

# Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo

Ramiro Avila Santamaría \*

## Contenido

### Notas

#### **Introducción**

Hay dos reformas constitucionales que son claves y que, sólo 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 constitucional y la expansión de las garantías constitucionales de 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 pretenderá 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 en la necesidad de adaptar las garantías judiciales constitucionales para poder solucionar las graves y cotidianas violaciones a los derechos humanos

## **Contextualización de las reformas**

### **El estado social de derecho**

Afirmar que el Ecuador es un estado social de derecho no es mera retórica (1). El calificativo tiene profundas explicaciones de carácter histórico, político, filosófico y jurídico.

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 (2).

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

El gran avance en la teoría política del siglo XVIII, fue la división de poderes, que 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 manifiestan en la división del Estado, pues por un lado está el poder que ejecuta las leyes o la administración pública, y por otro el poder que define las leyes o el 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 permeó todos los ámbitos del derecho a través de la figura de la reserva legal. Sólo mediante ley se podía crear, restringir o anular los derechos de las personas y sus obligaciones.

La ley es fuente exclusiva del Derecho, mediante ley se 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 la preside el ejecutivo. 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 arribar 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” (3).

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 (4). A decir de Rober Alexy, “en un discurso racional no se puede justificar cualquier sistema jurídico, sino sólo aquellos que llenen elementales exigencias de la razón práctica. Entre estas cuentan las garantías de los derechos fundamentales” (5).

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 (6). Se pretende que los derechos fundamentales, principio y fin del Estado, pueda 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 (7).

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 sólo está sujeta a la ley. El parlamento no tiene libertad para configurar la ley. Las normas jurídicas no sólo 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 (8), incluyendo al poder

legislativo, que tiene la obligación de adecuar el sistema jurídico a los estándares internacionales (9).

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 (10).

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 les 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 sólo se producen en un Estado Social de Derecho o, como también se lo conoce en la doctrina, en un estado democrático constitucional (11).

### **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 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 (12). 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 corresponde 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 (13). Éstas a su vez se subdividen en cinco categorías que, como se aprecia en el siguiente cuadro e insistimos, involucran a todos los poderes y funciones del Estado.

<b>Tipo de garantía</b>	<b>Objeto</b>	<b>Responsable</b>
De regulación (adecuación)	Reconocimiento, desarrollo y reformas de los derechos fundamentales a través de normas jurídicas.	Poder legislativo
De control y fiscalización	Supervisión de la 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 podría realizarse la vida en común. Estos principios guían el quehacer de todos los poderes del Estado. El Congreso dicta leyes 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 (aún 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 (14).

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 (15).

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 parecería ser la práctica ecuatoriana. Este órgano autónomo suele denominarse Tribunal Constitucional y teóricamente fue concebido por Kelsen (16).

Un tercer modelo, que podríamos llamarlo 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 le podríamos llamarlo mixto “autónomo”. Por un lado, cualquier juez podría inaplicar una norma por considerarla inconstitucional. 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” (17).

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

<b>Las garantías judiciales</b>	
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” (18).

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 debería caracterizar al Estado constitucional o social de derecho, 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 (19). Este prejuicio a una de las garantías fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, ha llevado a no pocas iniciativas para restringirla. Así, 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 podría ser considerado abuso de un derecho, de las garantías constitucionales para alterar una realidad de violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

¿Hasta cuándo 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 “abusar” 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 se trata de derechos humanos fundamentales, también cualquier persona que conozca de la violación de un derecho debería 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 podría 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) (20).

No cabe esa distinción clásica y ya caduca de que sólo 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 jurisprudencia (21) y doctrina (22) confirman lo contrario.

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 (23).

De más decir que se podría 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* (24).

No hay que olvidar, finalmente, que se podría 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 norteamericana (25), el famoso artículo uno de la Ley Fundamental Alemana, como que alude al concepto abstracto de la “dignidad” (26) o el artículo 16 de la Constitución ecuatoriana, que manifiesta que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución” (27).

c) *Los formalismos*: Se podría juzgar a la administración de justicia por su accesibilidad. Entonces, el sistema podía ser abierto, si era 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 (aún cuando se recomiende y el estado debería 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 podría ser hasta penalmente responsable.

