

RUBÉN FERNANDO CALLE IDROVO

**EL
MECANISMO
DE
TUTELA
CONSTITUCIONAL
EN LAS
RELACIONES SOCIALES**
LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN CONTRA PARTICULARES





EL MECANISMO DE TUTELA CONSTITUCIONAL
EN LAS RELACIONES SOCIALES

La acción de protección contra particulares

ISBN 978-958-769-471-0

© Rubén Fernando Calle Idrovo
drrubencalle@hotmail.com

© La presente obra ha sido registrada por LEYER Editores. En consecuencia, las características internas y externas de esta publicación, su denominación comercial y marcas son de su exclusiva propiedad. Queda, por lo tanto, prohibida la reproducción total o fragmentaria de su contenido, así como la utilización de alguna de dichas características que puedan crear confusión en el mercado.

Hecho el depósito legal

Atención al cliente: contacto@edileyer.com



EDITORIAL

Carrera 4ª No. 16-51

PBX: 2821903

Telefax (1) 2822373

Sitio Web: www.edileyer.com

E-mail: contacto@edileyer.com

Bogotá, D.C. - Colombia

LIBRERIAS

BOGOTÁ: Cra. 7ª No. 12-15 Tels. 3429097-3364200 Telefax (1) 2822373 -MEDELLÍN: Av. La Playa (Calle 52) No. 45-50 Edificio Los Búcaros Local 5 Tels. 5112926-5134983 -PEREIRA: Cra. 10 No. 19-52 Local 41 Complejo Diario del Otún Tel. 3257391 -BARRANQUILLA: Calle 40 No. 44-69 Local 2 Tel. 3406061 -BUCARAMANGA: Cra. 13 No. 35-22 Edificio El Plaza Tel. 6521055 -CALI: Cra. 7ª. No. 11-46 Tel. 8881530 -CARTAGENA: Calle del Porvenir No. 35-76 Tel. 6642062 -MANIZALES: Cra. 23 No. 26-60 Locales 8 y 9 Edificio Cámara de Comercio Tel. 8831370.

Calle Idrovo, Rubén Fernando

El mecanismo de tutela constitucional en las relaciones sociales: la acción de protección contra particulares / Rubén Fernando Calle Idrovo. 1ª ed. Bogotá: Leyer Editores, 2016.

156 p.: 14x21 cm.

ISBN: 978-958-769-471-0

1. Derecho constitucional. **2.** Acción de protección contra particulares. **3.** Amparo contra particulares. **I.** Título.

CDD21: 342 **CDU:** 342 **LC:** KHK2709.C35 2016 Cutter-Sanborn: C157

Catalogación en la fuente: Larrea / Oleas Consultores. Quito-Ecuador. 2016

*A mis sobrinos,
por hacer de su felicidad la mía.*

Agradecimientos

*A mis padres y hermanos,
por brindarme un apoyo
tesonero en los estudios.*

TABLA DE CONTENIDOS

Abstract	11
Resumen.....	11
Introducción.....	13

Capítulo I

La proyección de la eficacia horizontal en las teorías materiales de los derechos fundamentales

1.1. Teoría liberal	17
1.1.1. La concepción decimonónica del derecho público subjetivo	29
1.2. Teoría democrática	33
1.3. Teoría social o igualitaria	38
1.4. El modelo puro de justicia constitucional diseñado por Hans Kelsen.....	45
1.5. De la eficacia de la Constitución sobre el derecho a la eficacia sobre la realidad social.....	51

Capítulo II

La constitucionalización del derecho privado. El debate doctrinal

2.1. La doctrina de la <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> : su planteamiento en el derecho comparado	60
2.1.1 Alemania: la eficacia inmediata y la eficacia mediata	62
2.1.2 España	71
2.1.3 Estados Unidos (<i>state action</i>)	78

2.1.4 La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	82
2.2. Críticas a la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares	87
2.3. El contenido de las normas constitucionales dotadas de eficacia que posibilita la aplicación de la <i>Drittwirkung der Grundrechte</i>	90
2.4. Las garantías de tutela constitucional entre particulares: la jurisdicción constitucional de la libertad en el Ecuador	94

Capítulo III

La acción de protección contra particulares en el Ecuador

3.1. Características generales de la acción de protección contra particulares como garantía jurisdiccional de la libertad	102
3.2. Requisitos procesales	107
3.3. Análisis de una sentencia de la justicia ecuatoriana	129
Conclusiones	141
Referencias	149

Abstract

The modeling of social relationships due to the application of the fundamental rights in the relationships between individuals, can reach the top step of the effectiveness of the constitutional norms. The advancement of constitutionalism on the private sector has not been without criticism, today despite remaining doctrinally, has been accepted into the case law level by most enforcement agencies constitutional justice.

In this scenario, the protective action tool under Ecuadorian law allows properly effectuate and realize irradiation of fundamental rights to *inter privatos* relations. Where the ordinary judge constitutional court that safeguards fundamental freedoms seeks to balance those powers emerging in society affect the constitutional rights of others.

Resumen

La modelación de las relaciones sociales por efecto de la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, permite alcanzar el último escalón de la eficacia en la normatividad constitucional. El avance del constitucionalismo sobre el ámbito privado no ha estado exento de críticas, que hoy en día a pesar de mantenerse doctrinariamente, ha sido aceptado en plano jurisprudencial por la mayoría de los organismos encargados de aplicar la justicia constitucional.

En este escenario, la herramienta de la acción de protección prevista en el ordenamiento jurídico permite efectivizar y materializar adecuadamente la irradiación de los derechos fundamentales a las relaciones *inter privatos*, en donde el juez ordinario, como juez constitucional y garantista de las libertades fundamentales, busca equilibrar aquellos poderes que emergiendo de la sociedad afectan a los derechos constitucionales de los demás.

Introducción

El modelo liberal de Estado de Derecho siempre se ha preocupado de controlar al poder público ideando para lo cual un sistema de límites negativos oponibles al Estado. Fuera de tales ámbitos que no sea el de controlar al orden estamental, el minarquismo se presenta como el sistema que precautela las libertades y la autonomía individual por medio de la obligación de *no hacer* por parte del Estado. Las nuevas relaciones de poder radicadas en el sector privado que han terminado por rebasar la propia capacidad de control estatal como forma de garantizar el goce de libertades, han propugnado que se cuente con una nueva forma de neutralización de tales fuerzas fácticas que representadas básicamente en el mercado, relaciones laborales, medios de comunicación, etc., socavan con su actuación los derechos fundamentales de los particulares, y con ello poniendo los mismos pilares del Estado de Derecho en entredicho. Esta forma de neutralización ha sido desarrollada en la doctrina alemana conocida como *Drittwirkung der Grundrechte*, la cual implica que los derechos humanos rigen no sólo en las relaciones de los individuos con el poder público, sino que también tienen plena aplicación en los vínculos que se generen *inter privatos*.

Este trabajo al cual dirijo mi atención se compone de tres partes: En el primer capítulo desarrollo una aproximación al problema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares a la luz de las teorías materiales de los derechos fundamentales: la liberal, la democrática y social.

Luego repasamos el modelo de justicia primigenio propuesto por Kelsen y como el tránsito de una aplicación efectiva de la Constitución al derecho a una aplicación efectiva de la Constitución a los hechos, cumple de mejor manera su tutela en la protección de los derechos fundamentales cuando las relaciones son entre particulares.

Con tal marco en el segundo capítulo nos adentramos en lo que tiene que ver con la aceptación y críticas que desde mediados del siglo pasado viene adquiriendo la *Drittwirkung der Grundrechte* alemana y su influencia en determinados órdenes jurídicos como en España, Estados Unidos (bajo la figura alternativa de la *state action*), la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos; y, el sistema de jurisdicción constitucional de la libertad adoptada por el Ecuador.

En la tercera y última parte del trabajo desarrollo concretamente la garantía jurisdiccional de la acción de protección contra particulares como herramienta que en un Estado como el ecuatoriano ha optado, como forma de dotar al ordenamiento jurídico constitucional de la figura de la eficacia en la protección de derechos fundamentales.

Capítulo I

La proyección de la eficacia horizontal en las teorías materiales de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales no solamente son violentados por el Estado. Esta frase ha resonado a partir de los años cincuenta del siglo pasado como consecuencia del advenimiento de poderes fácticos que, encontrándose radicados en la sociedad desconocen en mayor o menor medida derechos y libertades de los particulares. Esto es motivado por cuanto la sociedad se ha visto transformada a ritmos más vertiginosos que a los usualmente previstos, debiendo el Estado acoplar sus regulaciones y formas a las nuevas realidades sociales que, en muchísimas ocasiones han terminado por desbordar los límites de control que el derecho puede llegar a abarcar.

Un modelo de Estado que propugne únicamente la libertad negativa como forma de dejar en las manos de los ciudadanos su destino -basados en su autonomía y voluntad-, no es posible pensar en los momentos actuales cuando un poder superior en manos privadas emerge sin límites. El problema no está en que existan poderes más fuertes por fuera del seno del Estado, el dilema radica en que tales fuerzas al lesionar libertades no puedan ser neutralizadas por un elemento determinante y fundador de todo Estado Constitucional: los derechos fundamentales.

El derecho se ha retirado en desbandada en determinados temas al no haber encontrado la forma de expresar materialmente su solución; ha dejado en manos privadas la

autorregulación sin precautelar la obligación estatal de tutelar los derechos de los particulares. Se impone a *prima facie* que en toda relación de poder (e.g empleador-trabajador) que implique subordinación, el Estado debe controlar tal despliegue de fuerza dotándole al subordinado de aquellas herramientas jurídicas que adecuándose en su dimensión constitucional adquieran mayor relevancia que las propias garantías ordinarias puedan ofrecer; a esto es lo que la doctrina *Drittwirkung der Grundrechte* pretende dar respuesta.

En un Estado legal las relaciones sociales son reguladas de diversa forma, pero principalmente a través de la ley, la cual representa la forma jurídica de la que el Estado se ha valido para garantizar la plena convivencia de los individuos en sociedad, Pero esto no ha bastado pues con el advenimiento del Estado Constitucional los derechos fundamentales al constitucionalizarse adquieren relevancia medular en un primer momento frente al Estado y hoy sin lugar a dudas frente a los particulares. De ahí que, los alcances de la ley y los derechos varían, pues en un Estado Constitucional la ley no puede ir más allá de los límites que franquea la propia Constitución; lo que no sucede con la ley en un sistema de Estado legalista en donde asume una prevalencia dejando a la Constitución como una simple declaración de buenas intenciones y nada más.

Es la irrupción de la justicia constitucional la que permite abrir el debate doctrinario en torno a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en un Estado legalista tal discusión no llegaría a plantearse en los términos que hoy se lo hacen precisamente por la falta de esa fuerza vinculante de la que adolece la Constitución y por ende los derechos fundamentales en un sistema eminentemente legal.

Si los derechos fundamentales no tendrían eficacia, dejarían de ser una base importante que los Estados se han da-

do en el proceso de construcción de su democracia (Ferrajoli, 2010b, p. 5055). El desarrollo de tales derechos adquiere relevancia mayor o menor en la medida en que sus efectos son determinantes en los ámbitos de la vida en sociedad. Su elaboración y posterior evolución en relación a la eficacia la podemos ubicar en las distintas teorías materiales de los derechos fundamentales que hasta el momento se han desarrollado. Así tenemos: 1.- La Liberal; 2.- La Democrática; y, 3.- La Social o igualitaria.

En realidad lo destacado de cada una de estas teorías para lo que nos interesa resaltar, radica en el hecho de que conforme a cada una de ellas, la articulación, significación y consecuente aplicación de los derechos fundamentales será diferente en la medida en a qué momento se haga la interpretación o reinterpretación de tales derechos (cada una concretará los contenidos de los derechos fundamentales de manera particular).

1.1. Teoría liberal

La primera teoría proclama como su máxima a la libertad y considera a este bien jurídico como inherente al género humano. Los aportes principales a esta línea de pensamiento las encontramos en John Locke, Immanuel Kant, Carl Schmitt y John Rawls. Bernal Pulido (2007), citando a Bockenforde, manifiesta que en el pensamiento liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado, el origen de estos derechos no hay que buscarlos en el nacimiento del Estado pues son preestatales debiendo el ente estatal únicamente reconocerlos y no crearlos, por lo que la forma de hacerlos efectivos radica en un deber de abstención del Estado en las esferas propias de la libertad de cada individuo (libertad negativa).

