

Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo

Propuesta de reformas para la constituyente

*Ramiro Ávila Santamaría**

Hay dos reformas constitucionales que son claves y que, solo si ellas se logran, bastarían para justificar toda la inversión política y económica en la Asamblea Constituyente: el fortalecimiento de un órgano supremo de control constitucional¹ y la expansión de las garantías constitucionales a los derechos humanos, reconocidos por la Constitución y otros instrumentos jurídicos.

En este ensayo abordaremos el tema de las garantías y lo trataremos desde dos perspectivas: la una teórica y la otra concreta.

En la parte teórica se pretende contextualizar las reformas a las garantías en la teoría del Estado Social de Derecho. La garantía, en este modelo de Estado, la encontramos en las normas jurídicas, en la estructura del Estado y, en particular, en el rol de los jueces que ejercen control constitucional. En la parte concreta, abordaremos una propuesta de diseño constitucional sobre la regulación de las garantías y breves explicaciones que justifican su regulación.

Esperamos persuadir la necesidad de adaptar las garantías judiciales constitucionales para poder solucionar las graves y cotidianas violaciones a los derechos humanos.

FORO

CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS REFORMAS

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Afirmar que el Ecuador es un Estado Social de Derecho no es mera retórica.² El calificativo tiene profundas explicaciones de carácter histórico, político, filosófico y jurídico.

* Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar y profesor de Derechos Humanos de la PUCE.

1. Ver, en esta misma revista, el ensayo escrito por Agustín Grijalva, “¿Constitución sin constitucionalismo?: Urgencia de un Tribunal Constitucional independiente”.
2. Constitución Política del Ecuador, art. 1: “El Ecuador es un estado social de derecho...”.

El Estado Social de Derecho refleja, al momento, la cúspide de la evolución de la teoría sobre el Estado: del absolutismo, pasando por Estado legal o Estado de derecho, al Estado Social de Derecho. Revisemos brevemente estos dos últimos modelos.³

El poder concentrado ha sido una de las características de los regímenes políticos autoritarios o absolutos.

El gran avance en la teoría política, en el siglo XVIII, fue la división de poderes. La división de poderes, en el fondo, no es otra cosa que la limitación de un poder por otro.

El Estado de Derecho, que se configura jurídicamente a partir de la Revolución Francesa, es el resultado de la transacción entre dos poderes en pugna: los económicos (representados por la emergente clase burguesa o comerciante) y los políticos (representado por la aristocracia). La materialización de estos poderes se manifiesta en la división del Estado en el poder que ejecuta leyes o la administración pública, y el poder que define las leyes o legislativo.

El Estado se somete al derecho y, en concreto, al principio de legalidad. Esta es la garantía primaria que se evidencia en el liberalismo. El Parlamento emite las leyes y la administración se sujeta a sus límites.

El principio de legalidad penetró todos los ámbitos del derecho a través de la figura de la reserva legal. Solo mediante ley se podía crear, restringir o anular los derechos de las personas y las obligaciones.

La ley es fuente exclusiva del Derecho. Mediante ley restringió la libertad. Mediante ley se crearon impuestos. Mediante ley se pueden crear infracciones penales. Mediante ley se configuran las obligaciones de la administración. Mediante ley se determina la competencia de los jueces.

En otras palabras, el Poder Legislativo, al establecer los vínculos y límites del poder, se constituyó como el verdadero poder.

El Estado de Derecho tuvo múltiples variantes, en los que hubo mayor o menor protagonismo de los poderes administrativos o legislativos, tales como el Estado liberal, el Estado de bienestar y el Estado socialista.

El Estado de Derecho, como modelo de organización política en la Europa occidental, entró en crisis sin duda después de la Segunda Guerra Mundial. ¿Qué pasa cuando el Parlamento tiene tanto poder que no tiene garantía que la limite? O cuando el Poder Legislativo se confabula con el Poder Ejecutivo; esto es, cuando la clase política, que predomina en el Parlamento, es la misma que preside el Ejecutivo.

3. Para apreciar el proceso histórico con perspectiva política y jurídica, se recomienda leer el libro de Juan Ramón Capella, *Fruta Prohibida*, Madrid, Editorial Trotta, 2001. Libro al que debo muchas de las ideas expresadas en este capítulo.

Los hechos históricos y las cifras son elocuentes: en la Segunda Guerra Mundial y en las múltiples guerras que se produjeron en la conocida “Guerra Fría” tenemos millones de muertos, torturados, perseguidos políticos, desaparecidos o, para hablar en un lenguaje moderno, se cometieron genocidios, delitos de lesa humanidad, agresiones y crímenes de guerra.

El formalismo legal del Estado de Derecho no distingue entre democracia y absolutismo. De hecho, el exceso de formalismo suele derivar en autoritarismo. La realidad se restringe, en cuanto a regulación jurídica, a lo normativo. La realidad, por tanto, no se altera y el conflicto social, por la neutralidad del derecho, tiende a incrementarse. Además, la ley pierde la capacidad de prever la solución de todos los conflictos sociales. La ley, “que era el elemento unificador y coherente fruto de la voluntad general, pasa a ser vista como un acto personalizado impregnado de intereses sociales y políticos casi nunca generalizables...”⁴

El Parlamento debía estar sujeto también a normas superiores, a principios intangibles y al control de otro poder autónomo e independiente. El Parlamento, y las mayorías que deciden, para evitar excesos, debían tener límites.

Los límites fueron los Derechos Fundamentales o Derechos Humanos, y estos se recogieron, como parte sustancial, en las constituciones. Los derechos justifican el sistema jurídico y político.⁵ A decir de Robert Alexy, “en un discurso racional no se puede justificar cualquier sistema jurídico, sino solo aquellos que llenen elementales exigencias de la razón práctica. Entre estas cuentan las garantías de los derechos fundamentales (...)”⁶

El paso adelante del modelo de Estado de Derecho estaba encaminado a la efectividad de los derechos y del sometimiento de todos los poderes, incluso el legislativo, a principios y normas superiores: la Constitución. La forma cede ante la sustancia.⁷ Se pretende que los derechos fundamentales, principio y fin del Estado, puedan tener efectos reales en la vida de las personas y colectividades.

