asimismo, de existir pruebas de una infracción se debe garantizar la cadena de custodia, a fin de no comprometer la validez procesal de las pruebas obtenidas.

Cabe destacar que la Corte Constitucional ecuatoriana, en dictamen 7-24-EE/24 de 1 de agosto de 2024, en su párrafo 132, estableció lo siguiente:

Sin embargo, es necesario considerar que no existe una discrecionalidad ilimitada al realizar allanamientos, investigaciones y registros en un estado de excepción. Por el contrario, las medidas que se adopten en un estado de excepción deben ser proporcionales, razonables y deben adecuarse a las exigencias de cada situación. Por lo expuesto, para que esta medida sea proporcional deberá tomarse en cuenta lo previsto en la normativa infra constitucional aplicable.

De similar manera, para los otros derechos que se suspendan o limiten también se observará por parte del Estado que no exista abuso de los servidores públicos, y que, de producirse, hará responsables a los infractores.

6. Las bandas armadas en el Ecuador y las atribuciones del presidente de la República y de la Corte Constitucional

La primera ocasión en que un presidente de la República decretó estado de excepción reconociendo la existencia de un conflicto armado interno fue el 9 de enero de 2024. Como juez de sustanciación o ponente tuve que presentar el proyecto de dictamen que pasó a ser conocido y resuelto por parte del Pleno de nuestra Corte. Obviando la causal relativa a la grave conmoción interna pasaremos a explicar los fundamentos del dictamen 1-24-EE de 29 de febrero de 2024, en los siguientes términos:

El 8 de enero de 2024, el presidente de la República emitió el Decreto Ejecutivo 110 declarando el estado de excepción por grave conmoción interna, resaltando la violencia y criminalidad en el territorio nacional. El día 9 de enero de 2024 emitió el Decreto Ejecutivo 111 que, complementando el anterior, invoca como causal la

existencia de un conflicto armado interno, manifestando que los grupos criminales han alcanzado un nivel mínimo de organización y que su incidencia en enfrentamientos armados confirma la consolidación del crimen organizado entre los años 2014 a 2023, lo que supone el detonante para la actual crisis de seguridad que enfrenta el Ecuador. Arguyó el presidente que la crisis de seguridad que enfrenta el país “dista de manera excepcional de una ola de criminalidad” y, al contrario, evidencia el cometimiento de “actos de violencia sistémica” por parte de actores terroristas, que utilizan armamento bélico de exclusivo uso militar. Por tanto, reconoce “la existencia de un conflicto armado interno” y lo establece como una causal adicional al estado de excepción, de conformidad con el artículo 164 de la CRE.

La Corte Constitucional, de manera previa a determinar si se configuraba la causal invocada y al ser la primera vez que se analizaba la misma, interpretó que únicamente le correspondía realizar un control de constitucionalidad de naturaleza jurisdiccional sobre el decreto de estado de excepción; es decir, no era competencia de la Corte efectuar un análisis exhaustivo sobre si los hechos invocados por la Presidencia tenían o no la potencialidad jurídica de generar un ejercicio de control constitucional, ya que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)⁷ solamente le exige a la Corte verificar que i) los hechos alegados hayan tenido real ocurrencia, y, que ii) configuren la causal invocada, entre otros requisitos.

Dado que era la primera ocasión en que el Ejecutivo sustentaba un estado de excepción por un conflicto armado interno, la Corte entendió que no podía mantenerse indiferente a tales circunstancias; así, resaltando el proceso evolutivo que caracteriza al derecho –que se desarrolla a partir de los fenómenos sociales–, se tornaba evidente que la experiencia fáctica e incluso doctrinaria de otras latitudes (Convenio de Ginebra de 1949) podría no ser suficiente frente a los escenarios actuales de violencia. El Ecuador, que años atrás se jactaba de ser una isla de paz, en la última década se encuentra inmerso en una inusitada violencia, donde se enfrentan grupos delictivos contra la fuerza pública. Esos grupos armados no tienen un liderazgo claro, como presupone un CANI, pero sí estrategias similares, nexos internacionales con diversos carteles del crimen organizado, una movilidad territorial permanente, están provistos de armamento sofisticado propio de fuerzas armadas estatales, y solo por disputas de liderazgo se enfrentan entre ellos para mantener su hegemonía en determinados sectores de la nación, causando daños y víctimas entre la población civil en general e, incluso, a la propiedad pública y a la imagen de nuestro país en el concierto de las naciones.

⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 121.

7. Normativa infraconstitucional que se debe observar en el estado de excepción

Por otra parte, como se mencionó, en sus artículos 114 a 139, el COIP desarrolla disposiciones relativas a conflictos armados internacionales o no internacionales, que aplican desde el día en que estos tienen lugar, independientemente de la declaración formal por parte del presidente de la República o de que se decrete el estado de excepción: “Art. 114: Las disposiciones relativas al conflicto armado internacional o no internacional se aplican desde el día que este tiene lugar, independientemente de la declaración formal por parte de la presidenta o presidente de la República”.

Las normas referidas en los párrafos precedentes revelan que el legislador previó que la existencia de un CANI es una cuestión de facto, atípica, sumamente compleja, que son múltiples los factores que pueden confluir en tal escenario, que no depende de declaraciones o reconocimientos políticos, ni siquiera requiere que las partes involucradas reconozcan su existencia y circunstancias, y no depende del control constitucional que pueda realizar una corte constitucional, pues en el caso ecuatoriano, a la Corte no le corresponde efectuar un análisis exhaustivo para determinar la existencia o no de un conflicto armado interno. Entonces, en el supuesto específico de conflicto armado interno, la Corte Constitucional ecuatoriana, a diferencia de otras causales establecidas en el artículo 164 de la carta suprema, únicamente debe analizar la justificación que presente el presidente al respecto, y si este invoca la causal referida a partir de hechos ciertos y vigentes.

Dicho de otra manera, un conflicto armado interno puede existir con independencia de la declaratoria de estado de excepción. Esto es, el conflicto armado interno podría existir tanto antes como después de la expedición del decreto de estado de excepción, ya que no depende de este. En tal sentido, a la Corte Constitucional solo le corresponde verificar que el decreto ejecutivo describa argumentadamente que hechos ciertos y actuales se enmarcan en lo que podría entenderse como un conflicto armado interno, definición que, por cierto, está en constante evolución.

Conclusiones

La Presidencia de la República de Ecuador expidió nuevos decretos ejecutivos por las causales de grave conmoción interna y conflicto armado interno, mismos que fueron aprobados por la Corte Constitucional en cuanto a la causal de grave conmoción interna, mas no por conflicto armado, al ser una cuestión de hecho que excede nuestras competencias.

Estamos conscientes de la crisis de seguridad que afecta a nuestro país, y de la atribución constitucional del presidente de la República para decretar estado de excepción por conflicto armado interno; sin embargo, en nuestros dictámenes hemos sido reiterativos en que en el Estado de derecho existe una limitación al poder

mediante reglas diseñadas para prevenir abusos y acciones arbitrarias por parte de funcionarios del Estado. Así, hemos hecho énfasis en que el estado de excepción no constituye un mecanismo para evadir las disposiciones constitucionales respecto a derechos fundamentales, como tampoco las relativas a las garantías al debido proceso.

Por todo lo antes expresado, es evidente que enfrentar al crimen organizado requiere la participación del conjunto de la sociedad y el fortalecimiento de la institucionalidad, que resulta lastimada por la penetración del crimen organizado en las instituciones públicas. Para el caso ecuatoriano, en los últimos tiempos se ha constatado una influencia manifiesta de estas estructuras criminales en muchos niveles de la administración de la justicia ordinaria, al pervertir garantías jurisdiccionales como acciones de protección, hábeas corpus y hasta hábeas data, para conseguir la libertad de criminales.

Por supuesto, toda acción que ejecute el Estado debe observar rigurosamente las reglas que nos impone el Estado de derecho, considerando que los derechos fundamentales no pueden perderse frente a las necesidades de la seguridad nacional, única forma de superar la crisis y garantizar los derechos ciudadanos.

Bibliografía

- BOBBIO, Norberto. *Teoría general de la política*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- LAFUENTE BALLE, José María. *Introducción al derecho constitucional*. Pamplona: Thomson Reuters, 2012.
- OYARTE MARTÍNEZ, Rafael. *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Granada: Comares, Editorial S.L., 2006.

JURISPRUDENCIA

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.