El pensamiento contractualista e iusnaturalista juega un rol preponderante en la elaboración filosófica de esta corriente de ideas. Para pensadores como John Locke, situado en la línea iusnaturalista del racionalismo y la posición contractualista, existe un primitivo estado de naturaleza en donde los hombres, en una situación de igualdad, se encuentran en perfecta libertad para ordenar sus acciones y disponer de sus posesiones de la forma más conveniente a sus intereses y dentro de los límites que le impone la ley natural, para lo cual no dependerá de la voluntad de ningún otro hombre¹. La ley natural que rige en ese “estado” la constituye la razón, que posibilita conferir a todos los hombres el derecho de defender sus privilegios fundamentales como son la vida, la salud, la libertad y la propiedad castigando a quienes no la respeten. Pero esto no es suficiente, pues resulta evidente que ninguna persona podría ser juez de su propia causa, ante lo cual se idealiza la creación de una entelequia política denominado modernamente “Estado”². Para ellos se requiere del acuerdo tácito de todos en donde se haga residir el poder en un grupo de personas pero solo en la medida necesaria para preservar los derechos fundamentales de todos los hombres. Es en este gran pacto social que renunciamos a nuestro derecho a preservarnos quedando regulado por las leyes de la sociedad hasta donde sea necesario para precautelarnos a nosotros mismos y a la comunidad en su conjunto.

¹ El pensamiento de Locke difiere de otro contractualista como Hobbes para quien en ese “estado de naturaleza” el hombre vive en permanente lucha con sus semejantes: *homo homini lupus*.

² El origen de la palabra Estado la encontramos en Italia en el renacimiento ante el problema de tener que distinguir la totalidad de las diversas comunidades políticas particulares en que estaba dividido la península itálica (Porrúa Pérez, 2012, p. 123).

El pensamiento de Locke en relación a la propiedad es determinante, para este filósofo inglés la propiedad es un derecho natural (libertad de uso) presente ya desde el “estado de naturaleza” y sin necesidad del consentimiento de nadie -pues resulta imposible de conseguirla- pero cumpliendo con dos condiciones necesarias como son el de que se deje a disposición del resto de personas el suficiente y de la misma calidad derecho a la propiedad; y, el de no tomar más de lo que podamos usar para evitar que se malogre con la acumulación. Sostiene que en el “estado de naturaleza” las personas como propietarias de una supuesta libertad absoluta son a su vez dueñas de su propio cuerpo (en el caso del derecho a la propiedad este se traduce en su propio trabajo) y su resultado: las posesiones. Para Locke el combinar lo que le pertenece a uno mismo (el propio trabajo) con un objeto que no le pertenece en un principio a nadie (*e.g* la tierra) da lugar al derecho a la propiedad y a la capacidad de excluir de tal uso a los demás. Para lograr esta elaboración se apoya en la denominada “ley fundamental de la naturaleza” como idea de que adquiriendo tal derecho se preserva a toda la humanidad. Podemos observar en esta construcción que por un lado está el derecho natural de cada persona de adquirir la propiedad pero con límites que vienen dado por la misma ley natural basada en la razón; a esto el Estado únicamente viene a declararlos y garantizarlos mediante el establecimiento de un ordenamiento jurídico constituido por normas de contenido general y abstracto, de donde el legislador como responsable principal de su elaboración debe considerar como ley natural primera y principal tanto a la preservación de la sociedad (siempre que sea compatible con el bien público) así como de todas y cada una de las personas que la componen (Rawls, 2009), evitando en lo posible intromisiones que deslegitimen su accionar.

Locke al centrar su pensamiento en torno básicamente a apenas uno de los hoy conocidos derechos fundamentales como es el derecho a la propiedad, redujo el abanico de posibilidades de que, los no propietarios puedan ser partícipes de otros derechos fundamentales como el de participación política por ejemplo, pues en este modelo de Estado solo los ciudadanos propietarios ejercen la autoridad política al momento del sufragio. El ejercicio de los derechos para unos pocos ciudadanos -los propietarios- resulta ser eficaz en desmedro de los no propietarios que a pesar de ello seguían siendo considerados ciudadanos. En este escenario podemos observar cómo se desconocen a los particulares derechos que a todos debieron ser concedidos en su momento por igual, pero este desconocimiento -secundada por la misma ley- se lo viene haciendo por parte del mismo Estado que se encuentra en manos de unos pocos.

De la doctrina de Locke en relación a la ley fundamental de la naturaleza podemos extraer que el principio es uno de carácter distributivo y no agregativo; el bien público no nos es conminable a buscarlo como máxima aspiración o desarrollo posible para beneficiar a la mayor cantidad de personas puesto que, lo que interesa también es el de preservar el interés particular que pueda tener cada uno de los integrantes de una sociedad.

El desarrollo legislativo de las libertades en lo fundamental se traduce -como ya lo tenemos manifestado líneas arriba- en una abstención o freno al Estado, el principio de la división de poderes constituye a no dudar en una forma de que las funciones se controlen entre sí, logrando de esta forma neutralizar todo posible exceso del poder estatal. Observamos sin dificultad que con esta construcción teórica con dimensión constitucional al dividir al poder público solamente se lo hace en consideración a frenar posibles

abusos que se puedan suscitar en las relaciones entre el Estado y los particulares dejando de lado una posible regulación constitucional de las relaciones entre privados. Otro principio desarrollado en los primeros momentos de los Estados Constitucionales, es el origen democrático de tales poderes, los cuales solamente nacerán y gozarán de legitimidad en la medida en que los ciudadanos le otorguen tal *status*, esto abona a la idea que hemos venido sosteniendo de que en el momento del nacimiento del Estado liberal, todas las construcciones teóricas constitucionales constituyen un control al poder estatal para garantizar de esta forma ese ámbito de libertad personal que le corresponde a todas las personas como resultado del paso del “estado de naturaleza” a la del Estado como máxima forma de organización política.

Las ideas lockeanas inciden en la revolución liberal francesa acaecida por 1789, en donde el Estado se encargará de la protección de la libertad y la propiedad, para lo cual echará mano de la figura de la igualdad formal ante la ley que obliga a todos, incluidos los gobernantes, a acatarla. Adquiere presencia el principio de la soberanía parlamentaria al otorgar derechos a las personas, siendo las concesiones de una asamblea las que determinará un mayor o menor contenido de los derechos en el patrimonio de las personas, en este panorama la ley es crucial y determinante para los derechos, la Constitución no. El Estado debe crear la estructura necesaria para la protección de los derechos, naciendo para esto los tribunales de justicia que se encargarán de aplicar en especial los Códigos Penales y Civiles como forma de superar las desavenencias que pudieran producirse entre particulares. Como forma de blindarse del *ancien regime* se acoge la división de poderes desarrollada por Montesquieu, poderes a los cuales se les

impuso un límite: el de los derechos fundamentales traducidos en una sola dirección vertical y como medio de defensa ante posibles abusos por parte del poder constituido contra sus ciudadanos, privilegiando de esta manera la autonomía privada y la libertad contractual (Julio Estrada, 2001)³.

El imperio de la ley no admite discusión en los contenidos de los contratos, pues se presupone que las partes partiendo en plena libertad e igualdad han pactado en las mejores condiciones un acuerdo al cual se someten en los mismos términos que a una ley; de lo cual el Código Civil napoleónico condensa esta última idea al preservar entre sus contenidos la garantía de la autonomía privada y de la libertad individual, Se escinde de esta forma las libertades públicas de las privadas con la creación de dos órdenes distintos: el primero regido por las declaraciones de derechos que regulaban las relaciones entre el Estado y los in-

³ El autor colombiano textualmente llega a decir: “Sin caer en tal extremo no hay que desconocer sin embargo, que un influjo de los derechos fundamentales sobre el derecho privado no era del todo extraño a la concepción ideológica de la teoría del Estado a partir de la Revolución Francesa. La declaración de 1789 no se dirigía exclusivamente contra las intervenciones estatales, apuntaba también contra los privilegios corporativos y clericales, contra las prerrogativas económicas y sociales en el derecho privado. En aquel entonces también se trataba de la realización de la libertad y de la igualdad en el derecho privado, ante todo frente a los gravámenes personales remanentes del derecho feudal”. Este comentario se ve reforzado por la cita que hace de Leisner, quien llega a concluir que el movimiento revolucionario europeo del siglo XVIII no se dirigió contra el poder absoluto del Estado, ni tuvo su origen en una exigencia de limitación de los poderes públicos, sino que surgió del antagonismo ante el privilegio, y por consiguiente se dirigió ante todo contra determinadas formas de la estructura social. A renglón seguido y para continuar con el orden de ideas, Juan Bilbao Ubillos citando al mismo Leisner en un pie de página, afirma que será más tarde con el triunfo del individualismo burgués cuando los derechos asumirán esa función de defensa frente a los poderes públicos (Bilbao Ubillos, 1997a, p. 237).

dividuos y el segundo determinado por los contenidos del *Code Civil* -conocido como la Constitución de la Burguesía liberal (Zagrebelsky, 2011)-, como instrumento fundamental de regulación de las relaciones entre particulares (Zagrebelsky, 2011); pero esta regulación nada tenía que ver con el respeto a los derechos fundamentales y si en cambio con la autonomía y libertad contenidas en las normas de derecho privado. La influencia del sistema civil repercute en el constitucional, debido a que al reformularse el sistema legal del *ancien regime* que se basaba en un *status* diferenciador a uno nuevo fundado en la igualdad, es a partir de esta configuración del sistema civil de donde el constitucionalismo empezará a tomar estos postulados dotándole a cada uno de los individuos de un conjunto indisponible de libertades absolutas frente al Estado por el solo hecho de ser persona, posteriormente veremos cómo difiere notablemente esta construcción al pasar de un estado constitucional de corte liberal en donde la ley tiene primacía a uno de dimensión constitucional con supremacía de los derechos fundamentales por sobre la ley. En el primer caso la falta de efectividad de la Constitución y por ende de los derechos en ella consagrados, no permiten una proyección de las libertades sino solo en la medida en que tiene acogida en el ámbito legal; en el segundo caso la Constitución como norma jurídica proyecta su efectividad sin necesidad de desarrollo legislativo sobre todas las relaciones jurídicas que tanto en el ámbito privado realizan los particulares (en especial la que tiene relación con la materia contractual) como en el ámbito de las relaciones con el Estado (proyección vertical); relaciones estas últimas que encontraron menor resistencia a las que reconocen la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre privados.

Immanuel Kant aporta la idea de la defensa de la libertad bajo la consideración de ser un atributo inherente a las personas, que encuentra reflejo en la denominada autonomía; es en Kant en donde el desarrollo del concepto de libertad negativa encuentra su forma al determinar límites a los poderes públicos, libertad negativa que serviría de base filosófica para la teoría liberal de los derechos fundamentales, que en su acepción mayormente aceptada constituye la facultad de hacer o de dejar de hacer algo sin coacción externa de ninguna naturaleza en especial la estatal, potestad a su vez que se torna reivindicable por parte de los individuos en caso de trasgresión. Empero Kant también sostiene que es el Estado a través de la ley la que debe armonizar la libertad de los individuos dentro del Estado (libertad en sentido positivo), desde su óptica el derecho solo busca una solución a fin de que el arbitrio de uno sea compatible con el de los demás. Este denominado “arbitrio” que debe ser necesariamente regulado por el Estado no difiere en demasía a la libertad de obrar en su sentido cabal y amplio del término, es la conjugación de un orden de valores indisponibles para el legislador lo que permite que los titulares de los derechos fundamentales encuentren en el Parlamento su optimización. De lo dicho se extrae que estas regulaciones como límites al accionar estatal no son absolutos pues solamente aplicaban para el Estado como administración pública pero no para el legislador democrático, el cual no se encuentra sujeto a nada por la primacía del concepto de imperio de la ley que dominaba en los Estados de derecho de profundo contenido liberal.

Las ideas de la Ilustración que tuvo en Kant uno de sus máximos exponentes, encontró eco en las elaboraciones jurídicas del naciente Estado liberal; se concretizó parte de su influencia al momento de darle contenido jurídico a la

naciente autonomía de la voluntad⁴, el *Code* de profundo contenido individualista se reduce en lo medular a dos grandes principios: la libertad contractual y la fuerza obligatoria de los contratos; el cual llega a tener entre los celebrantes el mismo grado de obligatoriedad que una ley. Los ciudadanos individualmente considerados tienen la plena capacidad para en ese amplio campo de la libertad se den así mismo las condiciones que más estimen oportunas y convenientes, protegiendo ese derecho con una libertad negativa frente al Estado a fin de evitar toda injerencia estatal que pudiera producirse. Al tener un contrato el mismo rango que una ley, la misma no podía situarse por encima de las decisiones que libre y voluntariamente las personas habían acordado. Bajo este esquema -y tomando en cuenta que el Estado era eminentemente legalista- no es posible que la autonomía de los particulares -presente en su mayoría en los contratos- pueda ser sometido a una influencia externa que no sea la libre voluntad de celebrarlo. Atento a esto se considera que, el principio de autonomía de la voluntad “no evoca simplemente un determinado papel -que puede ser capital- de la voluntad. Es la expresión de todo un sistema filosófico adaptado al Derecho” (Vanegas Grau, 2004).