La persona humana, su expansión en cuanto a libertades, y su protección, es el eje central del quehacer del Estado.⁸

4. Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, p. 56.

5. En este sentido, no es casual la redacción de nuestro art. 16 de la Constitución de 1998: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”.

6. Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 1, 1995, p. 53.

7. Ver Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp. 50-55.

8. Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, p. 64.

Esta afirmación breve y formulación sencilla tiene profundas consecuencias para la organización del Estado y para la teoría general del Estado y del Derecho.

La administración no solo está sujeta a la ley. El Parlamento no tiene libertad para configurar la ley. Las normas jurídicas no solo están descritas y definidas en la ley. El juez ya no es la mera boca de la ley. Todos los poderes y funciones del Estado, sin excepción, están obligadas y vinculadas por los derechos fundamentales (incluso a los no recogidos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones ha resuelto que los Estados tienen la obligación de organizar todo el aparato del Estado para respetar y garantizar los derechos,⁹ incluyendo al Poder Legislativo, que tiene la obligación de adecuar el sistema jurídico a los estándares internacionales.¹⁰

Para prevenir las violaciones a los derechos fundamentales y evitar responsabilidad internacional, las mayorías representadas en el Congreso, el administrador del Estado e incluso los jueces, están sujetos al control constitucional de una autoridad revestida de poder especial que revisa la constitucionalidad del ejercicio de sus funciones. Incluso el órgano constitucional está sometido, como parte del Estado, al control y supervisión internacional a través de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos.¹¹

Si el Estado deja de estar al servicio del Parlamento, como sucedía en términos reales en las democracias liberales, sino que está al servicio de las personas, que es en donde supuestamente reside la fuente del poder, estas personas deben estar dotadas de herramientas –poderes– que le permitan controlar los excesos de todos los poderes del Estado. Estos poderes o herramientas de control se llaman las garantías.

El concepto de garantía como control de la actividad total de los poderes del Estado solo se producen en un Estado Social de Derecho o, como también se lo conoce en la doctrina, en un Estado democrático constitucional.¹²

EL ESTADO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si el Estado pasa de servir a una persona (primer momento: Estado absoluto), a las normas jurídicas (segundo momento: Estado de Derecho), a todas las personas sin

9. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 164; Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 171. Ver Convención Americana de Derechos Humanos, art. 1(1).

10. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 2.

11. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 48 y art. 61.

12. Sobre la evolución y las implicancias del concepto, ver Gustavo Zagrebeltzky, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 33 en adelante.

discriminación (tercer momento: Estado Social de Derecho), no cabe duda que todo el Estado se organiza para promover y proteger los Derechos Humanos.

Luigi Ferrajoli considera que existen dos tipos de garantías: las primarias y las secundarias.¹³ Las primarias que son las normas jurídicas y que determinaban la conducta de las autoridades del Estado. Primarias porque imponían límites y vínculos al quehacer público. Estos límites, insistimos, son los derechos humanos, y por tanto las leyes que no podían ser definidas sino en función del objetivo del Estado.

Las garantías secundarias son de dos tipos: las políticas públicas, que corresponden a la administración del Estado, y las garantías judiciales.

Con mayor sistematicidad, Gregorio Peces Barba divide en dos grandes categorías, unas generales, que hace alusión a toda la teoría que implica el Estado Social y Democrático de Derecho, y específicas, que se refieren a las funciones del Estado para cumplir sus fines.¹⁴ Éstas a su vez se subdividen en cinco categorías que, como se aprecia en el siguiente cuadro, involucran a todos los poderes y funciones del Estado.

Tipo de garantía	Objeto	Responsable
De regulación (adecuación).	Reconocimiento, desarrollo y reformas de los derechos fundamentales a través de normas jurídicas.	Poder Legislativo.
De control y fiscalización.	Supervisar aplicación de los derechos de los entes administrativos.	Defensoría del Pueblo. Comisión de Derechos Humanos del Congreso.
De respeto.	Proyección de los derechos en todas las actividades públicas y privadas, limitando y vinculando la acción y la omisión.	Poder Ejecutivo. Estado y particulares.
De aplicación.	Respeto al contenido esencial de cada derecho.	Poder Ejecutivo. Estado y particulares.
De protección.	Exigibilidad de derechos.	Tribunal Constitucional (TC). Función Judicial.

En un modelo ideal abstracto, la Constitución positiviza principios que son ampliamente aceptados y sin los cuales no puede realizarse la vida en común. Estos principios guían el quehacer de todos los poderes del Estado. El Congreso dicta le-

13. Ver Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 45-52.

14. Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales, Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, pp. 501-546.

yes en las que, desde la discusión y configuración normativa, incluye los principios. De igual modo el Ejecutivo al administrar el Estado y el Poder Judicial al dictar resoluciones y sentencias, aplican principios. Todos y todas, en suma, cumplen y aplican los derechos humanos.

La realidad dista del ideal abstracto, sin embargo. Existe una brecha considerable entre los principios rectores del Estado y su aplicación a la vida cotidiana. El Congreso dicta leyes no ponderadas o, lo que es peor, leyes en franca y abierta contradicción con los principios constitucionales. El Ejecutivo viola los derechos humanos en su quehacer administrativo. El Poder Judicial no administra justicia, ya por tardar en la sustanciación de los juicios, ya por dar preferencia a una de las partes, ya porque dicta resoluciones o fallos contra la Constitución (aun cuando dicte resoluciones o sentencias conforme a la ley).

Conviene, entonces, describir al órgano constitucional que controla a todos los demás poderes del Estado, y que será el encargado de instrumentar las garantías constitucionales.

LA GARANTÍA JUDICIAL CONSTITUCIONAL

En este contexto de alejamiento de la Constitución, el sistema jurídico debe dotar al ordenamiento de una garantía, que tenga la virtud de corregir los defectos en la aplicación de los principios constitucionales. Esta garantía debe ser independiente de los otros poderes, eficaz, sencilla, rápida, flexible, accesible.¹⁵

Dos modelos para esta garantía. El uno ubicado en el Poder Judicial, siempre que este poder esté en condiciones de ser independiente, de autocorregirse y que tenga tradición de controlar la Constitución. El ejemplo más ilustrativo es sin duda el modelo norteamericano.¹⁶

El otro modelo, un órgano autónomo, diferente al Poder Judicial, que esté en capacidad de controlar a los tres poderes del Estado. Cuando los tres poderes del Estado adolecen de prácticas ajenas a la Constitución, como parece ser la práctica ecuatoriana. Este órgano autónomo suele denominarse Tribunal Constitucional y teóricamente fue concebido por Kelsen.¹⁷

15. Las características, en términos de estándares internacionales, las encontramos en la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 25 y art. 8.

