



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas  
de Puebla A.C.  
ISSN: 1870-2147  
revista.ius@hotmail.com  
Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.  
México

Ávila Santamaría, Ramiro  
LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES: PERSPECTIVA ANDINA  
IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 25, 2010, pp. 77-93  
Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.  
Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222977004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

# LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES: PERSPECTIVA ANDINA\* THE CONSTITUTIONAL WARRANTIES: ANDEAN PERSPECTIVE

Ramiro Ávila Santamaría\*\*

## RESUMEN

*El presente trabajo aborda el tema de las garantías constitucionales en y desde la región andina: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Las Constituciones de dicha región acusan avances sustanciales en relación con la regulación de las garantías con el fin de crear un verdadero Estado constitucional de derechos. Como mecanismo para prevenir o enmendar la violación de un derecho implícito en la Constitución, las garantías constitucionales han sido inspiradas en quienes sufren las violaciones y no en los abogados y abogadas que abusan de la herramienta.*

**PALABRAS CLAVE:** *Garantías constitucionales, Constitución, derechos humanos.*

## ABSTRACT

*The present work informs about the constitutional warranties in and from the Andean region: Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru. The Constitutions in such regions, accuse substantial improvements in relation to the regulation of warranties with the purpose of creating a true Law Constitutional State. As a mechanism to prevent or emend the violation of an implicit right in the Constitution, the constitutional warranties have been inspired from those who have suffer the violation and not in the lawyers that have abused this tool.*

**KEY WORDS:** *Constitutional warranties, Constitution, Human Rights.*

\* Recibido: 10 de febrero de 2010. Aceptado: 15 de marzo de 2010.

\*\* Profesor en la Universidad Andina Simón Bolívar ([ravila67@gmail.com](mailto:ravila67@gmail.com)).

## Sumario

1. Introducción
2. La comprensión de la garantía
3. La titularidad para accionar
4. La naturaleza de la garantía
5. Los requisitos
6. El derecho protegido
7. El obligado
8. La autoridad competente
9. El procedimiento y la forma de terminarlo
10. El resultado
11. El cumplimiento
12. La medida cautelar
13. Conclusión

### 1. Introducción

Las garantías constitucionales son los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución. Sin la garantía, los derechos serían meros enunciados líricos que no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad.<sup>1</sup> Las garantías siempre han existido en las relaciones jurídicas. Piénsese, por ejemplo, en un contrato privado, que es un acuerdo de voluntades entre dos partes, en el que ambas se comprometen a realizar alguna actividad; normalmente, en los contratos se establece una cláusula de garantía en caso de incumplimiento. Así sucede también en el derecho constitucional. La Constitución podría ser considerada como un pacto social en el que constan responsabilidades de las personas, como la limitación de la libertad cuando alguien viola derechos protegidos penalmente o el pago de tributos, y obligaciones del Estado, que se manifiestan en la forma de derechos fundamentales. Los derechos y las garantías van de la mano. Las garantías frente a los derechos podrían estar en tres situaciones en el sistema jurídico: 1) no hay garantías, pero hay derechos; 2) hay garantías, pero deficientemente diseñadas, y derechos; 3) hay garantías adecuadas para cada derecho.

<sup>1</sup> Véase la doctrina sobre garantías y su relación con el Estado y la teoría del derecho en PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997; PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007; SILVA PORTERO, Carolina, "Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?", en ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 51-84.

El jurista H. KELSEN,<sup>2</sup> con absoluta claridad, determinó que una norma jurídica debe contener una condición (hipótesis fáctica) y una obligación, de tal forma que cuando en la realidad se produce la condición, un juez, a través de la imputación, determina la obligación. La garantía de los presupuestos estaba en la misma norma. Si no existía la obligación, en la lógica positivista, era imposible que un juez interviniere. Obligación y derecho se confunden. Si no hay garantía no existe derecho.<sup>3</sup> Un derecho que no establezca una garantía resulta una promesa ilusa e irrealizable, y se debe evitar esta posibilidad.

En la historia del constitucionalismo, los derechos fueron establecidos sin garantías constitucionales. Los únicos derechos que se podían exigir eran aquellos regulados por el derecho ordinario. Esta característica es propia de los Estados legales de derecho, Estados de derecho o Estados liberales. Por ejemplo, el derecho a la vida se podía garantizar a través de la tipificación en los códigos penales; el derecho a la propiedad y a la autonomía de la libertad se garantizaba a través del derecho civil. Quizá, a nivel constitucional, la única excepción era el derecho a la libertad de movimiento, que se garantizaba a través del hábeas corpus. En el siglo xx, las Constituciones en la tradición europea continental, de la que nosotros somos herederos, establecen múltiples derechos; los catálogos de derechos humanos aumentan considerablemente a finales del siglo xx. En Ecuador, desde 1945 se reconocen progresivamente los derechos sociales.<sup>4</sup> Constituciones como la ecuatoriana de 1998 reconocen múltiples derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos. Sin embargo, la garantía es deficiente. Sólo opera la garantía constitucional en casos excepcionales: cuando se trata de violaciones a derechos que sean graves e inminentes (garantía cautelar) o cuando no exista otra vía para repararlos (garantía subsidiaria), cuando se trataba de derechos civiles (garantía excluyente). Por eso el llamado de N. BOBBIO de evitar las discusiones sobre los fundamentos de los derechos cuando ya están reconocidos, y pensar en la forma eficaz de garantizarlos.<sup>5</sup> Las garantías adecuadas son aquellas que están diseñadas para todos los derechos reconocidos y que son eficaces porque producen el resultado previsto, que es reparar la violación de derechos.<sup>6</sup> Si la garantía está bien diseñada, el cumplimiento sería cabal. En la teoría garantista de L. FERRAJOLI, la existencia de un derecho