Una idea subyacente por la cual en esta teoría no se desarrolló la constitucionalización de las relaciones privadas, radica en la restringida concepción liberal que a los

⁴ Las ideas kantianas en relación a la autonomía de la voluntad no fueron acogidas en su integridad. En relación a esto María Venegas Grau luego de citar a varios autores, concluye: “En realidad, en lo que respecta al principio de autonomía, se puede hablar de una influencia general, indirecta, de la filosofía de las Luces, pero no de una transposición de esta al ámbito del derecho positivo ni de las construcciones doctrinales jurídicas” (Venegas Grau, 2004, p.40).

poderes -a los cuales se les debía controlar- solo se los encontraba en la esfera pública, mientras que la sociedad civil y el mercado eran parte de las libertades y autonomía individual a la cual no debía acercarse el Estado⁵; de ahí que se afirme que la expresión Estado de Derecho en el ámbito constitucional signifique la sujeción del Estado (léase poderes públicos) al Derecho y no se piense en regular y someter a controles aquellos poderes privados que se ubican fuera de esta orbita. En el Estado radicaban los poderes y en el sector privado radicaban las libertades, con esta delimitación se construyó la idea liberal de protección de derechos fundamentales, solo *para con* el Estado, el poder no debe restringir a las libertades y debe ser *a contrario sensu* necesariamente neutralizado para que aquellas puedan manifestarse.

Bajo esta óptica se enraíza el criterio de que el derecho vincula positivamente al Estado debiendo hacer todo y únicamente lo que está estrictamente establecido en la ley (principio de legalidad en materia administrativa o principio de limitación positiva de las competencias), y todo lo quedaba fuera de esto se entendía que se encontraba prohibido; por otro lado el derecho vincula negativamente a los ciudadanos como forma de defensa de su libertad entendiendo que se puede hacer en el sector privado todo lo que no se encuentra expresamente prohibido. Se observa una separación tajante entre Estado y sociedad de donde la ley constituye el fundamento en los dos casos; en el primero determina hasta dónde puede llegar el Estado y el segundo

⁵ Carl Schmitt sostiene en relación al Estado liberal burgués: “(...) la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo *ilimitada en principio*, mientras que la facultad del Estado para invadirla *es limitada en principio*” (Schmitt, 2011, p. 183).

caso fijando el límite externo de la actuación de los particulares, desprendiéndose de ello que tales actuaciones -basadas en su autonomía de la voluntad- sean muy amplias. El Estado decide replegarse para permitir el libre juego de las fuerzas sociales, las cuales sin mayor control, no muchas de las veces propicia que los intereses de la parte económicamente más débil sean arreiciados por la más fuerte, todo en nombre de los dos ejes de la regulación civilista aplicable a la relación entre privados: la autonomía de la voluntad y la libertad contractual. El Estado pasa a ocupar un aspecto secundario y supeditado únicamente -con su inacción- a garantizar la vigencia de la libertad de los particulares, que encontrando en el Código Civil su “constitución” despliega sus efectos cuando se relacionan entre sí.

Lo dicho se condensa en lo contenido en el Art. 16 de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que textualmente dice: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”.

Esta concepción clásica de la Constitución como límite al poder público implica la idea que las normas constitucionales se dirigen solo a los órganos del Estado, que ejercen precisamente funciones políticas. Implica, además, la idea de que las normas constitucionales “sustanciales” regulan solamente las relaciones “verticales” entre el Estado y los ciudadanos, y no las relaciones “horizontales” entre los ciudadanos; por lo que, queda excluido por principio que las normas constitucionales puedan ser aplicadas por los jueces como criterio para solucionar los conflictos entre particulares (Guastini, 2010).

Este modelo social burgués reposa en la consideración que la sociedad dispone de mecanismos propios de autorre-

gulación y justicia que dejados a la libre autonomía de la voluntad de los particulares y la no intromisión estatal encontraban su plena realización. Las libertades primigenias de las que disponían los individuos eran similares a la de los demás, siendo las obligaciones libremente pactadas por medio de un contrato la que garantizaba a su vez dicha equiparación; resultado de lo cual se hacía la existencia de un equilibrio de intereses más justo. En este orden de ideas el Estado no podía ser considerado como el orientador del bien común, esta habría que buscarla en el ejercicio de la libertad individual; esto trajo como consecuencia que el interés privado se ponga por delante del público, la sociedad por delante del Estado. Este era por principio limitado; aquella, por principio libre (Grimm, 2006).

El poder radicado en las libertades que el Estado debía abstenerse de controlar, ha desembocado que en aquellas orbitas privadas el derecho constitucional no ingrese sino únicamente el derecho civil el cual se fundamenta en una justicia de índole conmutativa, de donde la premisa de la que se parte es que las relaciones se han dado en igualdad de condiciones sin interesar si es que efectivamente existen o no desigualdades; aspecto esto último de lo cual se encarga la justicia constitucional en donde prima la consideración distributiva al buscar reparar las desigualdades observando los derechos fundamentales como parte del deber de todo Estado de Derecho. Los poderes privados imbricados en la esfera de las fábricas, mercado, relaciones en el seno del hogar⁶, en aquellos ámbitos particulares dentro del ám-

⁶ En el caso de las relaciones familiares y en concreto el poder de corrección que ejercen los padres sobre los niños vemos como bien traído el sugerente ejemplo de la niña Mary Ellen que, sufría maltratos por parte de sus padres y la única forma de sustraerla de tal situación fue apelando a normas que protegían a los animales (Ferrajoli, 2010a, p. 300-301).

bito general como sociedades, clubs, etc., no quieren verse sometidos a la fuerza controladora de los derechos constitucionales y apelan insistentemente a su autonomía privada como único sostén para perpetuar situaciones de dominio y sumisión.

1.1.1. La concepción decimonónica del derecho público subjetivo

El primer momento por fundamentar los derechos en la esfera de las relaciones entre el Estado y los particulares (controvertida pero importante por la influencia que ejerció en las formulaciones doctrinales posteriores) lo realiza Carl Friedrich von Gerber quien en contraposición a los derechos naturales preestatales, determina que los individuos son poseedores de derechos en la medida en que sean súbditos del Estado, sumisión que no es ilimitada puesto que una órbita de los ciudadanos quedará al margen del Estado, el cual desenvuelve su poder dentro de los límites previamente establecidos y es única y exclusivamente dentro de estos en los cuales la sumisión de los particulares al poder público se verifican. La obra de Gerber se encuentra matizada por un mayor contenido de deberes que de derechos de los súbditos frente al Estado (Julio Estrada, 2000)⁷, resultando difícil distinguir en toda su obra cual es el carácter de los derechos de las personas por su pertenencia al Estado; siendo este en virtud de una autolimitación de su soberanía la que permite que salga a flote facultades a favor de los súbditos.

⁷ En una nota al pie de la obra de Alexei Julio Estrada, se lee: “No hay que olvidar tampoco que toda la elaboración teórica de Gerber guarda estrecha relación con su papel de jurista al servicio del Estado prusiano, preocupado en reafirmar precisamente la potestad estatal y rechazar el legado liberal, cuyas últimas manifestaciones habían sido particularmente virulentas en Prusia, a raíz de la Revolución de 1848” (Julio Estrada, 2000, p. 36).

Un desarrollo mayormente elaborado por construir una teoría de derechos frente al Estado la encontramos en el aporte de la escuela alemana del Derecho público, precisamente en la creación de la institución jurídica de los derechos públicos subjetivos; la cual es elaborada en base a criterios eminentemente individualistas, pues el principal teórico: Georg Jellinek lo que hace es tomar de la órbita del derecho privado la noción de derecho subjetivo y transporlarlo al derecho público (Bilbao Ubillos, 1997a, p. 234), para esto se sirve de dos teorías previamente elaboradas como son la teoría del interés y la de la voluntad, es esta fusión lo que da origen a la teoría ecléctica de los derechos subjetivos entendido como la capacidad de obrar de una persona individual o colectiva con el propósito de efectivizar un interés dentro de los límites previstos en la ley. Jellinek reconoce la personalidad jurídica del Estado para de esta forma permitir su relación jurídica con las personas, quienes como portadores de determinadas pretensiones jurídicas para con el Estado posibilitan la presencia de los derechos públicos subjetivos. La ley tiene una posición de privilegio en las relaciones entre el Estado y los particulares, de donde el derecho de los particulares frente al Estado consiste básicamente en la capacidad de invocar normas jurídicas en su propio interés.

Jellinek en su teoría niega la existencia de unos derechos anteriores al Estado y por lo tanto que se ubiquen por encima de tal sociedad política, es al contrario ya que el Estado al autolimitar su poder soberano -concepto criticado por Duguit y Kelsen- en sus diferentes actuaciones posibilita el apareamiento de los derechos en la esfera individual de las personas. Los derechos fundamentales bajo esta concepción son oponibles en vía constitucional

indirecta⁸ únicamente frente al Estado sin que esto implique que las relaciones entre particulares no estuvieran tuteladas ordinariamente, de ahí que para su protección -la cual no tenía un ámbito constitucional como los derechos fundamentales- se acudía únicamente a las vías previstas en el derecho privado, en especial la materia civil contractual; de esta forma queda delimitada el problema de las relaciones entre particulares como un tema de derecho privado y no un asunto de derechos fundamentales con dimensión constitucional.

Los derechos bajo esta visión estaban determinados bajo una reserva de ley, era el Estado quien los creaba y solo su reconocimiento permitía su invocación siendo en consecuencia la configuración de los derechos un aspecto legal y no constitucional⁹. No se distingue entre ley y derechos como se lo hace ahora en el constitucionalismo contemporáneo, pues la dimensión de los derechos era determinada por la propia ley. Los derechos tenían una posición secundaria y de subordinación a lo que de ellos hiciera la

⁸ Hemos utilizado la expresión “vía constitucional indirecta” para referirnos al hecho concreto de que al reconocer la ley a los derechos, estos adquieren efectividad pasando a regular -en virtud de ese reconocimiento legal-indirectamente por una vía no constitucional sino legal derechos fundamentales, que hoy en día como parte indiscutible del contenido material de las constituciones contemporáneas constituyen normas jurídicas de aplicación directa de lo cual no se discute su aplicación y regulación efectiva a las relaciones verticales entre el Estado y los particulares. Este primer escenario es superado pasándose a otro en donde los particulares en sus relaciones recíprocas también deben someter sus actuaciones -para que tengan efectividad y valor- a los contenidos previstos en los derechos fundamentales.

⁹ Jellinek afirma: “El origen de los derechos públicos de los individuos no se sitúa -conviene recordar- en la Constitución, privada entonces a este respecto de carácter normativo, sino en la costumbre o, fundamentalmente, en la ley, que se erige, además, en causa principal de la pérdida de estos derechos” (Jellinek citado por Naranjo de la Cruz, 2000, p. 168).

legislatura, quienes actuaban con plena libertad de configuración. Es evidente el predominio del criterio positivista en la doctrina de los derechos públicos subjetivos que reduce los derechos a lo que digan las leyes, con la formulación de esta teoría los derechos empiezan a tomar presencia en los órdenes de la sociedad pero no termina por superar por completo la visión de un derecho público eminentemente estatalista y que se sitúa por delante de los individuos y de sus derechos. Podemos observar que el siglo XIX marca un retroceso en materia de los derechos pues la visión iusnaturalista de Locke y Kant del siglo XVIII presupone poner a los derechos por encima de lo que los Estados puedan disponer o no a través de la ley; situación contraria prevista a la de los derechos públicos subjetivos, que pretendió dar salida a un pensamiento en su lugar mayormente positivista, de hecho la mayoría de las declaraciones de derechos solo operaban como meras directrices que necesitaban de un posterior desarrollo legislativo por lo que los derechos sin la ley no tenían ninguna efectividad vinculante.