16. El hito histórico, mediante el cual se establece la institución del *judicial Review*, es el caso *Marbury vs. Madison* (1803). Ver Edward W. Knappman, *Great American Trials*, Visible Ink, USA, 1994, pp. 68-71.

17. Ver Francisco Zúñiga Urbina, "Derechos humanos y jurisprudencia del tribunal constitucional 1981-1989: el pluralismo político e ideológico en Chile", en *Ius et Praxis*, vol. 9, No. 1, Talca 2003, <http://www.scielo.cl/scielo> (visita 28 de mayo 2007).

Un tercer modelo, que podemos llamar mixto “concentrado”, que tiene un órgano controlador de la constitucionalidad pero inserto, con autonomía e independencia, en el Poder Judicial.

Ecuador, actualmente, tiene una mezcla entre el modelo concentrado en el Poder Judicial y el autónomo en el Tribunal Constitucional, separado del Poder Judicial, que podemos llamarlo mixto “autónomo”. Por un lado, cualquier juez puede inaplicar una norma por considerarla inconstitucional (cita legal). Por otro, existe un TC que resuelve en última instancia y con carácter general la constitucionalidad de las normas.

Estas garantías son, sin duda, judiciales.

Peces-Barba sostiene que “la piedra angular de la protección de los derechos fundamentales es el control jurisdiccional. Solamente cuando el derecho fundamental puede ser alegado por su titular ante un Tribunal de Justicia, es posible hablar realmente y en sentido integral de protección”.¹⁸

Según este autor, las garantías son sobre la regulación, que a su vez son abstractas y concretas, y garantías del ejercicio y disfrute.

Las garantías judiciales

Sobre la regulación	Inconstitucionalidad de normas.
• Abstracta	Recurso de inconstitucionalidad.
• Concreta	Control difuso de constitucionalidad.
Del ejercicio y disfrute	Acciones constitucionales (amparo, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información).

Hasta este punto lo que hemos pretendido afirmar es que todo el Estado Social de Derecho es en general una garantía, y en particular la eficacia de los postulados dependen de la Función Judicial, cuando ejerce control constitucional.

Conviene, en este sentido, definir lo que entenderemos por una garantía:

Garantías son todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas.¹⁹

18. Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales, Teoría General*, p. 513.

19. Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, p. 28.

En otras palabras, la garantía es el mecanismo a través del cual se acorta la brecha entre el ideal constitucional (deber ser) y la realidad del Estado en cuanto a su funcionamiento y a su resistencia para cumplir los objetivos declarados por la Constitución (ser).

Las garantías pueden tener un sentido formal o débil, como sucedió en el Estado legal de derecho, o pueden tener un sentido sustancial, estricto o fuerte, que es el que debe caracterizar al Estado constitucional o social de derecho y que es lo que intentaremos proponer.

LA EXPANSIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Se ha dicho, y se escucha con harta frecuencia, que en el Ecuador ha existido un abuso del amparo constitucional.²⁰ Este prejuicio a una de las garantías fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, ha llevado a no pocas iniciativas para restringirla. Así lo ha hecho el mismo Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia a través de resoluciones interpretativas, el Congreso Nacional a través de la Ley Orgánica de Control Constitucional y el Poder Ejecutivo, a través de reiterados incumplimientos.

En el contexto que hemos sostenido, un Estado Social de Derecho tiene el deber de expandir las posibilidades de protección y, en cierta manera, promover el uso, que nunca puede ser considerado abuso de las garantías constitucionales para alterar una realidad de violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

¿Hasta cuando el abuso de las acciones de garantía constitucional? Hasta que se frenen los abusos a los derechos humanos de las personas. Si alguien puede abusar de una garantía, es el poder público por una mala interpretación y aplicación de la garantía. Si alguien tiene el derecho de “usar ampliamente” de las garantías son las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Consideraciones generales para todas las acciones constitucionales

a) *Actio popularis*: así como en la protección clásica del Derecho penal, que supuestamente protege de forma intensa bienes jurídicos que se consideran en sociedad importantes, se permite que cualquier persona denuncie, no cabe duda que, cuando

20. “Que han existido problemas [con el amparo constitucional], es innegable, que ha habido ejercicio abusivo, evidente”, Rafael Oyarte, *La acción de amparo constitucional, Jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Fundación Andrade y Asociados, Quito, 2006, 2a. ed., p. 11.

se trata de derechos humanos fundamentales, también cualquier persona que conozca de la violación de un derecho debe hacerla conocer al Estado.

Al Estado Social de Derecho le conviene, por cualquier medio, conocer y reparar las violaciones a los derechos humanos. Cuando a una persona se le violan sus derechos humanos, todo el sistema político y jurídico se afecta, y todo este sistema tiene que corregirlo.

Cuando se habla de “cualquier persona” se entiende tanto a la persona que ha sufrido la violación de sus derechos, como un tercero que conoce el hecho. Este tercero puede ser una persona natural o una organización no gubernamental.

La Constitución actual y la jurisprudencia del TC restringen la “legitimidad de personería” exclusivamente a la víctima.

b) Los derechos exigibles: todos los derechos humanos reconocidos por la Constitución y convenios internacionales sobre derechos humanos, sin distinción de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, colectivos, pueden ser invocados cuando se trate de una violación.

En la teoría de los derechos humanos, todos los derechos tienen una dimensión positiva (que obliga a actuar al Estado) y dimensión negativa (que obliga al Estado a abstenerse).²¹

No cabe esa distinción clásica y ya caduca de que solo los derechos civiles y políticos, también considerados como derechos de primera generación, son tutelables por ser de fácil distinción la obligación del Estado; y que los derechos económicos, sociales y culturales son progresivos y que dependen de la existencia de recursos. Múltiple jurisprudencia²² y doctrina²³ confirman lo contrario.