<sup>2</sup> KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, 4a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 2003.

<sup>3</sup> La teoría de KELSEN corresponde a presupuestos de la lógica simbólica. Si p entonces q; no q, por tanto no p. "p" es la condición/el derecho, "q" es la obligación. Si no hay obligación, luego no hay derecho.

<sup>4</sup> PAZ Y MIÑO CEPEDA, Juan J. y PAZMIÑO, Diego, "El proceso constituyente desde una perspectiva histórica", revista *La Tendencia, Análisis Nueva Constitución*, Quito, 2008, p. 36.

<sup>5</sup> Véase BOBBIO, Norberto, "La era de los derechos", *El tercero ausente*, Ediciones Cátedra, 1997, pp. 154-173.

<sup>6</sup> Véase FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed., Costa Rica, IIDH, 2004, pp. 303-316.

demandó la creación de una garantía adecuada.<sup>7</sup> Si no existe la garantía hay una omisión por parte del Estado, ya legislador, ya juzgador, que debe considerarse como una inconstitucionalidad. En la garantía adecuada, todos y cada uno de los derechos debería tener un mecanismo para la reparación del derecho, con procedimientos constitucionales cabales, sencillos y rápidos. En este supuesto, el procedimiento lleva a una solución de fondo, y no cautelar, subsidiaria o excluyente. Estas garantías son propias de los Estados constitucionales y sociales de derecho; es más, el régimen de garantías para la totalidad de los derechos es el mejor modo de profundizar la democracia.<sup>8</sup> Las Constituciones anteriores a la “ola” del constitucionalismo andino, que comienza con la de Colombia en 1991, se encuentran, dependiendo de las violaciones a los derechos de que se trate, en los supuestos (1) y (2), por no regular garantía alguna en ciertos casos, como los derechos sociales con dimensión colectiva, y por regular la garantía de forma deficiente, como el amparo para reparar integralmente una violación. La mayoría de nuestras Constituciones, en cambio, se ubicaría en el supuesto (3), como se pretenderá demostrar. Para comparar las cinco Constituciones lo haremos de acuerdo con algunos parámetros: *a)* la comprensión de la garantía; *b)* la titularidad para poder accionar; *c)* la naturaleza de la garantía; *d)* los requisitos; *e)* el derecho protegido; *f)* el obligado; *g)* la autoridad competente; *h)* el procedimiento y la forma de terminarlo; *i)* el resultado; *j)* el cumplimiento, y *k)* las medidas cautelares.

Debemos reconocer ciertas limitaciones de este trabajo, dado que las Constituciones deben ser leídas como parte del sistema jurídico en general, que comprende leyes, jurisprudencia y otras fuentes del derecho, y como parte de un entramado constitucional en particular, a través del cual se debe entender una norma en el contexto de la Constitución. En este sentido, muchas instituciones han sido analizadas fuera del sistema jurídico y de su contexto constitucional. Cuando afirmamos, por ejemplo, que la Constitución de Colombia no permite la justiciabilidad de los derechos sociales o el control constitucional de providencias judiciales, se podría señalar que esto es cierto desde una perspectiva netamente formal, pero que está alejado de la verdad si se lo mira desde el sistema jurídico. En efecto, la Corte Constitucional ha reconocido jurisprudencialmente que los derechos fundamentales no se circunscriben a los derechos considerados como inmediatamente exigibles, y ha interpretado la Constitución de tal forma que cabe el control de sentencias bajo la teoría de la “vía de hecho”. Finalmente, y

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales y garantía”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 36.

<sup>8</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p. 60.

esto por ser la Constitución del país en el que vivo y la que me dedico a estudiar, dedicaré mayor énfasis a comentar la Constitución de Ecuador de 2008.

## 2. La comprensión de la garantía

A la garantía, en la visión tradicional, se la entiende ligada fundamentalmente a la acción judicial y se la confunde con los derechos. En este sentido, la concepción de la garantía es restrictiva. Desde el constitucionalismo contemporáneo, la garantía está profundamente vinculada al Estado y separada de los derechos. Todo el Estado tiene sentido y fundamento en la protección de derechos y es entendida como un mecanismo a través del cual se hacen efectivos. Pero la comprensión no termina ni se agota con el Estado. Por ello, autores como G. PISARELLO sostienen que existen garantías institucionales (estatales) y extra institucionales (sociales) que son, en último término, las que alimentan, sostienen y legitiman el sistema institucional de garantías.<sup>9</sup> Las Constituciones andinas proclaman, sin excepción, que sus Estados tienen como deber o fin esencial la garantía de los derechos.<sup>10</sup> La Constitución de Ecuador de 2008 le da al tema de las garantías una relevancia fundamental y lo concibe de manera integral. La garantía corresponde a un título independiente de los derechos y no se restringe a lo judicial.