Con los conceptos utilizados por esta teoría como el principio de legalidad de la administración y el concepto de ley material como creadores de derechos públicos subjetivos se muestra como evidente que ha sido edificada para limitar los poderes del Estado -la principal preocupación de Jellinek consistió en elaborar una sistema de garantías frente al Estado-, consiguiendo de esta manera reservar un espacio de autonomía individual vedando el accionar estatal. Con todo el trabajo desplegado por Jellinek bajo los parámetros de la época bajo los cuales se hizo -como la ausencia de la fuerza normativa de la Constitución que es superada en la segunda posguerra y la reducción de las libertades a lo que diga ley y no la Constitución- es meritorio considerar

el aporte que hizo al campo de la lucha por las libertades individuales.

El predominio de la ley en el estado liberal hace imposible que la Constitución pueda tener presencia efectiva y directa¹⁰ regulando las relaciones horizontales de poder; como lo hemos visto ni aun las relaciones verticales (Estado-ciudadanos) constaban en un marco constitucional vinculante y efectivo sino que dependían de lo que diga o no diga el legislador por medio de la ley¹¹. La Constitucionalización del derecho privado con eficacia -en especial- vendría a plasmarse encontrando sus plenas formas con el advenimiento de una teoría de los derechos fundamentales con base social, pero antes de llegar a este estado revisemos algo en relación a la teoría democrática de los derechos fundamentales.

1.2. Teoría democrática

En esta corriente de pensamiento es necesario considerar las ideas expuestas por el contractualista ginebrino Juan Jacobo Rousseau, en donde se busca dotar a las personas de las mayores capacidades de darse las normas que regirán sus relaciones sociales, reduciendo de esta forma el origen heterónomo¹² del ordenamiento jurídico. Para esta teoría la

¹⁰ De hecho, Jellinek y la mayoría de pensadores de su época negaban que la Constitución pueda llegar a tener valor normativo por cuenta propia, con lo cual no se esperaba que pueda producir efectos de ningún tipo sobre las relaciones entre los particulares.

¹¹ Es necesario precisar que la efectividad de las regulaciones entre el Estado y los particulares estaba en la ley mas no en la Constitución directamente considerada. Por lo que, únicamente las normas legales que desarrollan las declaraciones constitucionales -ante la falta de eficacia directa de la *norma normarum*-, posibilitan regular las relaciones entre particulares sin necesidad de acudir a los postulados consagrados en la Ley de leyes.

¹² Entendido en el campo jurídico a la heteronomía como la subordinación a una legalidad proveniente a un ámbito ajeno.

autonomía es importante, seremos más o menos autónomos en la medida en que seamos capaces de incidir en las decisiones o medidas legislativas que se imponen sobre un conglomerado social. La persona permanece libre dentro de un Estado si participando en los asuntos de interés general (autonomía pública) llega a determinar su actuación dentro de la sociedad conforme a las normas que libremente se ha impuesto. Se busca crear con esta teoría un modelo de asociación en la cual se mitigue el poder público por autonomía heterónoma al momento de crear el derecho por uno en el cual el particular tenga el pleno derecho a participar en la toma de las decisiones políticas relevantes.

Habermas alejándose de la corriente iusnaturalista -y en una teoría del discurso adaptada a las complejas sociedades actuales-, en relación al derecho moderno llega a sostener -en base a dos coordenadas- que el mismo parte de un contenido positivo fundamental en donde el sistema jurídico hoy imperante -hincado en condiciones explícitas de un agente soberano- puede ser cambiado el día de mañana por otro ordenamiento jurídico; conjuntamente con esto -refiriéndose a la segunda coordenada- no se puede negar que la presencia de que un derecho óptimo, demanda tener que observar el contenido pluralista de valores y visiones del mundo actual; con lo cual se rechaza que se pueda imponer en una sociedad un determinado derecho alienante y totalizador no compartido por esa sociedad multicultural a la cual pretende regir. Habermas llega a manifestar que las condiciones que otorgan legitimidad a un orden normativo deberían ser las mismas que caracterizan a un orden democrático, haciendo descansar la validez sociológica o no de un orden jurídico¹³ en la mayor o menor medida en que los

¹³ Las otras dimensiones de validez a las que se refiere Jürgen Habermas lo constituyen el concepto jurídico de validez que se traduce en que hayan sido

diversos integrantes de una sociedad hayan podido participar en ellos.

Relacionando lo hasta ahora manifestado encontramos que la primera coordenada expuesta por Habermas empata con un orden normativo construido bajo consideraciones heterónomas, en donde el particular no tiene posibilidades de actuar ni incidir en las leyes que el poder público en virtud del principio democrático representado en el parlamento ha resuelto poner en vigencia, muchas de las veces construyendo la libertad al tener que ser obedecido sin tomar en consideración el componente de la democracia deliberativa; en la segunda coordenada se puede observar que la presencia de la autonomía pública es evidente al partir del reconocimiento de una diversidad de personas que componen el universo de la sociedad y que solamente cuando sean partícipes en las decisiones que tomen el poder público, estarán revestidas de validez conforme a los postulados habermasianos.

En el pensamiento de Habermas adquieren trascendencia vital los derechos de participación o comúnmente conocidos como derechos políticos al pergeñarse como el canal o vehículo sobre el cual transita el principio discursivo que posibilita el involucramiento de los ciudadanos en los temas de índole general; y, en concreto en el campo de los derechos fundamentales. En el Ecuador la participación ciudadana ha tomado nuevos derroteros en especial en lo que tiene que ver con el ámbito de los derechos colectivos, si bien es imposible que las personas nos pasemos en asambleas permanentes por la dificultad que eso de por sí entraña, el ejercicio de la democracia no termina únicamente

dictadas de acuerdo con el procedimiento contenido en la ley; y, el concepto ético de validez, es decir la justificación moral de las normas entendida como rectitud material o corrección de sus contenidos (Velasco, 2013, p. 97-98).

con el ejercicio del voto; trasciende hacia la denominada democracia sustancial en términos de Luigi Ferrajoli (2006) en donde el principio de soberanía popular y la regla de la mayoría (democracia política) quedan subordinados a principios sustanciales contenidos en los derechos constitucionales (democracia sustancial). En esta línea de ideas se busca superar la concepción individualista (propia de las teorías liberales) que se tiene sobre los derechos fundamentales, los cuales vienen siendo considerados no como el resultado de una interacción social sino como simples límites naturales frente a la comunidad y en virtud de su posición dominante se hace poco caso a la participación y deliberación democrática de los ciudadanos¹⁴.

Es el poder el que tiene que encontrar su legitimación en los derechos fundamentales y no al revés como se propugna con la teoría de los derechos públicos subjetivos que contradiciendo el paradigma iusnaturalista de los derechos fundamentales, les niega ese *prius* lógico y necesario anterior al Estado. Este paradigma busca ser superado, el Ecuador ha dado unos pequeños pasos en ese sentido buscando situar a los derechos fundamentales en el centro de la democracia y como posibilitadores de todo su contenido, solo en la medida en que los derechos fundamentales sean posicionados en la base de la edificación de la democracia, la

¹⁴ Las posiciones divergentes que adoptaron en su momento Kant y Hegel en relación al debate entre las posiciones liberales-individualistas y las comunitarias, son recogidas por Roberto Gargarella en los siguientes términos: "(...) mientras Kant aludía a la existencia de ciertas obligaciones universales que debían prevalecer sobre aquellas más contingentes derivadas de nuestra pertenencia a una comunidad particular, Hegel invertía aquella formulación para otorgar prioridad a nuestros lazos comunitarios. Así, en lugar de valorar -junto a Kant- el ideal de un "sujeto autónomo", Hegel sostenía que la plena realización del ser humano derivaba de la más completa integración de los individuos en su comunidad." (Gargarella, 2010, p. 125).

sociedad visualizará nuevas conquistas en materia de derechos.

El pensador alemán Carl Schmitt (2011), diferencia claramente los derechos fundamentales liberales de los derechos democráticos y de los derechos sociales constitucionales. Señala que los derechos democráticos como los de participación política activa o pasiva, de acceso igual a los cargos públicos conforme a las aptitudes cada uno, etc., tienen una dimensión política cuyo despliegue tiene lugar dentro del Estado; esto nos conduce al escenario de presuponer que ellos son exigibles únicamente en las relaciones frente al Estado. Además llegará a afirmar que estos derechos políticos no deben ser considerados ilimitados ni concedidos a los extranjeros. Esta visión sería superada en los actuales momentos en donde se propugna una participación más amplia fuera de los límites estatales -propiciada por la presencia de la teoría democrática de los derechos fundamentales- que superando los límites de la democracia eminentemente representativa, busque una democracia directa en donde por ejemplo los particulares en el seno de cualquier organización social o política, puedan exigir directamente accionando las herramientas constitucionales de la eficacia horizontal entre privados una mayor participación.

Para lo que nos interesa destacar en el ámbito del Ecuador, podemos citar como ejemplo el avance que los derechos colectivos adquieren en el escenario actual; así tenemos a los derechos consagrados constitucionalmente como el de la consulta prelegislativa a las comunidades en temas que les pueda afectar a sus derechos colectivos, o el reconocimiento del pluralismo jurídico a través de la justicia indígena; que no constituyen sino algunos ejemplos de nuevos escenarios que en una visión liberal individualista y única no encontrarían cabida. Ecuador con una nueva visión plu-

rinacional, intercultural y no patriarcal asume el nacimiento de nación que con sus múltiples identidades buscan a través de la participación en los temas de naturaleza pública, insertar sus propias opiniones acerca de cómo construir una nación post-legocéntrica, post-antropocéntrica y post-individualista.

La capacidad que pueda llegar a tener los miembros de una sociedad de darse sus propias normas es complementada con la teoría social en donde la intervención de los derechos fundamentales con esta dimensión (la social igualitaria) en todas las esferas jurídico constitucional entre las cuales están las relaciones entre particulares, propende a la edificación de una sociedad con valores compartidos.

1.3. Teoría social o igualitaria

El disfrute de las libertades en las teorías previamente estudiadas exigen un deber de abstención por parte del Estado en aquellos reductos que no son disponibles para el legislador, se cumple con garantizar los derechos fundamentales con solo la no interferencia estatal. El paso que da la teoría de los derechos fundamentales en un estado de características sociales radica en los principios orientadores de tal proceder en donde la igualdad material o sustancial -que convive con la igualdad formal propia de los Estados liberales- constituye la clave de bóveda sobre la cual el Estado dirige su accionar. Ya no es suficiente con que el Estado mantenga una posición inactiva frente a las múltiples manifestaciones de la vida en sociedad como forma de garantizar óptimamente el desarrollo de las libertades; por el contrario en el Estado social igualitario se impone que el Estado -con base en una Constitución con plena efectividad y justiciabilidad- despliegue herramientas como las políticas públicas,

normas, etc., como vías de contención de aquellos “poderes salvajes” a los que se refiere Luigi Ferrajoli (2011a), buscando de esta forma controlar aquellos poderes particulares -muchas de las veces fácticos- que encontrándose en una plena posición de dominio y al margen de la sociedad política pretenden sustraerse al acatamiento de los derechos fundamentales cuando sus relaciones son entre privados.

La revolución industrial y todas las transformaciones sociales que trajo consigo los mediados del siglo XIX, desbordó las concepciones liberales que no pudieron dar respuesta a un estado de cosas en cuyo centro se gestaban desigualdades materiales, sociales y económicas como producto importado que la industrialización y el impulso del sistema capitalista no hizo más que agrandar. Los permanentes conflictos de clase, su pugna por cambiar la base liberal del Estado empiezan a abrir los puntales que busca superar el dualismo Estado-sociedad. La interpenetración entre Estado y sociedad constituye el asiento sobre el cual se ha edificar el llamado Estado social, Estado providencia o Estado del bienestar (Esteve Pardo, 2013, p. 49-51). En este sistema el ente estatal, ya no se desenvuelve de una manera singular y puntual, ahora pretende corregir o reformar las disfunciones estructurales que en la sociedad puedan advertirse e incluso forjando mediante una de sus principales herramientas: la Constitución, un modelo de sociedad más justa. El desarrollo de este nuevo Estado demanda el tener que contar con una Constitución normativa capaz de imponerse sobre el complejo tejido social; cuerpo normativo que al ser la nueva y principal fuente de derechos destrona la supremacía de la ley de los Estados liberales.

La teoría clásica sostiene que las relaciones jurídicas entre privados son relaciones entre iguales ajenas al ámbito de

las relaciones entre sujeto y Estado en donde existe una relación de subordinación y dominación. La realidad ha reflejado otra cosa, puesto que han sido los poderes privados los que han creado exclusión y dominación más que el Estado; e, inclusive el mismo Estado ha sido sometido o ha pretendido serlo a poderes económicos, financieros, mediáticos, religiosos, etc. Con ello el poder ya no se encuentra básicamente en el Estado se ha diseminado en la sociedad, adquiriendo presencia al condicionar muchas de las veces el ámbito social a marcos jurídicos preexistentes que encubre verdaderas relaciones de abuso y dominación; por lo expuesto nos adherimos a lo manifestado por C. M. Bianca (Citada por Bilbao Ubillos, 1997a, p. 242): “también el derecho privado conoce el fenómeno de la autoridad como poder de imponer jurídicamente a otros las propias decisiones”.