21. El estudio más significativo que ha intentado romper este mito, de lo que conozco, se encuentra en el libro escrito por Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *The cost of rights, why liberty depends on taxes*, Norton, New York, 1999.

22. Ver Cámara Contencioso Administrativa Federal de Buenos Aires, Sala V, Caso Viceconte, Mariela c/ Estado nacional-Ministerio de Salud y Acción Social, causa n. 31.777/96, Constitutional Court of South Africa, Soobramoney vs. Minister of Health (Kwasulu Natal), Case CCT 32/97, 27 november 1997, en Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in context, law, politics, morals*, Oxford University Press, 2000, second edition, pp. 293-299; Supreme Court of India, Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation, AIR 1986 Supreme Court 18, 1985 en Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in context, law, politics, morals*, Oxford University Press, 2000, second edition, pp. 286-291; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales, en Oficina Colombiana del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Bogotá, 2003.

23. Ver Ligia Bolívar, “DESC: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes” en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios Básicos, vol. V. pp. 85-136; Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Introducción, la estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad”, en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

El principio constitucional, que se caracteriza por no tener un supuesto de hecho y tampoco la obligación determinada en la norma, debe ser construido por el juez a través de un proceso interpretativo.²⁴

De más decir que se puede invocar un derecho que no consta en la Constitución y que lo encontramos en normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya escritas por ser convencionales, ya no escritas por ser *ius cogens*.²⁵

No hay que olvidar, finalmente, que se puede invocar “cualquier derecho que se derive de la naturaleza humana”. Esta cláusula abierta, que confirma la superioridad de la protección de la persona sobre las limitaciones de las definiciones normativas, se encuentra en múltiples constituciones. Por ejemplo, la enmienda IX de la Constitución norteamericana²⁶ y el famoso artículo uno de la Ley Fundamental Alemana que alude al concepto abstracto de la “dignidad”.²⁷

c) Los formalismos: se puede juzgar a la administración de justicia por su accesibilidad. Entonces, el sistema puede ser abierto, si es de fácil acceso (distancia, dinero, formalismos), o cerrado, si sucede lo contrario. Lo óptimo, desde la perspectiva democrática, es que los sistemas sean abiertos.

Para que sea abierta la justicia constitucional, se puede presentar por escrito o verbalmente la acción, no se requiere de intermediación de un profesional del derecho (aun cuando se recomiende y el Estado debe garantizar el acceso vía atención de la Defensoría del Pueblo o la Defensoría Pública), debe ser gratuito, puede presentarse ante cualquier juez, no se requiere, siquiera, poder determinar qué derecho humano reconocido en el ordenamiento jurídico se violó (esta tarea de traducción le corresponde al Estado), tampoco se requiere tener días específicos para la garantía. En estas condiciones, el juez no puede inhibirse o dejar de tramitar. Si lo hace, comete una falta grave por no hacer efectivas las garantías y puede ser hasta penalmente responsable.

24. Sobre la interpretación de DESC y la construcción del supuesto de hecho, ver Rodolfo Arango, “el supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales”, en *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis / Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 119-174.

25. Existen normas imperativas no escritas que pueden ser invocadas aun en contra de normas positivas. Por ejemplo, todas las normas de protección de las personas en conflictos armados que no se encuentran ni el art. 3 común de los Convenios de Ginebra del año 1949, ni en el Protocolo Adicional del año 1977. Ver Jean Marie Henkaerts y Louis Doswald-Beck, *Costumary international humanitarian law*, ICRC, Cambridge, 2005.

26. Ver Akhil Reed Amar, *The bill of rights*, Yale University Press, 1998, pp. 149 en adelante.

27. Alexy sostiene que a partir del sucinto texto de la ley que dice proteger la dignidad, existen ahora 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional alemán. Ver Alexy Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 35.

Si hay algo que ha vuelto a las acciones de amparo inaccesibles o ineficaces, es el formalismo jurídico. Por la forma, se deja de considerar el fondo. Así, por ejemplo, los juramentos, la necesidad de contar con el patrocinio de un abogado, la no determinación del nombre y de la dirección del funcionario del Estado, el no señalamiento del casillero judicial.

d) El trámite preferente y sumario: desde que existe justicia constitucional, se pueden distinguir dos tipos de procedimientos: uno ordinario y otro constitucional. El ordinario está conformado por todos esos juicios, de raíz civil, penal y administrativo, que tienen cuerpos de normas sustantivas y adjetivas plasmadas, en detalle, en leyes. El derecho sustantivo y procesal constitucional básicamente está previsto en la misma Constitución.

Dada la importancia de los casos que se conocen en la justicia constitucional, en particular la cuestión de los derechos humanos de las personas, aun por el principio clásico de la especialidad, se debe dar importancia a las que se refieren a derechos.

Entonces, los jueces y tribunales deben dejar de lado sus juicios ordinarios y deben dedicar el tiempo que se merece, que debe ser, respetando el debido proceso, el más corto posible. De ahí lo preferente y sumario.

e) La prueba: existe la falsa percepción de que en las acciones constitucionales basta la afirmación del accionante, puesto que la prueba reposa en poder del Estado. También, que conviene acudir con los medios probatorios que se tenga al momento de presentar la acción.

Sin embargo, en la práctica existen casos de difícil resolución que no solo ameritan pruebas, sino contar con criterios especializados para resolver. Por ejemplo, nadie duda que para resolver sobre el contenido de arsénico en el agua, para saber los efectos de las ondas electromagnéticas de los teléfonos celulares, para determinar el alcance de lo que significa territorio para la cultura indígena, para determinar el daño provocado por las fumigaciones con glifosato en el suelo y la piel de la gente... se requiere más que la sola afirmación del accionante o de los informes que aporte el organismo del Estado demandado.

La práctica de pruebas es facultativa para el juzgador. Si el juez o tribunal se forma criterio con la intervención de las partes, la prueba puede convertirse en una formalidad más que retarde innecesariamente el proceso.