Existen dos clasificaciones de las garantías: la una en función de los poderes del Estado y la otra en relación con los derechos y con el rol de la justicia constitucional. En relación con la primera, las garantías son de tres tipos: normativas, políticas y jurisdiccionales. Por las garantías normativas (artículo 84), cualquier autoridad del Estado que tenga facultades para normar, como el Parlamento al dictar leyes, el presidente al dictar reglamentos, los consejos municipales al dictar ordenanzas o los ministros al emitir una resolución, está obligada a adecuar esa norma a la Constitución y a desarrollar, en lo que se pueda y corresponda, los

<sup>9</sup> PISARELLO, Gerardo, "Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel", *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, cap. vi, pp. 111-138.

<sup>10</sup> Bolivia reconoce, como un deber fundamental, "garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución" (Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 9 (4)). Colombia determina, en el artículo 2, que "son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución". La Constitución de Ecuador, en su artículo 3, proclama que es un deber primordial del Estado "garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales". La Constitución de Perú establece que (artículo 1): "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". La de Venezuela, por su lado, determina, en su artículo 2, que "se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos".

derechos; por las garantías políticas (artículo 85), cualquier autoridad que realice algún plan, programa o proyecto, de igual modo, debe adaptar sus decisiones hacia la realización de los derechos; finalmente, por las garantías jurisdiccionales (artículos 86-94), los jueces controlan que los actos públicos no violen los derechos. No existe, en otras palabras, poder del Estado que no sea garante de los derechos reconocidos en la Constitución, y tampoco existe derecho alguno que no pueda ser exigido. En estos sentidos, el enunciado de que el máximo deber del Estado es proteger los derechos (artículo 11.9) cobra sentido. Las garantías jurisdiccionales, a su vez, se clasifican en aquellas que protegen todos los derechos, que se denominan “de protección”; las que protegen el derecho a la libertad (privación arbitraria de la libertad), integridad física (tortura) y vida (desaparición forzada), que se denominan “hábeas corpus”; las que protegen el acceso a la información pública; las que protegen la intimidad; las que protegen la eficacia del sistema jurídico, que se llaman “acción de cumplimiento” y, finalmente, aquellas que protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario, que se denominan “acción extraordinaria de protección”. Además, tenemos las medidas cautelares, que equivaldrían al tradicional amparo.

### 3. La titularidad para accionar

La titularidad para accionar (acudir ante una autoridad judicial y poner en conocimiento la existencia de una violación de derechos) se denomina legitimidad activa. En el derecho clásico, vinculado con el derecho privado, la idea dominante es que el titular del derecho subjetivo es quien tiene derecho a presentar una acción. En el derecho público, en cambio, es de interés general que no se produzcan violaciones a los derechos y por tanto la titularidad es popular (*actio popularis*). La Constitución de Bolivia parecería que restringe la posibilidad de ejercer la acción constitucional de amparo exclusivamente a la persona que actúe “por sus propios derechos”,<sup>11</sup> quizá porque reconoce, al mismo tiempo, la acción popular que amplía el concepto de legitimidad activa.<sup>12</sup> La teoría del derecho subjetivo, a la que invoca esta formulación, restringe la posibilidad de tutela constitucional. En cambio, la Constitución de Ecuador de 2008, al igual que la colombiana,<sup>13</sup> permite que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad” (artículo 86.1) pueda proponer acciones constitucionales. La violación a los derechos humanos no puede ser ajena a persona o grupo

<sup>11</sup> Constitución de Bolivia, artículo 129.

<sup>12</sup> Constitución de Bolivia, artículo 135.

<sup>13</sup> Constitución de Colombia, artículo 85.

de personas alguno. Al Estado y a la comunidad les interesa que se sepa cuando hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos. Este avance constitucional, que podría ocasionar escándalo a los tratadistas tradicionales del derecho, no es nada nuevo en la legislación nacional y menos aún en el derecho internacional. A nivel constitucional se ha establecido algo parecido para el hábeas corpus y en la práctica se admite que cualquier persona demande la libertad de quien se encuentra privado ilegítimamente,<sup>14</sup> y la misma Constitución de 1998 prevé que cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, puede ejercer las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico del país para la protección del ambiente.<sup>15</sup> A nivel legal, en las normas procesales penales se permite que cualquier persona haga del conocimiento del fiscal la existencia de una infracción penal. A nivel del derecho internacional de los derechos humanos, cualquier persona puede concurrir ante la Comisión de Derechos Humanos para denunciar la violación a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>16</sup> Lo mismo que sucede con los atentados a la libertad, al ambiente, a los bienes jurídicos penalmente protegidos y a los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe suceder con las violaciones a los derechos humanos constitucionalmente reconocidos. En otras palabras, no se puede tolerar impasiblemente la violación de los derechos humanos sin recurrir a las acciones constitucionales para que se los respete. Las Constituciones de Perú y Venezuela no regulan este aspecto procesal importante y dejan su libre configuración al derecho secundario.