La construcción de un sistema en donde se concilie a la sociedad con el Estado es la tarea a abordar en el constitucionalismo moderno; se trata de limitar al Estado en beneficio de la autonomía particular pero por otra parte ese Estado no separado del todo del conjunto de la sociedad debe ser conciliado de tal manera que no pudiera en cumplimiento de su función de garantía, separarse de los intereses sociales o bienes comunes a cuyos intereses se halla. Esto es lo que en la teoría liberal no sucedió pues en su elaboración se presentó el problema de otorgarle al Estado el suficiente poder para imponerse, pero por otro lado había que impedirle que utilice ese poder contra la autonomía y libertad individuales.

Para un libertario muchas de estas actividades desplegadas por un Estado moderno con tendencia social opuesta a un estado mínimo (minarquismo) en los términos a los que se refiere Robert Nozick carecerían de legitimidad y violaría

la libertad humana. El Estado únicamente debería de preocuparse de dar protección contra el robo, el fraude, mantener la paz, asegurar el cumplimiento de los contratos, etc., por lo que toda actuación estatal fuera de esta orbita inmiscuyéndose como correlato en las libertades individuales de los ciudadanos de una nación no poseería justificación moral suficiente para así proceder (Sandel, 2011, p. 73). En el marco liberal se visualizan los derechos fundamentales negativos o de inmunidad que implican expectativas de no lesión en oposición a los sociales consistente en expectativas positivas de prestación (Ferrajoli, 2009, p.158); es en esto precisamente en donde se encuentra la principal disyuntiva que ha visualizado el constitucionalismo en su doble vertiente a través de historia: el liberal y el social o igualitario.

La teoría de la efectividad en la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares bajo una visión social y no libertaria contenidos en las modernas Cartas Magnas, se constituyen hoy en día en una garantía de que la Constitución se encuentra “viva” y respondiendo a las nuevas realidades sociales¹⁵; se propugna por alcanzar con tales controles que, aquellos principios rectores y directrices básicas bajo las cuales ha sido concebida una Constitución sean realizables en otros ámbitos que no sean el que exclusivamente e históricamente ha sido: el de controlar el poder estatal.

Los derechos fundamentales se daban por satisfechos con el sometimiento del Estado y la política a los postula-

¹⁵ Riccardo Guastini, cuando se refiere a la concepción contemporánea de la Constitución, manifiesta que: “(...) la función de la Constitución es organizar a la sociedad civil (y no solo a los poderes públicos) y modelar las relaciones sociales (y no solo las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos)” (Guastini, 2010, p. 48).

dos constitucionales, pues en ese horizonte de carácter liberal, basada en una no intromisión estatal en la esfera privada, no tenía cabida el pensar una constitucionalización del derecho entre privados que dé como resultado la aplicación efectiva de la Carta Magna a tales relaciones, debido a que esto significaría la intromisión estatal en esferas consideradas por antaño como vedadas al actuar estatal. El encontrar en momento actuales poderes económicos, mediáticos, transnacionales, etc., superiores al Estado demanda que como todo poder -incluido el estatal- deba encontrarse sometido a los postulados de los derechos fundamentales, el escenario actual de una sociedad civil con poderes que rebasan al Estado demanda que tales libertades de los particulares también sean objeto de un control por parte de la Constitución como forma de preservar su supremacía y normatividad.

No es sino con la dotación de garantías institucionales a favor de la Constitución como el de fuerza normativa y eficacia directa, de donde progresa la idea de la constitucionalización del derecho privado reflejada en la aplicación directa e inmediata desplegada por la Constitución en el ámbito de las relaciones entre particulares; lo que se protege con esto no es en concreto a los particulares, sino lo que se busca proteger en definitiva y como *ultima ratio* es el respeto a esa idealización humana que a través de los años y con sus continuos avances en materia de derechos humanos ha permitido la convivencia social: la Constitución (Pérez Royo, 2012, p. 440). El principio de la supremacía de la Constitución no encontraría una mayor concreción material sino cuando única y exclusivamente llegue a imponerse por sobre todas las relaciones que pudieran derivarse de la vida en sociedad. El poder de las leyes ha sido insuficiente para controlar los poderes sueltos en la sociedad, de hecho

muchos grupos afectados por tales poderes han luchado por plasmar en una norma jurídica las garantías necesarias para reivindicar sus derechos, leyes como la de los trabajadores, de discapacitados, menores, mujeres., etc., no son sino el reflejo de poner freno al abusivo accionar de las fuerzas ubicadas al margen del Estado. Esta limitación al poder solo encontrará una mayor posibilidad de concreción cuando la principal de las fuentes de las obligaciones -la Constitución- pueda terminar por irradiar la fuerza de su eficacia directamente y sin necesidad de un desarrollo legislativo posterior¹⁶.

Al producirse la supeditación de la ley a los derechos en reemplazo de los derechos a la ley la mutación producida encuentra un soporte en la figura del contenido esencial¹⁷, pues tal limitación material al poder normativo del legislador le sujeta a no atentar contra tal contenido nuclear so pena de volverlo irreconocible al desconfigurarlo jurídicamente en su esencia, en este último caso está sujeto previamente -como en Francia- o posteriormente -como en España o Ecuador- a un control de constitucionalidad de la ley por haber invadido precisamente zonas no permitidas a un poder constituido como el legislativo.

Observamos como en un primer momento se controla al legislador democrático en sus atribuciones legislativas

¹⁶ En el fundamento jurídico dos de la sentencia del Tribunal Constitucional español 81/1982, se lee: “Y en este sentido no puede, en modo alguno olvidarse la eficacia directa e inmediata que la Constitución tiene como norma suprema del ordenamiento jurídico, sin necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador ordinario en lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas (...)”.

¹⁷ La figura del contenido esencial aparece por primera vez constitucionalizado en la Ley Fundamental de Bonn en el Art. 19.2, constando expresamente así: “En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental”.

como forma de preservar las libertades individuales, aspecto este propiciado -como lo tenemos indicado- por el carácter vinculante que adquieren las Constituciones democráticas para con los derechos fundamentales a la cabeza, pero tal limitación que empezó como una de carácter negativo (la de detener al legislador) evoluciona y pasarán a tener que ser considerados -por parte de los legisladores- los derechos como prestaciones obligatorias a ser cumplimentadas por el Estado, a fin de asegurar materialmente una vida con mayor libertad e igualdad. Ahora para lograr esto último, sus formas han variado; por ejemplo en Estados Unidos, por medio de una presencia fuerte como la figura del *judicial activism* -que encontró su mayor apogeo en los fallos igualitaristas de la denominada Corte Warren-, se abrió la puerta para que estas libertades por medio del Tribunal Supremo de Justicia encuentren una mayor expansión a la que en un principio se logró con la doctrina de la *preferred position*, que en sus inicios fueron un límite al accionar estatal (se traduce en un respeto a la libertad-autonomía de los individuos) para llegar a concretarse en esa libertad-prestación afín a la de un Estado en donde los derechos fundamentales adquieren un matiz social¹⁸. Con relación a la aplicación y efectividad de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares en los Estados Unidos de América, revisaremos someramente en el segundo capítulo de este trabajo la figura de la *state action* como alternativa a la *Drittwirkung*.

¹⁸ El autor español Eduardo García de Enterría delinea brevemente la *preferred position* en el constitucionalismo norteamericano como una de las piedras angulares que posibilita potenciar el contenido de los derechos fundamentales dentro de la Constitución (García de Enterría, 2006, p. 153-157).

1.4. El modelo puro de justicia constitucional diseñado por Hans Kelsen

El jurista austriaco Hans Kelsen (2001) ideó una estructura en donde el control de la constitucionalidad -garantía *de la y para la* supremacía de la Constitución- descansa sobre un organismo técnico y especializado (llámese Corte o Tribunal Constitucional); concentrando de esta forma abstractamente el control de las leyes, no llegó a plantearse directamente en tal construcción que pudiera ser materia de la justicia constitucional -mediante garantías jurisdiccionales- la protección de los derechos fundamentales. Lo único que justifica la presencia de la justicia constitucional, en tal modelo, era la de controlar -que no era poco pero no era suficiente como veremos más adelante cuando desarrollemos lo referente a la eficacia constitucional sobre los hechos (realidad social)- y desplegar la eficacia normativa de la Constitución sobre las leyes pero nada más. El control de las leyes -por abuso del legislador- por parte de los Tribunales Constitucionales fue en su momento lo único previsto por Kelsen, manteniéndose la subordinación de los jueces a la ley e indirectamente a la Constitución como consecuencia del control desplegado sobre el legislador.

No pertenecen a la construcción kelseniana, en sentido estricto, la figura de las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales por lo que, la aplicación efectiva de la Constitución radicaba en su mayor parte en el control desplegado sobre las leyes, es posteriormente cuando se dota a los derechos contenidos en la Constitución -hecho suscitado luego de la segunda guerra mundial- de garantías constitucionales en donde los jueces adquieren la potestad para -aplicando la Constitución- incidir sobre las relaciones

entre particulares. Con el examen de constitucionalidad de las leyes se controla directamente al campo del derecho¹⁹; mientras que con las garantías jurisdiccionales con eficacia horizontal se tutelan las relaciones sociales que tienen dimensión constitucional.

En este primer modelo se ve con recelo el gobierno de los jueces -conforme a la construcción norteamericana de la *judicial review*- pues ellos no pueden inaplicar las leyes postconstitucionales²⁰ que consideren contrarias a la Constitución así lleguen a estar en franca oposición a una libertad fundamental, para solucionar esto deben someter a conocimiento del máximo órgano constitucional la posible antinomia. Ahora cabe preguntarse si en este modelo al aplicar el juez ordinario la ley a las relaciones entre particulares aplica por defecto la Constitución. En realidad el juez al momento de resolver conflictos de carácter particular lo que hace es utilizar las herramientas que la legislación ordinaria le ha puesto a disposición cuidándose a su vez de no cometer prevaricato por salirse de los contenidos de la ley-; tomando inclusive algunos contenidos constitucionales que ya han sido desarrollados legislativamente por la probable seguridad de que no entrará en conflicto con la Constitución.

En países como España, cuya protección constitucional de los derechos fundamentales entre particulares -mediante la figura del amparo- descansa con exclusividad en el Tri-

¹⁹ Podríamos decir que el derecho es llevado a los Tribunales y sometido a juicio.

²⁰ En el caso de las leyes preconstitucionales el tema quedaría resuelto con la declaratoria de derogación por parte de cualquier juez y su consiguiente ineficacia por aplicación del principio temporal o cronológico como forma de solucionar un problema de sucesión de normas en el tiempo.

bunal Constitucional, no acarrearía mayores inconvenientes por la especialización de dicha institución; ello no ocurre lo mismo en países como el Ecuador en donde la protección constitucional de los derechos fundamentales recae sobre los jueces ordinarios quienes al momento de resolver una acción de protección -garantía jurisdiccional por antonomasia y equivalente al recurso de amparo español- pueden y deben de ser el caso, declarar que se ha violentado un derecho fundamental garantizado constitucionalmente; no debiendo para ello requerir de una ley que lo desarrolle sino contando como única y efectiva herramienta a la propia Constitución.

El modelo propuesto por Kelsen no se inclinó hacia una protección jurisdiccional de los derechos fundamentales mediante el uso de la Constitución, sin embargo en su trabajo denominado “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, cuando se refiere en los siguientes términos a “actos individuales”, presupone un control a otros actos que no sean exclusivamente a la ley²¹, pero distinguiendo que no se puede mezclar los controles de los actos individuales de los órganos administrativos con un control en manos de la justicia ordinaria sobre las leyes que son de competencia de los Tribunales Constitucionales. Sin embargo Kelsen avanza unos pasos más, pues reconociendo que en ambos casos debe existir controles diferenciados también reconoce

²¹ Kelsen manifiesta: “En la determinación de la competencia de la jurisdicción constitucional intervienen dos puntos de vista: por un lado, la noción pura de garantía de la Constitución **que conduciría a incorporar en ella el control de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución y solo ellos.** Por otro lado, la oposición entre actos generales y actos individuales que incorporaría al control de la jurisdicción constitucional las leyes y los reglamentos.”. Énfasis agregado (Kelsen, 2001, p.64).

una proyección de la Constitución sobre otros ámbitos del poder público que no sea exclusivamente la ley; el de los actos individuales del poder público²².