Entonces, no todo caso requiere prueba, ni todo caso puede resolverse sin prueba.

f) El cumplimiento inmediato: resuelto la acción a favor de la persona, el Estado debe cumplir de inmediato la resolución. No cabe que se ejecutorie la resolución o que se espere que el superior, si se ha apelado, confirme o revoque la resolución (efecto devolutivo). El razonamiento es simple. Si alguien me violó el derecho, hecho que no debió haber sucedido por aquello de las garantías primarias, lo más razo-

nable es que tan pronto como la autoridad competente me da la razón, en el acto se ejecute lo resuelto.

g) La apelación: en la apelación podemos distinguir dos sistemas. El uno que tiene un órgano especializado, autónomo de la Función Judicial. La ventaja de este sistema es que podemos encontrar más de un argumento para sostener que conviene un órgano que esté por sobre los otros tres poderes tradicionales y los controle.

El otro sistema, en la que el órgano de control forma parte de la Función Judicial. Este puede ser una sala de la máxima corte de justicia o, como sugerimos nosotros, que sea una corte especializada que tenga el máximo poder interpretativo de la Constitución y que, además, represente al Poder Judicial.

Si la Constitución es la norma suprema, luego el órgano encargado de garantizar su vigencia también debe tener ese rango.

La ventaja de ubicar el control constitucional en el Poder Judicial es que, poco a poco, con esa tendencia evolutiva, progresiva, efectiva y contextual, todos y cada uno de los jueces tengan la posibilidad de conocer y resolver sobre estos problemas jurídicos todavía invisibles que son, de paso los más importantes y graves, las violaciones a los derechos humanos.

Por el contrario, si se saca el control constitucional de los jueces ordinarios, incluidos los de primera instancia, como sugieren algunos sectores, hay una tendencia a reforzar y anquilosar la justicia ordinaria, que no puede ser ajena a los derechos humanos, y además resulta una reforma costosa (especializar a ciertos jueces, crear juzgados, imposibilidad de hacerlo en ciudades pequeñas...)

Creemos que a mediano plazo la justicia constitucional, por ser más cercana a la realidad cotidiana de la gente, será la que predomine en la resolución de los casos de la administración de justicia; y, creemos además, que la justicia más cercana a la norma jurídica abstraída de la realidad, será relegada a un plano secundario.

Al momento solo los jueces de primera instancia tienen la posibilidad de resolver acciones constitucionales de protección de derechos. La idea es ampliar esta posibilidad a los superiores jerárquicos, esto es a la Corte de Apelaciones o quien haga sus veces y hasta a la Corte con competencia para conocer la casación y revisión.

El Control último y definitivo será de la Corte Constitucional, que tendrá la misión de unificar jurisprudencia, dar luces para la resolución e interpretación de casos paradigmáticos y establecer normas de conducta vinculante, de tal forma que una vez detectada y resuelta una violación de derechos, esta no vuelva a ocurrir. La jurisprudencia constitucional se convierte, pues, en una garantía de no repetición.

h) Sanción por incumplimiento: se supone que el derecho efectivo es aquel que tiene la posibilidad de ser declarado y ejecutado. En la justicia civil existe un proce-

dimiento para la ejecución de sentencias y en la justicia penal existe la posibilidad de ejercer medidas coercitivas con la fuerza pública para cumplir las sentencias.

En la justicia constitucional, en cambio, salvo el caso del Hábeas Corpus, no existen los procedimientos o las medidas no se las aplican. Si se toma en serio a los derechos de las personas, también hay que tomar en serio las garantías.

El juez tiene todo el poder para que sus resoluciones se cumplan. Este poder se refleja en las medidas que puede tomar, que pueden ser sancionatorias y están previstas en la Constitución (amonestación, multa, destitución), y pueden ser aquellas que siendo creativas y posibles, se les ocurra al juez o tribunal.

Reconocida una violación, el Estado se organiza para repararlo.

El amparo constitucional

El amparo, que no es otra cosa que un proceso constitucional que tiene la finalidad de proteger derechos humanos, debe distinguirse, de acuerdo a la necesidad de protección inmediata o no, en dos: un amparo preventivo y otro reparativo.

a) El amparo preventivo: el amparo preventivo se caracteriza por la existencia de un acto u omisión que puede ocasionar un daño grave. Tiene como finalidad evitar, si está por ocurrir; el cesar, si está ocurriendo, y reparar inmediatamente la violación. Es lo que se conoce internacionalmente como una acción urgente o medidas provisionales.²⁸ El amparo preventivo no requiere formalidades ni mayor exigencia probatoria. Tiene que ser sumamente rápido y efectivo. Como no resuelve el problema de fondo, el juez o tribunal emite una resolución, que tiene carácter provisional.

b) El amparo reparativo: el amparo reparativo requiere un acto u omisión que viola derechos humanos, y que produzca un daño. Este sería un juicio de conocimiento o de fondo. El juez o tribunal dicta sentencia y declara la violación de un derecho y, consecuentemente, debe repararlo íntegramente.

El amparo reparativo es residual. Si hay una manera distinta de resolver la violación por vía ordinaria y ésta es eficaz, hay que acudir a ella. Por ejemplo, si la pretensión es investigar y sancionar a los responsables, debe usarse la vía penal. Si la pretensión es reparar los efectos de una tortura en la personalidad de la víctima, la vía será el amparo reparativo.

28. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 63 (2): “En casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes...”

c) La reparación integral: los conceptos civiles de indemnización no son suficientes, no solo porque abordan un aspecto específico del daño sino porque no fueron diseñados para ser aplicados en casos de violación a los derechos humanos. La reparación es un concepto muy amplio que tiene mucho que ver con la percepción de la víctima y con la necesidad de prevenir efectivamente futuras violaciones.

A nivel de sistema interamericano se está desarrollando la teoría del “proyecto de vida” para reparar integralmente a las víctimas; esto es, contar con elementos objetivos para presumir que hubiese pasado si es que la violación no ocurría.²⁹

No puede regularse todas las formas existentes de reparación. Esto dependerá mucho de los casos y de la creatividad de los jueces y tribunales.

d) Violación al debido proceso: un derecho que ha cobrado mucha importancia por ser al mismo tiempo una garantía contra la arbitrariedad y los abusos de poder, es el debido proceso. No resulta coherente declarar que todos los derechos reconocidos por la Constitución son exigibles mediante amparo y luego excepcionar las resoluciones o sentencias del Poder Judicial.