#### 4. La naturaleza de la garantía

Las Constituciones clásicas, al regular las garantías, particularmente el amparo y el hábeas corpus, lo hacen como acciones cautelares. Esto es que sólo proceden excepcionalmente cuando se produce una violación de derechos que tiene la característica de grave e inminente. Desde esta lógica, las violaciones de derechos que no califican bajo estos parámetros, simplemente no son exigibles constitucionalmente. Se supondría que existe una acción en el derecho ordinario que declararía la violación del derecho y la reparación. Esa acción, cuando el agente violador es el Estado, debería encontrarse en el derecho administrativo. Sin embargo, el derecho administrativo en nuestros países no se ha desarrollado de

<sup>14</sup> Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 93.

<sup>15</sup> Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 91, último inciso.

<sup>16</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 44: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".

forma adecuada o no se ha visto como un camino adecuado para la exigibilidad de derechos. Las Constituciones de la región no determinan con claridad la naturaleza de la garantía. La Constitución de Ecuador de 2008 precisa los conceptos y llena un vacío intolerable en el derecho ecuatoriano al establecer que las garantías son tanto cautelares como de fondo o conocimiento. Se solicita la medida cautelar cuando se trata de evitar una violación, acción preventiva, o cuando se debe detener la comisión de una violación de derecho, acción que hace cesar un acto, sin importar la gravedad. Se solicita la acción de protección cuando la violación ya se ha consumado y es una acción reparadora. En la acción cautelar no existe procedimiento judicial y el juez debe actuar de inmediato y tomar cualquier medida siempre que sea efectiva; esto no sucede en la Constitución de 1998, que, a pesar de ser un proceso sumario, no deja de ser un procedimiento burocrático, lento frente a la inminencia y, en consecuencia, inútil. En la acción de conocimiento, si el juez comprueba la existencia de una violación, debe declararla y reparar a la persona o colectivo que la ha sufrido.

## 5. Los requisitos

Las Constituciones clásicas determinan que deben cumplirse tres requisitos para que el amparo proceda: un acto u omisión ilegítima de una autoridad pública; la violación de un derecho consagrado en la Constitución, y la existencia de un daño grave e inminente. Los tres requisitos, según ha señalado el Tribunal Constitucional de Ecuador, deben ser concurrentes, y si falta uno, la acción de amparo es rechazada. La ilegitimidad se ha interpretado como el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la ley de manera formal; la gravedad se ha entendido como la producción de un daño considerable y la inminencia como un vínculo temporal entre el hecho y el daño, que debe ser inmediato. En la práctica, por ejemplo, si un agente del Estado logra demostrar que se han cumplido todos los actos, no tiene sentido analizar los otros requisitos. Así, ante un reclamo por la construcción de una carretera en un área protegida (parque nacional Yasuni), el Tribunal consideró que al existir consulta previa y estudios de impacto ambiental no tenía sentido analizar la violación del derecho y el daño, cuando lo que se demostraba en la acción era precisamente el daño. El hábeas corpus, a su vez, procede cuando se produce una ilegal privación de la libertad (no exhibir la orden, no cumplir con los requisitos legales, presentar vicios de procedimiento o si no se justifica el fundamento del recurso). En la práctica, cuando el agente del Estado presenta la boleta de detención con todos los requisitos formales no procede el recurso, aun cuando al momento de la detención

no se haya presentado la boleta. El requisito de subsidiariedad, que es explícito en las Constituciones de Bolivia y Colombia,<sup>17</sup> implica que se deben agotar otras vías para que proceda la constitucional. En la Constitución de Ecuador se requiere que exista una vulneración de derechos reconocidos en la Constitución, sin importar de qué tipo de acto provenga, de qué autoridad ni qué condición tenga la persona víctima. Esto es, la violación de un derecho humano podría producirse por un acto administrativo, una norma, una política pública, un acto u omisión que proviene de un agente del Estado o de una persona particular. La Constitución de Perú restringe la posibilidad de ejercer la acción cuando se trate de resoluciones judiciales.<sup>18</sup>

## 6. El derecho protegido

Las Constituciones de la región, en teoría, protegen “cualquier derecho consagrado en la Constitución”.<sup>19</sup> Sin embargo, por la restricción de que, en ciertas Constituciones, la persona debía comparecer “por sus propios derechos” y que éstos debían provocar un daño grave e inminente, los derechos protegidos se restringieron a los derechos civiles, con particular énfasis en los derechos relacionados con la propiedad. Lamentablemente, la litigación de los derechos que tenían dimensión colectiva, como el derecho a la atención inmediata de la salud o el derecho a una educación de calidad, nunca pudo ser exigible. En estos casos era difícil demostrar el daño o la titularidad del derecho. En la práctica, entonces, no se pudo exigir “cualquier” derecho. En las Constituciones de la región, en cambio, tenemos una acción de carácter general que se puede aplicar a cualquier derecho, y acciones especiales para derechos específicos, dependiendo de la peculiaridad de las violaciones que se puedan producir.