Previamente en los albores de la creación del Tribunal Constitucional austriaco Kelsen llegó a plantearse la figura del denominado recurso individual (*Beschwerden*), el cual iba dirigido a proteger los denominados derechos políticos²³, en la forma como anteriormente había sido previsto su conformación en los tiempos del Tribunal del Imperio austro-húngaro. Entre las competencias del Tribunal Constitucional austriaco consta el previsto en el Art. 144 de la Constitución Federal, que al texto, dice:

El Tribunal Constitucional conoce de recursos por violación de derechos constitucionalmente garantizados mediante la decisión o resolución de una autoridad administrativa, tras el agotamiento de las instancias en la vía administrativa y el acceso al conocimiento del Tribunal Constitucional provoca la anulación de la decisión o resolución inconstitucional. La opinión jurídica del Tribunal Constitucional será vinculante para la nueva decisión o resolución de la autoridad.

De su contenido se desprende que en esta especie de competencia para la tutela de derechos subjetivos por parte

²² En Kelsen, se lee: “Tampoco los actos individuales realizados por las autoridades administrativas deben estar, **si se encuentran inmediatamente subordinadas a la Constitución**, sometidos al control del tribunal constitucional, sino, en principio, al de los tribunales administrativos”. Énfasis agregado (Kelsen, 2001, p. 68).

²³ Aquellos derechos políticos garantizados constitucionalmente, en la jurisprudencia del Tribunal del Imperio austro-húngaro serían los derechos que la Constitución reconocía a favor de las personas frente al Estado (Herrera García, 2011, p. 12).

del Tribunal Constitucional deben concurrir los siguientes presupuestos de procedibilidad: 1.- Provenir de la vulneración de derechos previstos en la Constitución; 2.- Que recaiga sobre decisiones de la administración, por lo que no era posible su aplicación a las relaciones entre particulares; y 3.- Que se hubieren agotado todos los recursos administrativos previos. En relación al punto dos Kelsen es claro en afirmar que no es posible pensar en un control constitucional de los actos jurisdiccionales expedidos por los jueces ordinarios, por cuanto están revestidos de una garantía de regularidad; bajo este presupuesto el actual modelo alemán y español del recurso de amparo no tendría cabida, pues -continúa Kelsen- la constitucionalidad de tales actos jurídicos no es motivo suficiente para sustraerlos del derecho común y someterlos al conocimiento y control de un tribunal constitucional especial (Kelsen, 2001, p. 68).

Con todo, en un epígrafe de *La garantía jurisdiccional de la Constitución* en que desarrolla “el procedimiento de control de constitucionalidad”, Kelsen (2001, p. 89) sostenía que era muy oportuno permitir a las partes de un proceso judicial o administrativo oponerse a los actos de las autoridades públicas, en concreto a las resoluciones judiciales o los actos administrativos; en razón de que aunque inmediatamente regulares, estos actos hayan sido realizados en ejecución de una norma irregular, ley inconstitucional o reglamento ilegal. En estas aseveraciones su objetivo teórico es permitir abrir las posibilidades de la actuación procesal -vía *actio popularis*- solo para centralizar el control de constitucionalidad de leyes supuestamente irregulares y evitar así los efectos dañosos que pudiera causar su aplicación en casos concretos (Herrera García, 2011, p.10). Observamos que se va matizando la presen-

cia de la figura denominada “cuestión de inconstitucionalidad” por intermedio de los jueces, quienes demandarían a su vez ante el Tribunal Constitucional el acto presumiblemente inconstitucional por fundarse en una norma contraria a la *Ley de leyes*²⁴.

En los momentos en que Kelsen formuló su propuesta de justicia constitucional no se encontraban los derechos fundamentales con la suficiente fuerza normativa contenidos en la Constitución, por lo que era difícil prever una aplicación directa de los derechos fundamentales sobre los particulares, circunscribiéndose su control únicamente al poder estatal y dentro de esto específicamente al legislador mediante la creación de Tribunales Constitucionales controladores de la constitucionalidad de la ley.

Un momento determinante se presenta -a no dudarlo- cuando se constitucionalizan los derechos humanos, pues antes de ello la fuerza expansiva de los mismos a nivel constitucional de los Estados resultaban demasiado escuetos y descansan únicamente en la ley, la cual deja de ser la fuente reina del derecho dando paso a la Constitución y al desplazarla se pone por encima de todo el ordenamiento jurídico. También hay que destacar que no fue pacífica la aceptación por parte de los Estados -dentro de sus fronteras- de normas originadas en el derecho internacional, pues los dere-

²⁴ Kelsen conforme a la nota al pie en Alfonso Herrera García, aclaró que los litigantes privados podían solamente sugerir el control de constitucionalidad sin que les asistiera, propiamente un derecho de acción procesal (Herrera García, 2011, p.10). Con todo en Kelsen, textualmente se lee: “Aquí no se trata de un derecho de acción abierto directamente a los particulares, sino un medio indirecto de provocar la intervención del tribunal constitucional, ya que se supone que la autoridad judicial o administrativa llamada a tomar una decisión se adherirá a la opinión de la parte y presentará, en consecuencia, la demanda de anulación” (Kelsen, 2001, p.89).

chos humanos con la Declaración de los Derechos Humanos a la cabeza realizada en el año de 1948 es una construcción nacida en el plano internacional y por ende de obligatorio cumplimiento únicamente para los Estados considerados como sujetos en tal ámbito²⁵; la inserción de tales derechos produjo en lo posterior que la ley -creada en el ámbito nacional- se ponga por debajo de los derechos humanos positivizados para de esta forma posibilitar su aplicación directa a las relaciones entre particulares; aplicación para la cual fue necesario rodear además a la Carta Magna -para completar de tal cometido- de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales.

1.5. De la eficacia de la Constitución sobre el derecho a la eficacia sobre la realidad social

En el momento que emerge la Constitución como categoría normativa suprema, la teoría de los derechos públicos subjetivos evoluciona hacia un campo distinto en donde se extendió el control al legislador y no únicamente a los órganos administrativos y judiciales²⁶. La presencia de la eficacia de la Constitución tuvo retrasos motivados principalmente por ser considerado un documento político vaciado de contenido jurídico o el predominio de la idea de la soberanía parlamentaria que no podía permitir que una

²⁵ Este principio con todo tiene algunas excepciones, como es el caso del derecho penal internacional en el que los individuos son responsables por la violación de normas de derecho internacional.

²⁶ En virtud del principio de legalidad los órganos públicos debían sujetar su actuación a los contenidos de la ley, por lo que pasaba a constituirse en el parámetro de validez del resto de normas y actuaciones del poder público.

norma no creada por esta institución política pueda prevalecer con eficacia controladora sobre todo el ordenamiento jurídico. No es sino hasta mediados del siglo XX cuando la eficacia normativa de la Constitución asoma la cabeza por sobre el derecho condicionándolo a observar irrestrictamente sus postulados, en esto el mérito en esta parte de Europa conforme lo indicado descansa en la construcción teórica realizada por el austriaco Hans Kelsen a través de la denominada justicia constitucional y el apareamiento de tribunales especializados que con base en la supremacía constitucional desarrollaban la eficacia de la *norma normarum* sobre el derecho por medio de la herramienta procesal del recurso de inconstitucionalidad; en este escenario la eficacia de la Constitución sobre los hechos aun no adquieren presencia plena, su evolución hacia las relaciones sociales se presenta con posterioridad.

La circunstancias de que la Constitución pase a ser la primera de las fuentes creadoras del derecho por sobre la ley; no implica necesariamente que se imponga desde ya su eficacia sobre los hechos de la vida en sociedad, al adquirir la Constitución la categoría de fuente normativa, su efectividad se ve reflejada en cuanto es capaz de condicionar el campo del derecho a una sujeción de todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico a los contenidos constitucionales previamente establecidos (norma-parámetro). Presente como está en este primer momento la eficacia de la Constitución, aquella se traduce en lo principal a frenar la actividad del legislador al momento de la creación de la norma, limitación que con el avance de la eficacia de la Constitución sobre el derecho, el parlamento ya no puede menoscabar su núcleo duro. Observamos que el avance de la eficacia continua sobre las normas pero en

su dimensión social aun no termina por adquirir presencia²⁷.

Otro momento importante radica cuando a la Constitución se la considera como la norma a la cual el resto debe guardar conformidad en su interpretación, en su adecuación radica el valor del resto del ordenamiento jurídico y su disconformidad con los postulados constitucionales le resta eficacia y le aparta de la aplicación a la realidad social. Tal obligación recae en todos los poderes públicos al momento de aplicar normas de cualquier tipo, pues la función de interpretación no recae únicamente en los Tribunales Constitucionales sino en todos los aplicadores del Derecho, lo que sí recae con exclusividad en los Tribunales Constitucionales -como es el caso ecuatoriano- es la de ser el intérprete máximo pero no único de la *norma normarum*.

Pero sin lugar a dudas, el momento determinante para la presencia de la eficacia constitucional sobre la vida social termina por darse cuando la *norma normarum* no necesita de desarrollo legislativo posterior para imponerse²⁸

²⁷ En este primer momento observamos que la ley estaba sujeta a la Constitución -como resultado de que el legislador debía respetar los contenidos constitucionales-; con lo cual los operadores jurídicos al momento de resolver los conflictos sociales de dimensión jurídica, continuaron aplicando única y exclusivamente la ley y no la Constitución; es decir los jueces esperaron que exista una ley posterior que desarrolle los contenidos de la Constitución, adquiriendo de esta forma la Constitución vida en forma indirecta.

²⁸ Este momento histórico radica con posterioridad a la segunda guerra mundial en Europa, como forma de contrarrestar en el futuro, el avance de regímenes autoritarios como el italiano y alemán. En el actual Art. 11 numeral 3 de la Constitución ecuatoriana, al texto se lee: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de **directa e inmediata aplicación** por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición

siendo de aplicación directa e inmediata; de lo cual a su vez da como consecuencia que al no tener los jueces a disposición una norma jurídica que desarrolle los contenidos constitucionales; y, al no permitírseles dejar de tutelar los derechos fundamentales aduciendo falta de ley posterior, deben terminar por acudir a los contenidos de la Carta Magna como manera de solucionar los conflictos sometidos a su conocimiento. Esto no ha sido pacífico en el campo del derecho procesal constitucional pues la falta de experticia en temas constitucionales por parte de los operadores de justicia derivó en que a pesar de la eficacia que se le dotó a la *norma normarum*, los jueces opten por seguir resolviendo los temas desde la órbita única y exclusi-

parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. **No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.**”. En relación al caso Español cabe precisar que los derechos fundamentales contenidos desde el artículo 14 al 38 no requieren de desarrollo legislativo posterior para que adquieran vinculatoriedad. Sobre esto en la sentencia 80/1982 en el fundamento jurídico primero dice: “Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1 donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución». (...) Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 de la C.E., **no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38**, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos». Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial, **implican que esos derechos ya existen**, con carácter vinculante para todos los poderes públicos entre los cuales se insertan obviamente «los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial»“. (Énfasis agregado).

vista del derecho privado (aplicación de las normas del Código Civil en particular) en desmedro de la constitucional con los derechos fundamentales como nuevo hilo conductor de las relaciones sociales.

Capítulo II

La constitucionalización del derecho privado.

El debate doctrinal

Los derechos públicos subjetivos -bajo la concepción de la doctrina alemana que la estableció- constituyeron libertades fundamentales oponibles frente al Estado que imposibilitan su extensión a las relaciones entre particulares²⁹, con el advenimiento de la República de Weimar la interpretación de la Constitución alemana hizo posible la extensión de la “irradiación de la Constitución” a otros ámbitos que no fueran únicamente las relaciones entre el particular y el Estado. Artículos como el 118 y 159 se perfilaban en ese sentido convirtiéndose en la excepción a la regla³⁰. Se

²⁹ En el caso italiano, Riccardo Guastini cita a la sentencia 122/1970 de la Corte Constitucional que llega a afirmar que los derechos subjetivos garantizados por la Constitución -incluidos ahí los derechos de libertad- no son “derechos públicos” en el sentido propuesto por la doctrina alemana que la desarrolló; sino que, por el contrario son derechos garantizados *erga omnes* frente a cualquiera y por lo tanto aplicables tanto al Estado como a los particulares (Carbonell, artículo de Guastini, 2009, p. 68).