Cabe distinguir dos situaciones distintas. La una en la que se evidencia la violación al debido proceso durante la sustanciación del caso, y la otra cuando se viola este derecho en sentencia.

Cuando ocurre una violación en el proceso, ya que el juez o tribunal tiene competencia constitucional, se abrirá un incidente dentro de la misma causa que tendrá prioridad y será resuelto inmediatamente. Si no hay respuesta favorable, cabe el amparo. Hay que discutir si este amparo será conocido por el juez o tribunal de primera instancia o si se lo presenta al juez a quien corresponde, por la competencia, conocer la apelación. Parece que esta segunda opción sería la más adecuada para evitar interferencias entre judicaturas.

Cuando ocurre la violación en la sentencia, siempre que no exista otro recurso ordinario donde se pueda alegar la infracción constitucional, se presentará el amparo ante el juzgador a quien corresponda conocer la apelación o casación; si la sentencia fue expedida por la Corte de Casación y Revisión, el amparo lo conocerá la Corte Constitucional.

29. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Loayza Tamayo contra Perú, Sentencia de Reparaciones, 28 de noviembre de 1998, párr. 144.

El Hábeas Corpus

La acción constitucional de Hábeas Corpus ha sido regulada por la Constitución Política, la Ley de Régimen Municipal y, en relación a la protección de la libertad, también por el Código de Procedimiento Penal, en este último caso conocido como “amparo de libertad” o “amparo judicial”.

Si uno lee con detenimiento el “amparo de libertad” establecido en el Código de Procedimiento Penal, se encontrará con varias sorpresas positivas: es más protector que el hábeas corpus. De acuerdo a un principio básico de los derechos humanos, el principio *pro homine*, se debe regular, aplicar e interpretar, el sistema jurídico, de conformidad con lo que más favorezca a la realización del ser humanos. Si a este le juntamos otro, el principio de progresividad, tenemos como resultado que la Constitución debe regular de acuerdo a las normas más protectoras.

Desde esta perspectiva, como puede verse, se propone constitucionalizar algunas normas ya recogidas en la ley.

a) La competencia judicial: si el máximo garante de la Constitución es el Poder Judicial, no cabe que la acción esté en manos de un órgano local y político como el municipio. En Ecuador existen lugares en donde funciona eficazmente, pero en otros es una acción ilusoria. Además el alcalde no tiene las garantías propias del Poder Judicial, como la independencia e imparcialidad, ni tampoco tiene controles administrativos. Por ello, conviene que el juzgador sea parte del Poder Judicial.

b) Los derechos violados: el hábeas corpus protege la libertad, no solo cuando se le ha privado a una persona, sino también cuando existe la amenaza de hacerlo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el Hábeas Corpus también protege uno de los derechos más expuestos en períodos de privación de libertad: la integridad física;³⁰ es decir, precautela que las personas no sean tratadas cruel e inhumanamente y peor torturadas. Si esto sucede, por la teoría de fruto del árbol prohibido la prueba o declaración no tiene validez alguna y esa persona tiene que salir en libertad, además que este hecho, desde la perspectiva penal, no puede quedar impune.

Finalmente, la acción protege a las personas desaparecidas. Estas si bien son privadas de libertad, también se les privan del derecho al debido proceso, a la integridad y hasta la vida. La Corte Interamericana ha considerado que el recurso de hábeas

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987. Serie A, No. 8.

corpus es el adecuado para promover por parte del Estado la protección a las víctimas de estos delitos.³¹

c) Los violadores del derecho: la privación de libertad, por lo general, se produce por parte de agentes del Estado. Pero también, y esto hay que enfatizar, puede ocurrir por parte de personas ajenas al Estado. Por ejemplo, casos de violencia doméstica cuando hay restricciones a la libertad de movimiento, u hospitales privados que no permiten la salida de las personas cuando no cancelan por la atención médica. En estos casos también cabe el hábeas corpus. Al momento, estas violaciones no tienen forma inmediata de resolverse. Grave falencia en un Estado garantista.

d) El tiempo para resolver la acción: tradicionalmente ha sido 24 horas. Ahora, dado que existe la norma más protectora en el Código de Procedimiento Penal, el plazo sería de 12 horas.³² Si por razones de logística la persona privada de libertad no puede ser trasladada en este plazo, el juez o tribunal puede concurrir al lugar de detención.

La resolución debe tomarse en el acto o audiencia cuando el juez o tribunal llega a la convicción de que la privación de libertad es ilegal o arbitraria. No cabe esperar que la ponga por escrito o que ésta se ejecutorie en el plazo de tres días. Hay que recordar que la justicia no se sacrifica por omisión de formalidades.

El acceso a la información pública

El derecho al acceso a la información pública ha cobrado una importancia extrema últimamente. Se dice que vivimos en la era de la información y que acceder a ella es una condición básica de la persona. Este derecho tiene varias dimensiones. Por un lado, es un derecho autónomo y, por otro, es un derecho que sirve como medio para ejercer otros derechos.³³

Como derecho autónomo, la información pública debe ser accesible para satisfacer la necesidad de conocimiento de las personas.

Como derecho instrumental, la información pública es indispensable y condición para ejercer derechos políticos –solo puedo decidir si tengo información; derechos civiles –solo puedo ejercer mis libertades si tengo información; derechos sociales –so-

31. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1; y Corte IDH, Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C, No. 3.

32. Código de Procedimiento Penal, art. 425.

33. Ver Víctor Abromovich y Christian Courtis, “El acceso a la información y derechos sociales”, en *El umbral de la ciudadanía, el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 171-198.

lo puedo saber si soy elegible a programas de vivienda, si tengo información sobre ellos; derechos colectivos –solo sabré si me violan el derecho a un ambiente sano, si conozco el informe de impacto ambiental.

Además, las democracias se fortalecen cuando la ciudadanía tiene información para controlar y hacer rendir cuentas a las autoridades.

El principio de publicidad de la información determina que mientras más transparente es el ejercicio de la autoridad, menos corrupción existe.