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 podría distinguir dos tipos de procedimientos: uno ordinario y otro constitucional. El ordinario está conformado por todos esos juicios, de raíz civil, penal y administrativa, 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, aún por el principio clásico de la especialidad, se deberá dar importancia a las que se refieran a derechos.

Entonces, los jueces y tribunales deberán dejar de lado sus juicios ordinarios y deberán 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 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 sólo ameritan pruebas sino contar con criterios especializados para resolver. Por ejemplo, nadie dudará 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 sería facultativa para el juzgador. Si el juez o tribunal se forma criterio con la intervención de las partes, la prueba podría convertirse en una formalidad más que retarde innecesariamente el proceso.

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

f) *El cumplimiento inmediato*: Resuelta 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 razonable 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 podríamos distinguir dos sistemas. El uno que tiene un órgano especializado, autónomo de la función judicial. La ventaja de

este sistema es que podríamos encontrar más de un argumento para sostener que conviene un órgano que este 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. En este podría ser una sala de la máxima corte de justicia o, como sugerimos nosotros, que sea la corte 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 debería 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, habría una tendencia a reforzar y anquilosar la justicia ordinaria, que no puede ser ajena a los derechos humanos, y además resultaría una reforma costosa (especializar a ciertos jueces, crear juzgados, imposibilidad de hacerlo en ciudades pequeñas, etc).

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 sólo 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 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 convertiría, 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 procedimiento 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 estar previstas en la constitución (amonestación, multa, destitución), o pueden ser de otro carácter, de acuerdo lo que el juez o el tribunal dispongan.

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 conocería 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 tiene en común con el anterior que requiere un acto u omisión que viola derechos humanos, y se diferencia en que no existe daño grave de por medio, pero si un daño ocasionado por la violación de derechos. Este sería un juicio de conocimiento o de fondo. El juez o tribunal dicta sentencia y declara la violación de un derecho y, consecuentemente, deberá repararlo íntegramente.

El amparo reparativo es residual. Si hay una manera distinta de resolver la violación por vía ordinaria y esta es eficaz, hay que acudir a ella. Por ejemplo, si la pretensión es investigar y sancionar a los responsables, deberá 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.

c) *La reparación integral*: Los conceptos civiles de indemnización no son suficientes, no sólo porque abordan un aspecto específico del daño sino porque no fueron instituciones diseñadas 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 con la persona (29).

No podría 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 a 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 abriría un incidente dentro de la misma causa que tendría prioridad y sería resuelto inmediatamente. Si no hay respuesta favorable, cabría el amparo. Habría que discutir si este amparo sería conocido por el juez o tribunal de primera instancia o si se lo presentaría al juez a quien correspondería, por la competencia, conocer la apelación. Parecería 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 conocería la Corte Constitucional.

## **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 conocida como “amparo de libertad” o “amparo judicial”.

Si uno lee con detenimiento el “amparo de libertad” 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 humano. Si a este le juntamos otro, el principio de progresividad, tendríamos como resultado que la Constitución debería regular de acuerdo a las normas más protectoras.

Desde esta perspectiva, como podrá 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 otros en los que 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 sólo 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 tendría validez alguna y esa persona tendría que salir en libertad, además que este hecho, desde la perspectiva penal, no podría quedar impune.

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

recurso de hábeas 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 habría que enfatizar, podría 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 cabría 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 podría concurrir al lugar de detención.

La resolución deberá tomarse en el acto o audiencia cuando el juez o tribunal ha llegado 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 -sólo puedo decidir si tengo información, derechos civiles -sólo puedo ejercer mis libertades si tengo información, derechos sociales –sólo puedo saber si soy elegible a programas de vivienda, si tengo información sobre ellos, derechos colectivos –sólo 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 existiría.

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, existirá la posibilidad de la revisión judicial. Así se evitaría 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 debería tomar medidas, cuando fuere el caso, para entregar la información, que serán las mismas de las acciones constitucionales. De igual modo, si existe riesgo de desaparición o destrucción de la información, el juez o tribunal debería 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.

Parecería 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 podría 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 garantizaría en cuanto a la forma de designación y remoción. Lo designaría el Consejo Nacional de la Judicatura, suponiendo que este fuere independiente 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 sólo cabría por actos determinados en la ley, después de un debido proceso y por parte de un órgano independiente, que podría ser el Consejo Nacional de la Judicatura.