## 7. El obligado

El obligado (el destinatario de la acción constitucional) en la doctrina tradicional del derecho es el Estado, y excepcionalmente las personas particulares. Así lo determina la Constitución de Colombia.<sup>20</sup> La responsabilidad para que procedan acciones constitucionales es vertical-pública. Cuando se trata de relaciones

<sup>17</sup> Constitución de Bolivia, artículo 129 y Constitución de Colombia, artículo 86.

<sup>18</sup> Constitución de Perú, artículo 200 (1).

<sup>19</sup> Constitución Política del Ecuador, artículo 95.

<sup>20</sup> Constitución de Colombia, artículo 85. Conocido es que la jurisprudencia colombiana ha tutelado los derechos violentados por particulares.

horizontales, entre iguales, opera el derecho ordinario. En las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Perú,<sup>21</sup> en cambio, encontramos lo que podríamos llamar responsabilidad vertical pública o privada. No me atrevo a decir que la acción de protección procede por cuestiones relacionadas con responsabilidad horizontal.<sup>22</sup> En realidad, la acción de protección no procede cuando las personas privadas están en condición de igualdad, por ejemplo cuando hay incumplimiento de contratos. La acción sólo procede contra particulares cuando están en relación de poder, una puede discriminar o está en situación de subordinación o indefensión.

## 8. La autoridad competente

Las Constituciones de Bolivia, Colombia y Ecuador determinan que toda acción constitucional debe ser conocida por un juez con competencia constitucional. Se suprime, por tanto, la competencia municipal o cualquiera otra especial para conocer las acciones constitucionales. En la Asamblea de Ecuador hubo un intenso debate sobre la necesidad de contar con jueces especializados en primera y en segunda instancia. Al final triunfó la posición de dejar la primera y segunda instancia para el conocimiento de los jueces ordinarios, tal como enseñaba la rica experiencia colombiana. Algunas razones: la justicia especializada significa una erogación significativa en el presupuesto de la función judicial; si de lo que se trata es de que todos los jueces puedan ejercer control constitucional en los casos que conocen, lo más práctico es que ellos efectivamente apliquen, en las acciones de protección de derechos, criterios y perspectivas constitucionalistas; no tiene sentido que exista una desproporción entre jueces que resuelven asuntos relacionados con la propiedad y la autonomía de la voluntad y jueces que resuelven los otros derechos humanos que son muchos más y de más personas; existe una capacidad instalada que puede funcionar en cualquier momento, aunque, hay que reconocer, los jueces deben ser debidamente capacitados para aplicar adecuadamente la Constitución. En último término, todos los jueces, sin excepción, son garantes de que la Constitución sea aplicada. La segunda instancia es resuelta por las cortes provinciales de justicia. En esta instancia, que es mediadora entre la Corte Constitucional y los jueces de primera instancia, se espera que pueda incidir determinantemente en que los fallos de la Corte sean

<sup>21</sup> Constitución de Bolivia, artículo 128 y Constitución de Perú, artículo 200 (2).

<sup>22</sup> Sobre la responsabilidad horizontal en derechos humanos de las personas particulares véase POGGE, Thomas, "Los derechos humanos" y "Cosmopolitismo institucional fundamentado en derechos humanos", ambos en *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 2005, pp. 65-73 y 216-226, respectivamente; ALEXY, Robert, "Efecto en terceros o efecto horizontal", *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 506-524.

efectivamente precedentes. Nada obsta para que se creen salas especializadas a este nivel. De este modo, la Corte Constitucional deja de ser la segunda instancia y puede escoger los casos que sean relevantes para alterar una realidad de frecuentes violaciones a los derechos humanos y corregir el funcionamiento de las instituciones que las provocan. Toda Corte que genera jurisprudencia obligatoria, que tiene la última palabra en interpretación constitucional, no debe ser de fácil acceso. Para ello, no se tiene el derecho a que el caso sea obligatoriamente conocido por la Corte; se debe contar con procedimientos rigurosos de admisibilidad y, finalmente, los casos deben ser realmente paradigmáticos. Por citar algunos ejemplos de cortes que no conocen los casos en segunda instancia: la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Constitucional de Colombia. En las Constituciones de Perú y Venezuela no se especifica regulación alguna sobre este aspecto, por lo que se debe entender que ella se hará en la ley.