Por estas razones, conviene una acción con características propias y que esté, dada su importancia, reconocida en la Constitución.

a) La información pública: toda información que esté en poder del Estado pertenece a la ciudadanía, salvo que sea información reservada o confidencial. Si la información no se entrega por cualquier razón, existe la posibilidad de la revisión judicial. Así se evita que arbitrariamente se califique de información reservada cuando no lo es, o se niegue la información confidencial cuando su conocimiento tiene trascendencia pública.

b) La resolución y las medidas cautelares: el juez o tribunal debe tomar medidas, cuando fuere el caso, para entregar la información, que son las mismas de las acciones constitucionales. De igual modo, si existe riesgo de desaparición o destrucción de la información, el juez o tribunal debe tomar medidas cautelares para protegerla.

El hábeas data

La acción constitucional de hábeas data protege la información confidencial. Esta ha sido regulada adecuadamente por la Constitución de 1998 y no se sugiere cambios.

La Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo es una institución básica de garantía del Estado Social de Derecho. Tiene la ventaja de ser un mecanismo ágil e informal.

Parece que existe la necesidad de reforzar la manera de designación del Defensor del Pueblo, para garantizar competencia en las funciones e independencia.

La competencia del Defensor puede garantizarse si es que existe un concurso de méritos, en los que se demuestre conocimientos y experiencia en el área de derechos humanos, y además exigiendo los mismos requisitos de la Corte Constitucional.

La independencia se garantiza en cuanto a la forma de designación y remoción. Lo designa el Consejo Nacional de la Judicatura, suponiendo que este es indepen-

diente y técnico, y mediante un procedimiento público, transparente, con veedurías y con posibilidad de impugnación. También la independencia se garantiza con períodos de tiempo distintos a los cargos de elección para diputados, con la no reelección para evitar que existan actos políticos tendentes a que esto suceda. Finalmente, la remoción solo cabe por actos determinados en la ley, después de un debido proceso y por parte de un órgano independiente, que puede ser el Consejo Nacional de la Judicatura.

Tenemos que reconocer que los mecanismos de selección de los funcionarios son claves y que no estamos seguros en la propuesta. Puede ser –y esta propuesta evidencia mis dudas y mi inseguridad–, por el principio democrático, el Congreso Nacional posiblemente de una terna remitida por la Corte Constitucional.

Las formas de designación de autoridades públicas no electas, debe ser motivo de un profundo y serio debate.

PROPUESTAS DE REFORMAS SOBRE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO

DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS³⁴

Sección primera

Normas comunes de las acciones constitucionales

Art... Cuando de cualquier manera se afectare uno o varios de los derechos reconocidos por esta Constitución, tanto el titular del derecho como cualquier persona que asuma su representación, con o sin mandato escrito, podrá demandar su protección ante cualquier juez o tribunal bajo cuya jurisdicción se encuentre.

Para las acciones constitucionales no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles. Si el juez o tribunal no tramitare el recurso, será civil y penalmente responsable, de conformidad con la ley.

Art... Las acciones constitucionales podrán ser propuestas oralmente o mediante escrito, sin formalidades. Si se propone oralmente, se deberá elaborar un acta.

Art... Las acciones constitucionales serán tramitadas de modo preferente y suma-

34. Esta propuesta ha sido enriquecida por la discusión (y hasta editada en algunos artículos) por Juan Pablo Aguilar, Agustín Grijalva y Judith Salgado.

rio. No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho.

Art... Las resoluciones o sentencias que se pronuncien como resultado de las acciones constitucionales, serán cumplidas de forma inmediata, aunque se hubieren presentado recursos contra ellas.

Art... El juez o tribunal podrá ordenar la producción de prueba durante la audiencia.

Art... Las resoluciones y las sentencias podrán ser apeladas para su confirmación o revocatoria, ante la Corte de Apelaciones.

Art... Quien no acate las órdenes, resoluciones o sentencia de un juez o tribunal que resuelva sobre una acción constitucional, será sancionado con la multa que establezca la ley y, si se trata de una persona que preste sus servicios, a cualquier título, en una institución del Estado, podrá ser suspendido o destituido de sus funciones, de justificarlo la gravedad de la falta.

La sanción será impuesta directamente por el juez o tribunal o, si se trata de personas sometidas a fueros especiales, por el juez del fuero.

Para asegurar el cumplimiento de las acciones constitucionales, el juez o tribunal podrá adoptar cualquier otra medida que considere pertinente, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.

Las sanciones impuestas conforme este artículo podrán impugnarse únicamente en vía judicial.

Art... Para hacer efectiva la resolución o sentencia del juez, tribunal o Corte Constitucional, y determinar las sanciones dispuestas en el artículo anterior, se podrá interponer una acción de cumplimiento, que será regulada mediante ley.

Sección segunda

Del amparo

Art... Mediante la acción de amparo se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o reparar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave.

El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas siguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato.

Art... También se podrá presentar acción de amparo, cuando no exista otra vía judicial, para declarar, mediante sentencia, la violación de un derecho, la responsabilidad del agente violador y la reparación integral a la víctima. La ley regulará el procedimiento que será también preferente y sumario y que garantizará el derecho al debido proceso de la persona acusada de la violación de derechos.

Art... Cuando exista la violación al derecho al debido proceso, dentro de un procedimiento judicial que se sustancia en el Poder Judicial, deberá ser alegada ante el mismo juez o tribunal, y tendrá que ser tramitada de forma preferente y sumaria. Si no fuere resuelta o fuere desfavorable, podrá presentarse una acción de amparo constitucional ante el juzgador a quien corresponda conocer la apelación o casación.

También procederá la acción de amparo por violación al debido proceso en contra de sentencias dictadas por cualquier juez o tribunal del Poder Judicial, respecto de los cuales no quepa ningún recurso judicial, se presentará ante el juzgador a quien corresponda conocer la apelación o casación; si la sentencia fue expedida por la Corte de Casación y Revisión, el amparo lo conocerá la Corte Constitucional.

En estos casos, si el amparo fue presentado para obstaculizar la justicia, retardar la sustanciación de la causa o como otra instancia más, el juez deberá rechazar la acción y, si es el caso, sancionar al infractor de conformidad con la ley.