Tenemos que reconocer que los mecanismos de selección de los funcionarios son clave y que no estamos seguros en la propuesta. Podría 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, deberá ser motivo de un profundo y serio debate.

\* Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Master en Derecho (LLM) por Columbia University, docente del área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar y profesor de Derechos Humanos de la PUCE.

ravila@uasb.edu.ec

## Notas:

- <sup>1</sup> Constitución Política del Ecuador, Art. 1: "El Ecuador es un estado social de derecho..."
- <sup>2</sup> Para apreciar el proceso histórico con perspectiva política y jurídica, se recomienda leer el libro de Juan Ramón Capella, *Fruta Prohibida*, Editorial Trotta, Madrid, 3ra edición, 2001. Libro al que debo muchas de las ideas expresadas en este capítulo.
- <sup>3</sup> Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Editorial Trotta, España, p. 56.
- <sup>4</sup> 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."
- <sup>5</sup> Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad del Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N. 1, Colombia, 1995, p. 53.
- <sup>6</sup> Ver Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 3ra edición, 2002, pp 50-55.
- <sup>7</sup> Antonio Manuel Peña Freire, op. Cit. p. 64.
- <sup>8</sup> 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).
- <sup>9</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 2.
- <sup>10</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 48 y Art. 61.
- <sup>11</sup> Sobre la evolución y la implicancias del concepto, ver Gustav Zagrebeltzky, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 4ta. Edición, 2002, p. 33 en adelante.
- <sup>12</sup> Ver Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 45-52.
- <sup>13</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales, Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, España, 1999, pp 501-546.
- <sup>14</sup> Las características, en términos de estándares internacionales, lo encontramos en la Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 25 y Art. 8.
- <sup>15</sup> El hito histórico, mediante el cual se establece la institución del *judicial Review*, es el caso *Marbury v. Madison* (1803). Ver Edward W. Knappman, *Great American Trials*, Visible Ink, U.S.A, 1994, pp. 68-71.
- <sup>16</sup> Ver Francisco Zúñiga Urbina, "Derechos humanos y jurisprudencia del tribunal constitucional 1981 - 1989: el pluralismo político e ideológico en Chile", *Ius et Praxis* v.9 n.1, Talca 2003, <http://www.scielo.cl/scielo> (visita 28 de mayo 2007)
- <sup>17</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez, op. cit. p. 513.
- <sup>18</sup> Antonio Manuel Peña Freire, op. Cit., p. 28.
- <sup>19</sup> "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, 2da. Edición, Quito, 2006, p. 11.
- <sup>20</sup> 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.
- <sup>21</sup> 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*, Second Edition, Oxford University Press, 2000, 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*, Second Edition, Oxford University Press, 2000, pp. 286-291.; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales, en Oficina Colombiana del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Bogotá, 2003.
- <sup>22</sup> Ver Lúgía Bolívar, "DESC: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes" en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios Básicos, Vol. V. Págs. 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, Trotta, España, 2002.
- <sup>23</sup> 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.
- <sup>24</sup> Existen normas imperativas no escritas que pueden ser invocadas aún contra 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 Henkacrts y Louis Doswald-Beck, *Costumary international humanitarian law*, ICRC, Cambridge, 2005.
- <sup>25</sup> Ver Akhil Reed Amar, *The bill of rights*, Yale University Press, 1998, pp. 149 en adelante.
- <sup>26</sup> Alexy sostiene que a partir del sucinto texto de la ley que dice proteger la dignidad, existen ahora 94 volúmenes de sentencia del Tribunal Constitucional alemán. Ver Alexy Robert, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en edición de Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo (s)*, España, Editorial Trotta, 2003, p. 35.
- <sup>27</sup> Constitución Política del Ecuador, Art. 16
- <sup>28</sup> 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..."
- <sup>29</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Loayza Tamayo contra Perú, Sentencia de Reparaciones, 28 de noviembre de 1998, párr. 144.
- <sup>30</sup> 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
- <sup>31</sup> 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
- <sup>32</sup> Código de Procedimiento Penal, Art. 425.
- <sup>33</sup> 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.