## 9. El procedimiento y la forma de terminarlo

El procedimiento establecido en las Constituciones tradicionales para las garantías es propio de una acción cautelar, aunque atravesado por formalismos de carácter judicial: se requiere presentar por escrito y se necesita un profesional del derecho; la citación se hace de conformidad con el procedimiento civil al no explicitar la Constitución otra manera; audiencia pública en veinticuatro horas y resolución cuarenta y ocho horas después. Este procedimiento merece algunos comentarios negativos. No resulta ser un procedimiento verdaderamente cautelar: veinticuatro horas puede ser fatal para alguien que está siendo torturado, por ejemplo. Lo cautelar debe funcionar en el momento del conocimiento de un hecho violatorio que se está produciendo o a punto de producirse. El procedimiento no menciona posibilidad alguna sobre la producción de pruebas y permite las prácticas formales de la justicia ordinaria: la citación hay que hacerla en compañía de un funcionario; las audiencias son meras formalidades, y la valoración de lo escrito es extrema. El procedimiento en las Constituciones de la región determina que debe ser breve, preferente y sumario, salvo la de Perú, que hace remisión a la ley. La de Ecuador es la única que introduce una regulación bastante reglamentaria y en la que se pretende establecer un nuevo paradigma en la administración de justicia constitucional. Algunos hitos merecen ser explicados:

- a) El procedimiento es oral en todas sus fases, que es la única manera eficaz de garantizar la inmediación y el rol activo del juez.

- b) El procedimiento debe ser sencillo, rápido y eficaz, lo que marca una distinción grande con los procedimientos ordinarios, que pueden ser complejos, lentos y cerrados, en tanto encasillados en la solución establecida en la fórmula legal.
- c) Se pueden presentar las acciones de forma verbal, consecuencia también de la oralidad, y sin citar norma alguna.
- d) No se requiere la intermediación de un abogado o abogada, pues bajo la premisa de que la administración de justicia debe ser accesible, un abogado significa normalmente un costo pecuniario y el uso de tiempo.
- e) Las notificaciones podrían realizarse por cualquier medio, como el correo electrónico, el fax, e incluso a través de una llamada telefónica. Al respecto, se dirá que lo difícil será certificar la citación, pero así como en el derecho mercantil existen formas de certificar los compromisos realizados electrónicamente, se pueden reconocer formas en el procedimiento constitucional, pues una llamada telefónica puede certificarse a través del asentamiento de una razón en el expediente.

El derecho de los derechos humanos, en general, es un llamado a la creatividad de los jueces, juezas, operadores de justicia, litigantes, víctimas. De lo que se trata es de que la justicia sea eficaz, que se resuelvan los conflictos y que se enmiednen las violaciones de derechos. La Constitución de Ecuador permite la práctica de pruebas y también de formas distintas a los procedimientos ordinarios. En cuestiones de derechos humanos se presentan conflictos que son harto complejos, como aquellos relacionados con la justicia indígena, que requiere de peritajes antropológicos, o aquellos en los que la prueba debe ser recogida de forma rápida y personal, por lo que puede ser útil una comisión para recabarla. La comisión para recabar una prueba es totalmente distinta a las pruebas introducidas en otros procedimientos, en los que hay que solicitarlas, el juez debe autorizarlas, hay citación y notificación y, finalmente, se debe elaborar un acta en la que conste la realización de las diligencias. La comisión es una forma nueva, adecuada para el procedimiento oral, por la que, en el acto, se puede enviar a una persona para que practique la prueba. Pensemos en un hábeas corpus en un hospital siquiatrónico por tratos degradantes a una persona. El juez acude personalmente o designa a un funcionario de su despacho para que verifique el hecho, entreviste a los médicos y a los familiares, y entregue un informe sobre el caso el mismo día. ¿Escándalo o eficiencia? Escándalo si el jurista está encerrado en el paradigma positivista; eficiencia si lo que se pretende es tener acciones de protección de derechos que funcionen. Este procedimiento de comisiones ha sido desarrollado

por la justicia internacional de los derechos humanos, en cuyos procedimientos se llaman visitas *in loco* o *in situ*, en el que la Comisión de Derechos Humanos, una delegación o uno de sus integrantes se traslada a un país y verifica los hechos.<sup>23</sup> Lo mismo sucedió, por ejemplo, con la visita *in situ* que realizara el Relator de Naciones Unidas para la Independencia de Jueces y Abogados, Leandro Despuj, cuando la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, contra procedimientos violatorios de derechos humanos, fueron cesadas por el Congreso en 2004.

La forma de terminación del amparo, en el constitucionalismo clásico, es la resolución<sup>24</sup> y, en otras, como la ecuatoriana, la sentencia. Realmente en la resolución está implícita la no terminación judicial del caso; por ello el juez constitucional sólo puede suspender el acto que provoca la violación de derechos. En la sentencia, en cambio, se determina la existencia de una violación y continúa abierto el caso hasta el cumplimiento. En la resolución, el juez no puede declarar que existió una violación de derecho ni tampoco repararla; en la sentencia sí. En la resolución, el accionante debe acudir a otra instancia para buscar la solución definitiva, en un proceso con formalidades; en la sentencia, en el mismo procedimiento se resuelve el asunto de fondo. En la resolución, el juez constitucional tiene poderes sumamente limitados, porque depende de otro juez la solución final de una causa; en la sentencia, el juez resuelve el conflicto.