³⁰ Los referidos artículos de la Constitución de Weimar de 11 de Agosto de 1919, al texto manifiestan: “Art.-118. Todo alemán tiene derecho a manifestar sus ideas por medio de la palabra, por escrito, de la imprenta, del grabado o de otro procedimiento cualquiera, siempre que se mantenga dentro de los límites que imponen las leyes generales. **No podrá impedirse a nadie ejercer este derecho por la circunstancia de una relación de trabajo o por estar empleado, y a nadie puede perjudicársele por haber hecho uso de este derecho.** No existirá censura, pero la ley podrá prescindir de este principio en materia de cinematógrafos. También se permitirá la adopción de medidas legales para combatir la literatura obscena y pornográfica, así como para proteger a la juventud en ocasión de espectáculos y de representaciones públicas. Art.-159. La libertad de sindicación para la mejora y defensa de las condiciones de trabajo, está garantizada para todos y todas las profesiones.

empieza a franquear la entrada de las disposiciones constitucionales en las relaciones horizontales con un especial énfasis en las relaciones laborales en donde la sumisión del trabajador al patrono, se perfila como el lugar en donde más se anidan las violaciones a los derechos fundamentales. Sin embargo la línea que permitirá delinear en lo posterior la presencia efectiva de los derechos fundamentales sobre los particulares no será sino cuando se alcance el periodo de la posguerra y con base en la Ley Fundamental de Bonn.

La presencia o no de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares empieza a presentar rasgos distintivos para los doctrinarios del derecho a partir de los años cincuenta del siglo pasado, en esto ha sido pionero el trabajo realizado por los teóricos alemanes y en especial por el Tribunal Federal del Trabajo y el Tribunal Constitucional Federal Alemán con el desarrollo de la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*. Su desarrollo ha friccionado con principios civilistas individualistas como la autonomía de la voluntad, que han propugnado encontrar en ella el dominio de las decisiones individuales dentro del marco de la ley y el contrato más no de la Constitución. La aplicación de normas constitucionales contenidos en principios como la igualdad, la justicia, etc., no son conceptos plenamente delineados sino por el contrario sus contenidos varían y desafían el que se los pueda mantener encuadrados en cierto ámbito. La ley y el contrato por el contrario parecen dar mayor seguridad a las relaciones jurídicas y cumplen la función de poder proveer de certeza a las partes, determinando a lo que deben sujetarse en lo posterior.

Todos los acuerdos y medidas que tengan por objeto coartar o restringir esta libertad, son contrarias a la ley” (Julio Estrada, 2000, p. 92). Énfasis agregado. Un mayor desarrollo de la Constitución de Weimar en la historia constitucional halló barreras por la confusión de los contenidos a los que se le echaba en culpa.

Estas ideas entre otras han abonado para no permitir que la Constitución se inmiscuya en las relaciones entre particulares.

Adquiere importancia la presencia de la *Drittwirkung der Grundrechte* a partir de la constitucionalización del derecho privado en la etapa de la posguerra, que supuso en especial la superación de la doctrina alemana de los derechos públicos subjetivos al derecho del valor. En Weimar se empieza a gestar los orígenes de la eficacia constitucional a las relaciones entre privados que llega a concretarse con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Con la caída de la monarquía en la Alemania de la primera posguerra se recurre a un nuevo elemento que sirva de base y fundamento a todo el entramado normativo: los derechos fundamentales. Con la entrada de los derechos fundamentales se desplaza la figura de los derechos públicos subjetivos, iniciándose el proceso que ha de concluir con la conformación de un orden axiológico con fuerza expansiva sobre todo el ordenamiento jurídico, superando en tal tránsito los criterios liberales individualistas de la voluntad en cuales los descansa el derecho privado y la exclusiva oponibilidad estatal que proclamaba la teoría de los derechos públicos subjetivos. A esto se suma que en la visión del estado social con base en los derechos fundamentales se tenga que amalgamar por un lado la libertad individual de corte clásico y por el otro lado los nuevos derechos sociales ambos del mismo rango y valor constitucional (Julio Estrada, 2000, p. 58-61). El salto hacia una primera conceptualización valorativa de los derechos fundamentales la encontramos en la teoría de la integración propuesta por Rudolf Smend, la cual, con una marcada dimensión social, se opone a los planteamientos positivistas de Georg Jellinek y Hans Kelsen. En su formulación Smend pretende superar esa barrera infranqueable

que supone las relaciones entre Estado y Sociedad, propias del Estado Liberal, en donde los derechos actúan a la defensiva como espacios exentos de la intervención estatal; en su concepción los derechos fundamentales suponen valores que conforman un determinado sistema cultural y social. Es esta concepción material de los derechos fundamentales como valores de una sociedad que vinculan positivamente al Estado, la que fue acogida por la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, a mediados del siglo XX, y también por el Tribunal Constitucional Español desde sus primeras sentencias en materia de derechos fundamentales en la década de los ochenta del mismo siglo (Esteve Pardo, 2013, p. 67).

2.1. La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*: su planteamiento en el derecho comparado

La teoría en estudio, ha influido ostensiblemente en todo país que presuma que su ordenamiento está constitucionalizado³¹, la impregnación de los derechos fundamentales sobre el conglomerado social permite delinear y circunscribir la órbita del accionar que los particulares deben observar al momento de relacionarse con otro particular. El iusfundamentalismo destrona al iuspublicismo y iusprivatismo -en especial a este último- condicionándolo a observar sus estrictos postulados so pena de volverse

³¹ Riccardo Guastini sostiene que la aplicación directa de la Constitución (en donde se ubica a las relaciones entre particulares) constituye una de los siete presupuestos necesarios para afirmar que la Constitución ha invadido el ordenamiento jurídico; las restantes condiciones que llega a enumerar son las siguientes: rigidez constitucional, garantía jurisdiccional de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución, sobreinterpretación de la Constitución, interpretación conforme de las leyes y la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas (Carbonell, artículo de Guastini, 2009, p. 49-73).

inválidos a la luz de los derechos fundamentales. La posición iusfundamental asumida en este esquema es de defensa frente a los particulares mediante la propia intervención del Estado en especial de los jueces quienes están llamados a hacer efectivos los postulados constitucionales en aras de una mayor eficacia y plena vigencia de los derechos fundamentales. El Estado actúa evitando que se rebasen los límites de la autonomía de la voluntad de un particular, posibilitando de esta manera que tal accionar no pueda traducir en una trasgresión a la libertad del otro particular. La presencia del Estado en estos escenarios produce el quiebre del criterio liberal que propugna el que el Estado debe dejar de actuar en las relaciones entre particulares con lo que, únicamente limitándose a no hacer algo en la esfera privada garantiza la plena vigencia de los derechos fundamentales.

En Europa y en Norteamérica la presencia de la *Drittwirkung* ha sido diferente, en Europa la concepción del Estado protector de derechos frente a los particulares demanda contar con una Constitución que sea el medio adecuado para expresar las normas que regulan las relaciones entre los particulares desde el punto de vista de los derechos fundamentales; en Norteamérica se ha puesto mayor énfasis en considerar al Estado en sí como el potencial agresor a las libertades por lo que existe una mayor reticencia a su aceptación, de hecho la doctrina constitucional de la *state action* exige la presencia de un acto estatal para hablar técnicamente de la presencia de una violación de derechos fundamentales. Con matices propios en uno u otro Estado la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales se ha abierto paso cada vez más; destacándose que en los países influenciados por el neoconstitucionalismo y el garantismo, la figura de la *Drittwirkung* emerge con mayor fuerza.

2.1.1. Alemania: la eficacia inmediata y la eficacia mediata

Los primeros pasos fijos en el planteamiento teórico de la eficacia horizontal de los derechos humanos la encontramos en el trabajo realizado por Hans Carl Nipperdey en relación a la igualdad salarial a que tendrían derecho el hombre y la mujer al desempeñar el mismo trabajo, observando que tal formulación doctrinal tiene un origen básicamente en el derecho laboral. El razonamiento de Nipperdey pasa por considerar que existen determinados derechos reconocidos en la Constitución cuyos efectos se condensan en frenar al poder público, pero existen otros derechos (V. gr. el derecho a la libertad de expresión y prohibición de discriminación a causa de la ideología política) cuya aplicación debe modelar las relaciones sociales entre particulares; esta afirmación no fue bien recibida por los iuspublicistas quienes al desarrollar sus postulados ven al Estado como una entequeia que está siempre por encima del individuo y a la cual se la debe controlar (García Torres & Jiménez-Blanco, 1986, p. 21-24).

A los enemigos del pensamiento de Nipperdey como los ya citados iuspublicistas se sumaron los iusprivatistas quienes en defensa del dogma de la autonomía de la voluntad preconizaban que la igualdad de las relaciones entre particulares no podría ser cuestionada por la Constitución, debiendo en aras de la seguridad prevalecer la ley y los contratos válidamente celebrados; lo contrario implicaba que los contratos ya no tendrían la importancia que el pensamiento liberal podría otorgarles como suprema forma de consagrar la libertad; ahora el parámetro de validez lo constituyen los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados. Esto nos conduce a un escenario en donde se respetará la autonomía de la voluntad pero sin que esta pueda llegar a ser un óbice de la libertad,

que actuando sin límites, puedan llegar a vulnerar derechos fundamentales.

Nipperdey formuló su versión de la *Drittwirkung* apostando por un efecto inmediato o directo de la Constitución sin requerir de desarrollo legislativo, así propuesta la línea de pensamiento esta encontró eco en la argumentación que el Tribunal Federal Laboral adopta conforme a los postulados expuesto por Nipperdey; y, que aparecen expuestos en la sentencia de 18 de enero de 1955, relativa a la igualdad salarial de hombre y mujeres ante igual rendimiento laboral, justificando con ello la vinculación de los convenios colectivos a los derechos fundamentales³². Esta sentencia supera el criterio opuesto que no reconoce eficacia directa a los postulados constitucionales, de este primer momento se deviene a otra discusión que se produjo entre los partidarios de la eficacia inmediata (*Unmittelbare Drittwirkung*) y los defensores de la eficacia mediata (*Mittelbare Drittwirkung*).

La *Unmittelbare Drittwirkung* implica que al margen del desarrollo normativo del que un ordenamiento jurídico pueda disponer a favor de los particulares para que viabilicen el accionar ante posibles violaciones de derechos fundamentales, es razón primaria y suficiente la aplicación directa de la norma constitucional a un caso en concreto. Conforme lo indicado líneas arriba uno de sus principales

³² El Tribunal Federal Laboral (*Bundesarbeitsgericht*) consideró nulas las prescripciones contractuales, reglamentos empresariales y convenios colectivos que habían establecido un tratamiento discriminatorio en cuanto al salario percibido por hombres y mujeres. El 10 de mayo de 1957 el mismo Tribunal Federal declaró que el despido a una mujer por contraer matrimonio amparado en una cláusula contractual violentaba los derechos a la protección del matrimonio y la familia, la dignidad de la persona y desarrollo de la personalidad (Mendoza Escalante, 2005, p. 3).

exponentes lo fue Nipperdey con su trabajo publicado en el año de 1950 referente a “igual salario de la mujer para igual prestación” en donde sostiene que los derechos fundamentales vinculan de manera directa a las relaciones jurídicas entre particulares, por lo que, al dársele al trabajo de la mujer menos salario que a un hombre, por la misma prestación, era evidente que se está afectando el principio de igualdad.

Es importante destacar que en este modelo ideado, la existencia de posiciones de subordinación es la que posibilita la aplicación directa de la Constitución (como en el caso de las relaciones que existen entre el patrono y el trabajador, el propietario y el arrendatario., etc.), en caso de que los particulares se encuentren en una situación más o menos equivalente de igualdad jurídica y fáctica se suprime en principio la finalidad protectora de los derechos fundamentales para dar paso a la autonomía privada y a la libertad contractual, pero sin que esto se traduzca en que, aun en estos casos, quedarán desvinculados al sistema de valores constitucionales, de donde todo negocio jurídico que vaya en contra de la esencia de los principios constitucionales era nulo (González Dávila, 2011, p. 63). En este caso la Constitución para dotarse de eficacia directa opera no como regla hermenéutica sino como norma de conducta apta para incidir en el contenido de las relaciones entre particulares (Bilbao Ubillos, 1997a, p. 327).

Con la aparición del Estado Social y el consecuente acercamiento del Estado a la sociedad, a la inversa de lo que ocurría en el modelo liberal en donde el Estado debía estar separado de la sociedad, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales tiene mayor vigencia por la importante interacción a la cual se encuentran sometidas Estado y sociedad, en donde la configuración de la sociedad civil ya no

se encuentra únicamente en la autonomía privada (libertad) sino en otros conceptos de contenido constitucional fundamental como la igualdad.