Sección tercera

Del hábeas corpus

Art... Podrá presentarse la acción de hábeas corpus para obtener la libertad inmediata de cualquier persona a la que se considere ilegal o arbitrariamente privada de su libertad. Si la orden de privación de la libertad ha sido dispuesta dentro de un proceso, el recurso se interpondrá ante el juez o tribunal superior

El juez o tribunal, en el plazo de doce horas, contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia, que se exhiba la orden de privación de libertad y que la autoridad denunciada informe sobre la privación de libertad. De ser necesario, el juez o tribunal se puede constituir en el lugar de la privación de la libertad.

Si se desconoce la identidad de la autoridad que ordenó la privación de libertad, se debe convocar a la audiencia al funcionario responsable de la dependencia indicada por el solicitante y en su falta al jefe de la dependencia donde guarda prisión.

Su mandato será obedecido sin observación ni excusa, por los encargados del centro de rehabilitación o del lugar de detención.

Finalizada la audiencia, el juez o tribunal dictará su resolución inmediatamente. Dispondrá la inmediata libertad de la persona privada de la libertad, si la persona no fuere presentada, si no se exhibiere la orden, si ésta no cumpliere los requisitos legales o constitucionales, si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención, si se constata la ilegitimidad de la privación de libertad o si se hubiere justificado el fundamento de la acción.

Art... Cuando se denuncie una amenaza actual e inminente de privación de libertad, el juez o tribunal debe ordenar a la autoridad que la dispuso que informe en un plazo de doce horas, y posteriormente convocará a la audiencia para sustanciar el amparo.

Cuando se trate de una orden de prisión preventiva no ejecutada, el amparo debe ser conocido por la Corte Superior correspondiente.

Se puede realizar una investigación sumaria para comprobar la existencia de la amenaza. Si se constata, se debe ordenar que la fuerza pública proteja a la persona, durante el tiempo que indique la resolución.

Art... Cuando se haya propuesto un hábeas corpus y no se conozca el lugar donde se encuentra la persona en cuyo favor se propuso y existan sospechas fundadas de que ha sido privada de su libertad por algún funcionario público o miembro de la fuerza pública, el juez o tribunal debe ordenar una investigación urgente para ubicarla.

Art... También procederá el Hábeas Corpus para proteger la integridad física de las personas privadas de libertad. Si el juez o tribunal detecta cualquier forma de trato cruel, inhumano o degradante o torturas, remitirá inmediatamente la causa a las autoridades competentes para su investigación y sanción, y dispondrá la libertad y la atención de la víctima.

Sección cuarta

Del acceso a la información pública

Art... Toda persona que requiera conocer información pública de cualquier índole podrá plantear la acción prevista por este artículo si aquella información le fuere negada o le fuere entregada incompleta, alterada o con vicios de falsedad, se argumente o no el carácter reservado o confidencial de los archivos o documentos involucrados.

La acción de acceso a la información se podrá interponer ante cualquier juez de lo civil o tribunal de instancia del domicilio del poseedor del archivo o los documentos de que se trate.

Admitida la acción, los representantes de la institución del Estado o la persona natural accionada, harán entrega inmediata al juez de toda la información requerida.

En el caso de archivos o documentos reservados o confidenciales, se deberá demostrar documentada y motivadamente, con el listado índice, que esa clasificación se ha hecho legal y correctamente. Solo en este caso el juez o tribunal, rechazará la acción.

Cuando la información se encuentre en riesgo de ocultación, desaparición o destrucción, el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, dictará las medidas cautelares que crea convenientes.

Sección quinta

Del hábeas data

Art. 94. Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito.

Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización.

La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional.

Sección sexta

De la Defensoría del Pueblo

Art... Habrá un Defensor del Pueblo, con competencia nacional, para promover o patrocinar acciones constitucionales de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; observar la calidad de los servicios públicos y ejercer las demás funciones que le asigne la ley.

El Defensor del Pueblo reunirá los mismos requisitos para ser magistrado de la Corte Constitucional, además demostrar experiencia en la defensa y promoción de derechos humanos. Será designado por el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante concurso de méritos, con veeduría ciudadanía y un proceso de impugnación, que será regulado por la ley. Desempeñará sus funciones durante cinco años y no podrá ser reelegido. El Defensor del Pueblo rendirá informe anual de labores al Congreso Nacional y al Consejo Nacional de la Judicatura.

Tendrá independencia y autonomía económica y administrativa; gozará de fuero e inmunidad en los términos que señale la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis, “Introducción, la estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad”, en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- “El acceso a la información y derechos sociales”, en *El umbral de la ciudadanía, el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Estudios del Puerto, 2006.
- Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 1, 1995.
- “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Amar, Akhil Reed, *The bill of rights*, Yale University Press, 1998.
- Arango, Rodolfo, “El supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales”, en *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis / Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- Bolívar, Ligia, “DESC: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes”, en *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Serie Estudios Básicos, vol. V.
- Cámara Contencioso Administrativa Federal de Buenos Aires, Sala V, Caso Viceconte, Mariela c/ Estado nacional-Ministerio de Salud y Acción Social, causa n. 31.777/96.
- Capella, Juan Ramón, *Fruta Prohibida*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, 3a. ed.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales, en Oficina Colombiana del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Bogotá, 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987. Serie A, No. 8.
- Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988.
- Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989.
- Caso Loayza Tamayo contra Perú, Sentencia de Reparaciones, 28 de noviembre de 1998.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, 3a. ed.
- Henkacrts, Jean Marie, y Louis Doswald-Beck, *Costumary international humanitarian law*, Cambridge, ICRC, 2005.

- Holmes, Stephen, y Cass R. Sunstein, *The cost of rights, why liberty depends on taxes*, New York, Norton, 1999.
- Knappman, Edward W., *Great American Trials*, USA, Visible Ink, 1994.
- Oyarte, Rafael, *La acción de amparo constitucional, Jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade y Asociados, 2006, 2a. ed.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta.
- Steiner, Henry, y Philip Alston, *International Human Rights in context, law, politics, morals*, Oxford University Press, 2000, second edition.
- Zagrebeltzky, Gustav, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, 4a. ed.
- Zúñiga Urbina, Francisco, “Derechos humanos y jurisprudencia del tribunal constitucional 1981-1989: el pluralismo político e ideológico en Chile”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, No. 1, Talca 2003, <http://www.scielo.cl/scielo>