## 10. El resultado

Parecería que el resultado de la intervención judicial es impedir la violación, detener la que está ocurriendo o suspender la que sucedió. Suspensión significa dejar provisionalmente sin efecto un acto. Por esta palabra, el Tribunal Constitucional llegó a limitarse, calificándose como “legislador negativo”. En muchos casos las resoluciones son tan escuetas que simplemente resuelven “aceptar el amparo”. Con las suspensiones de actos, propias de una medida cautelar, no se ha solucionado real e integralmente una violación de derechos. En cambio, en la Constitución de Ecuador de 2008 el resultado de una acción de protección es explícito: la declaración de la violación de un derecho, la reparación integral material e inmaterial, con especificación en la sentencia de las personas obligadas, de las acciones positivas y negativas y las circunstancias en que deba cumplirse la sentencia (artículo 86). Abismal diferencia con el constitucionalismo clásico.

<sup>23</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 48 (2); Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 40.

<sup>24</sup> Constitución de Bolivia, artículo 129 (IV).

La reparación integral ha tenido un desarrollo considerable en el derecho internacional de los derechos humanos. El principio que guía la reparación integral es que hay que procurar el *restitutio in integris*: volver a las personas o pueblos al momento anterior al de la violación de los derechos. Esto casi nunca es posible, pero ese es el parámetro con pretensión de objetividad.<sup>25</sup> La reparación, al contrario de la indemnización en lo civil, que es exclusivamente patrimonial, puede ser material e inmaterial. Material es lo que se puede cuantificar en dinero y que puede demostrarse a través de evidencias. Lo inmaterial es aquello que no puede ser evaluado monetariamente, como el trauma sicológico, la necesidad de una disculpa, la restitución en un cargo público. En este aspecto, que debe contar con la opinión de la víctima, la creatividad también es un imperativo. Hay ocasiones en que la sola sentencia puede ser una reparación adecuada, y otras en las que la reparación es tan compleja que requiere ser satisfecha en el tiempo, como la prevención de la tortura, que requiere capacitación. Al especificar que las obligaciones que emanan de una violación de derechos pueden ser negativas y positivas, la Constitución rompe con la doctrina del "juez negativo". El juez no debe limitarse a suspender actos o normas, que sería una típica acción negativa, sino que debe ordenar hacer, como construir, corregir, pagar, disculpar, formar y más. Las circunstancias a las que hace referencia la norma constitucional se refieren a que el juez o jueza debe considerar el contexto para las reparaciones; así, si a una persona, por ejemplo, se le afectó en una provincia, no tiene sentido que las disculpas públicas se las hagan en un medio de comunicación que no circula en ese lugar.

## 11. El cumplimiento

90

Las Constituciones de la región coinciden en establecer que "para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes". Podría entenderse que, aplicando la invocada creatividad, el juez o jueza tenía todas las posibilidades para ejecutar la resolución. Esto lamentablemente no ha sucedido. El juicio de garantías termina con la resolución, que no repara adecuada e integralmente una violación a los derechos. Un cambio de cultura se facilita, en parte, con una regulación que combata la práctica defectuosa.

La Constitución de Ecuador de 2008 establece algo que podría denominarse "jurisdicción abierta": "los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución

<sup>25</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del caso Loayza Tamayo contra Perú, en la sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998, ha desarrollado, como parámetro de reparación, la idea de "proyecto de vida". Véase, también, FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *op. cit.*, pp. 799 y ss.

integral de la sentencia o resolución". En otras palabras, la causa no termina con la expedición de la sentencia, sino hasta que se hayan cumplido todos los actos conducentes a la reparación integral. La sentencia no es el último paso, sino uno más. Lo que importa es la persona, no el expediente. Este procedimiento también es común en el derecho internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, no archiva las causas con la expedición de la sentencia sino hasta que el Estado certifique que ha cumplido a cabalidad una sentencia. La sentencia tampoco, por tanto, debe inhibir al juez a emitir autos posteriores que faciliten la ejecución de una sentencia. Un ejemplo claro es la sentencia sobre desplazamiento forzado emitida por la Corte Constitucional de Colombia. La ejecución de esta sentencia ha tomado varios años y varios autos que, de acuerdo con las circunstancias, se encaminan a que se ejecute la reparación establecida.<sup>26</sup>

## 12. La medida cautelar

Aunque se ha hecho referencia a la medida cautelar en párrafos anteriores, conviene enfatizar que en la Constitución de Ecuador de 2008, el artículo 87 equivale al amparo establecido en otras Constituciones, salvo que la primera es más protectora porque no califica de grave la violación ni tampoco establece un procedimiento judicial. El requisito para que proceda la medida cautelar es simplemente la *inminencia* de que se va a cometer una violación, o bien que la violación se está cometiendo. La medida cautelar previene o detiene una violación. No más. Si previene una violación, no tiene sentido que opere el procedimiento de protección de conocimiento o fondo, puesto que no se podría declarar una violación que no ha ocurrido. Si detiene una violación, seguramente el juez deberá, además de resolver la medida cautelar, iniciar un procedimiento para determinar la violación y la reparación. Por estas distinciones, la Constitución establece que "se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección" (artículo 87).

En cuanto al procedimiento, las Constituciones que establecen el amparo cautelar regulan un procedimiento breve, pero rígido, que no se compadece con la realidad de una violación a los derechos humanos que se está produciendo. Piénsese, por ejemplo, en la negativa de un hospital en admitir a un paciente que está muriendo porque no hay camas; el juez o la jueza, en este caso, no puede esperar veinticuatro horas, sino que debe intervenir de inmediato. La Constitución

<sup>26</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-025-2004.

de 2008 no establece procedimiento alguno bajo la premisa de que cualquiera vale, siempre que sea efectivo y respetuoso de los derechos. Podría ser, por ejemplo, en el caso enunciado, una resolución que se envíe inmediatamente al director del hospital mediante fax y una llamada telefónica. En el procedimiento de medidas cautelares, que no está reglado, no existe citación, notificación, prueba, validación de lo dicho por el accionante, réplica, resolución formal, apelación. El juez o la jueza, al considerar que el hecho narrado implica una violación que se está cometiendo o está a punto de cometerse, debe creer y actuar. La actuación del juez no implica que tenga efectos posteriores en un posible caso de juicio de conocimiento en la acción de protección de derechos. Por no ser un juicio contradictorio ni tener un procedimiento reglado, la resolución no equivale a prueba de un hecho violatorio o a la determinación de conducta alguna. De hecho, puede suceder que lo denunciado sea falso. En este caso, la resolución no debe cumplirse por no ser cierta.

Las medidas cautelares tampoco son un invento y una distinción ecuatoriana. Las medidas existen en el sistema de protección internacional de derechos humanos, tanto a nivel regional<sup>27</sup> como universal.<sup>28</sup> El procedimiento es sencillo y rápido. Se envía un fax denunciando el hecho que está ocurriendo o por ocurrir y, de considerarse necesario, el órgano internacional inmediatamente responde para evitar que suceda o se detenga el acto que provoca la violación de derechos. El proceso cautelar, al igual que en el diseño ecuatoriano, no significa prejuzgar sobre el asunto de fondo.

### 13. Conclusión

Las Constituciones de la región andina traen avances sustanciales en relación con la regulación de las garantías. Todos los derechos y de todas las personas podrán ser exigidos. Se ha abierto una puerta tan grande como numerosas son las violaciones a los derechos en nuestros países. Es de esperar que las cortes que tienen la competencia más alta para aplicar la Constitución y los jueces que ejercen competencia constitucional sepan distinguir entre los derechos fundamentales y los derechos que pueden ser exigidos por la vía ordinaria; de igual modo, es de esperar que esta herramienta la usen los más necesitados y no los que tienen mayor acceso a la administración de justicia. Sin duda, las garantías han sido inspiradas en quienes sufren las violaciones –que FERRAJOLI denominaba los “más

<sup>27</sup> Véase FAÚDEZ LEDESMA, Héctor, *op. cit.*, pp. 510-594.

<sup>28</sup> Véase VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 773-822.

débiles” – y no en los abogados y abogadas que abusan de la herramienta. No podía ser de otro modo si lo que se quiere es un verdadero Estado constitucional de derecho. La famosa frase de DWORKIN de que hay que tomar los derechos en serio ha sido reiteradamente usada en la academia ecuatoriana para referirse también a tomar la Constitución en serio. Pues ahora la retomamos para hacer un llamado y tomar las garantías en serio. Las garantías corrigen las anomalías cometidas por los agentes del Estado o por las personas que tienen poder. A mayor respeto de los derechos, menor uso y menos necesidad de las garantías. Si alguna autoridad pública tiene miedo de responder judicialmente, lo que debe temer, en realidad, es no provocar la necesidad de acudir a un juez. En Colombia existe un antes y un después de la Constitución de 1991, no sólo para la cultura jurídica, por la renovada doctrina que aportó la Corte Constitucional, sino para la administración de justicia.<sup>29</sup> Los jueces y las juezas siempre han sido vistos como lejanos, y percibidos como un actor desconfiable. Los jueces y juezas tienen ahora la oportunidad, al aplicar los derechos que están en la Constitución, de servir por fin al pueblo, al más vulnerable, al que enfrenta los abusos de autoridad y poder, y no a los abogados más prestigiosos, influyentes o que pueden pagar. Nuestras Constituciones exigen jueces y juezas comprometidos, con considerables dosis de imaginación jurídica y hasta cierta inventiva judicial,<sup>30</sup> activistas, comprometidos no con la ley sino con los derechos. Las garantías permiten que los funcionarios del Estado, particularmente los jueces y juezas, puedan alterar la realidad de exclusión, discriminación y sufrimiento. ■

[Volver al Índice >>](#)

<sup>29</sup> Véase GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César, “La acción de tutela”, en SOUSA SANTOS, Boaventura de y GARCÍA, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, 2004, t. I, pp. 423-454.

<sup>30</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La teoría general del garantismo”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *op. cit.*, p. 29.