Doctrinariamente pensadores como Nipperdey, Lombardi, Gomes Canotilho, etc., que se han decantado por la aplicación inmediata de la Constitución a las relaciones entre particulares, parten de un razonamiento simple como el que más: si los derechos fundamentales se conciben como derechos públicos subjetivos, la única manera de salvar esa condición es la de reconocer su eficacia frente a todos los poderes sean públicos o privados³³. Este modelo critica la eficacia mediata en donde los derechos fundamentales solo se hacen efectivos por intermedio de la legislatura, convirtiéndose de esta forma en simples derechos reflejos del derecho objetivo y al estar plasmados en la legislación ordinaria -que determina las condiciones de ejercicio- los derechos fundamentales pasan a integrar una categoría intermedia ubicada entre los verdaderos derechos subjetivos y los intereses ocasionalmente protegidos.

La *Mittelbare Drittwirkung* fue desarrollada por Durig, quien sostiene como punto de partida de su doctrina la necesidad de proteger la dignidad humana; a su criterio la Ley Fundamental de Bonn que acoge tal principio no se

³³ Sobre el momento histórico en el cual nace la teoría de los derechos públicos subjetivos consideramos muy ilustrativa lo expresado por Rafael Naranjo de la Cruz: “La construcción de la teoría de los derechos públicos subjetivos debe enmarcarse en el contexto material en el que aparece. Se pretendía entonces estudiar la naturaleza jurídica del Estado y las relaciones jurídicas que se establecían entre este y sus miembros, con especial consideración del ciudadano. Se excluía, pues, del foco de atención doctrinal los derechos de los que pudieran ser titulares los individuos frente a otros ciudadanos. No es que se niegue su existencia, sino simplemente se ignora. Las relaciones de derecho privado no son objeto de estos estudios” (Naranjo de la Cruz, 2000, p.190).

limita a determinar una obligación negativa exigible del Estado, asumiendo en este escenario un papel pasivo que se traduce en un no actuar para garantizar la dignidad; Durig mantiene que también el ente estatal se encuentra obligado a prestar un deber de protección de esa dignidad en forma activa de manera que se pueda configurar un orden jurídico universal de una manera tal que hasta a las fuerzas extraestatales se les impida violar la dignidad del hombre (Julio Estrada, 2000, p. 110).

Habíamos afirmado que en la aplicación mediata tiene presencia el legislador, debido a que mediante leyes promulgadas en el seno del parlamento se acogen los valores objetivos que los derechos fundamentales incorporan. Es el legislador democrático el más indicado para determinar qué relaciones privadas deberán ser objeto de aplicación mediata de la Constitución; al desarrollar los valores de la *norma normarum* lo que hará es determinar los alcances y límites de la ley al momento de regular las relaciones entre particulares; en caso de que esto no suceda así la garantía persiste pues la posible antinomia Constitución-ley es resuelta mediante la aplicación de aquella. El legislador en su elaboración legal cuidará de conciliar que las libertades individuales fundamentales sean arropadas por ese conjunto de valores que toda Constitución posee, como elemento determinante de la relaciones en la órbita privada.

El segundo componente de la aplicación mediata lo constituye la presencia de los jueces y tribunales al momento de aplicar la ley, quienes deben dar prioridad a aquel sistema de valores contenidos en la Constitución por sobre los contenidos previstos en las normas de derecho privado (por antonomasia las del Código Civil), evitando la presencia de relaciones de subordinación que precisamente terminen por destruir el sistema de valores a resguardar. Esos

resquicios a los cuales echará mano el juez para mediante interpretación al amparo de la Constitución aplicarlos mediatamente a las relaciones entre particulares lo constituyen las denominadas “zonas de irrupción” (Quadra-Salcedo, 1981, p. 54) contenidas en los conceptos abiertos del derecho común: buenas costumbres³⁴, buena fe, moral, orden público., etc.

Los dos componentes se engarzan, el legislador creando y el juzgador declarando aquellos valores que mediante su actuación judicial deben aplicarse a los casos concretos. La crítica a esto viene por el lado de considerar que los derechos fundamentales al ser reducidos, de derechos subjetivos perfectamente delimitados y con efectos frente a todos a simples valores objetivos; produciría una degradación de ellos; puesto que nadie podría reclamar la protección de su derecho al no ser el titular concreto de una situación en particular sino que tendría que estar sujeto a ese campo de valores indeterminados que irradia la Constitución por sobre todas las relaciones entre particulares. A más de que, las cláusulas generales que permiten la irrupción de la Constitución son conceptos que presentan un altísimo grado de indeterminación y abstracción, a lo que los jueces se encuentran obligados de llenarlos de sentido a fin de dotarlos de plena eficacia y convertirlos en el vehículo que permita su plena operatividad en el campo del derecho privado (Julio Estrada, 2000, p. 111).

La doctrina de la *Mittelbare Drittwirkung* se afianza de la mano de la sentencia *Luth-Urteil* expedida por el Tribunal Constitucional Federal alemán el 15 de enero de 1958,

³⁴ Este concepto indeterminado fue precisamente el que utilizó por primera vez el Tribunal Constitucional Federal alemán para dar cabida a ese denominado -en ese momento- elemento externo a las regulaciones privadas: la Constitución.

caso que se suscita cuando el Presidente del Club de Prensa de Hamburgo Erich Luth arremetió públicamente contra Veit Harlan con motivo de un festival cinematográfico realizado en 1950, en donde censuraba las actividades de Harlan durante el *Tercer Reich*. El productor de la película requirió de Luth una explicación por sus expresiones a lo que respondió con el envío de una carta abierta a la prensa exhortando a las sociedades alemanas activas en el campo cinematográfico a que no comercializaran la película; y, al público a que no fueran a verla. Ante estos eventos -en 1951- Luth fue demandado por el productor con una medida cautelar y condenado a abstenerse de realizar tales declaraciones llamando al boicot a los propietarios de teatros y casas distribuidoras de películas; con posterioridad Luth presenta un recurso de amparo contra la sentencia judicial aduciendo que se violentaba su derecho fundamental a la libertad de expresión.

El máximo Tribunal en Alemania concede el amparo solicitado, por considerar que el artículo 826 del Código Civil alemán (BGB)³⁵-que prohíbe el boicot por ser contrario a las buenas costumbres- había sido modificado por los contenidos constitucionales, sin embargo omite hacer un pronunciamiento sobre el derecho a la libertad de expresión que Luth reclamaba; a más de afirmar categóricamente que no existen derechos fundamentales entre particulares. La particularidad de este caso está en anular una sentencia no por violar un derecho fundamental del señor Luth (lo cual implicaría el reconocimiento de los efectos horizontales), sino porque el Tribunal inferior debió de haber tenido en cuenta el efecto de irradiación de los derechos constitu-

³⁵ Art. 826 del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*: “Quien, de modo contrario a las buenas costumbres, cause daños dolosamente a otro, está obligado a la reparación del daño”.

cionales sobre el derecho privado y concretamente la de la libertad de expresión sobre el concepto de contrario a las costumbres en la prohibición del boicot (Quadra-Salcedo, 1981, p. 62-63. En este fallo encontramos matices que sin lugar a duda permite observar que el Tribunal Constitucional alemán se decanta por la figura de la eficacia mediata o indirecta de la *Drittwirkung*.

La doble dimensión de los derechos fundamentales es primordial en la consideración que hace el Tribunal Constitucional Federal alemán, por un lado constan los derechos subjetivos que forman parte del acervo de su titular individual como forma de garantizar su libertad y por otro lado los derechos fundamentales como normas objetivas de principio con pleno valor para todos los ámbitos del derecho. Esta tensión pretende ser superada por los contenidos desarrollados por la teoría objetiva que redundan en una ampliación del contenido de los derechos fundamentales, los cuales como valores supremos informan también las relaciones entre particulares y limitando la autonomía privada fungen como mandatos de actuación y de protección por parte del Estado (Julio Estrada, 2000, p. 66).

En el fallo *Luth-Urteil* se puede observar el desarrollo jurisprudencial de ese sistema de valores que en los posteriores fallos emitidos no se los ha desconocido, de donde la dignidad del ser humano conjuntamente con el libre desarrollo de la personalidad (libertad individual) constituye la clave de bóveda. En esta sentencia se reconoce la existencia de un orden de valores establecidos en la Constitución cuyos contenidos no pueden ser inobservados por los particulares al momento de relacionarse con otros, reconociendo que determinados principios de orden público (V. gr. la dignidad) también deben irradiar sobre el campo de las relaciones privadas. Sin embargo en toda esta argumenta-

ción el Tribunal Constitucional Federal alemán no termina por decidirse por la doctrina de la aplicación directa de la Constitución sino de una aplicación mediata.

Resulta curioso que en el amparo solicitado bajo el contenido del Art. 90 de la ley del Tribunal Constitucional que prevé la figura del *Verfassungs-bechswerde* requiere como cuestión de procedibilidad que el accionante haya sido perjudicado en uno de sus derechos fundamentales. Al otorgarle el amparo está realizando un control a una actuación del poder público (la sentencia de primera instancia), lo interesante es que al hacerlo también lo realiza sobre las normas del Código Civil que son precisamente las que en su mayoría contienen disposiciones que regulan las relaciones entre particulares.

En síntesis la delimitación de estas dos modalidades de la *Drittwirkung* podríamos configurarla así: mientras la eficacia inmediata vincula las relaciones jurídicas entre particulares de modo directo, incluso, al margen del desarrollo legislativo; *a contrario sensu* la eficacia mediata radica en una influencia indirecta en las relaciones ejercida a través de la mediación de algún órgano de naturaleza pública. Tales entes lo constituyen los poderes legislativos y judicial, el primero dictando leyes que desarrollen los contenidos, alcances y límites de los derechos fundamentales y el segundo tomando tal derecho objetivo y aplicándolo a las relaciones entre particulares.

El enfrentamiento entre los defensores de la eficacia mediata e inmediata se ha circunscrito en cuanto a que, con la eficacia inmediata se hace mella a la autonomía de la voluntad que mayoritariamente tiene su base en las normas de derecho privado, suplantándose de esta forma la voluntad de las partes. Consideramos que el modelo con presencia de la garantía normativa de la Constitución demanda

que ella se imponga con efectos inmediatos por sobre toda consideración privada de los derechos que pudieran llegar a afectar derechos fundamentales, pretender que la eficacia en la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares sea mediata implica condicionar severamente el valor supremo de la Constitución a lo que en lo posterior los legisladores consideren como lo más conveniente de proteger o no constitucionalmente. Será la tarea de jueces mediante la jurisprudencia así como de los doctrinarios los que posibiliten desarrollar los contenidos en pro de una mayor efectividad de la fuerza de los contenidos constitucionales como forma de fortalecer un Estado de Derecho garantista de los derechos fundamentales.

2.1.2. España

En España es aceptada en la doctrina y en la jurisprudencia la presencia de la *Drittwirkung*³⁶ con matices propios presente en el procedimiento previstos para esta protección; y, que se encuentran contenidos tanto en el recurso de amparo judicial como en el constitucional, recayendo de esta manera la defensa de los derechos fundamentales en las dos jurisdicciones. Por lo dicho, la diferencia de una u otra jurisdicción descansa en el procedimiento, pues la aplicación de los contenidos de la Constitución a las relaciones entre particulares deben sujetarse en los dos casos al mismo canon de validez por el que han de ser enjuiciados; y, así como el hecho de que todo acto de los particulares -sin im-

³⁶ En cuanto a una base textual de la *Drittwirkung* en la Carta Magna española, se comenta: “No hay precepto constitucional del que pueda afirmarse que proclama, con carácter general y de forma lo suficientemente reconocible como para engendrar un acuerdo general, la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales” (García Torres y Jiménez-Blanco, 1986, p. 48).

portar su dimensión o rango- pueden ser enjuiciables indistintamente por estas dos jurisdicciones.

Del marco normativo español referente a las garantías jurisdiccionales con dimensión horizontal en las relaciones entre particulares, contenidas básicamente en la Constitución de España y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conviene en determinar que en artículos como el 53.1 y 161.1 de la CE no existe duda que su aplicación se extiende a las relaciones verticales de poder de los derechos fundamentales; mientras que la base constitucional y legal para la procedibilidad en la aplicación horizontal de las garantías las encontramos en los contenidos de los artículos 9.1, 9.2, 10.1, 10.2 y 53 de la CE y 43 y 44 de la LOTC. En concreto el Art. 9.1 de la CE expresamente contempla la sujeción tanto del Estado como de los ciudadanos a lo establecido en la Constitución, por lo que elimina cualquier posibilidad de concebir a la *norma normarum* bajo un modelo para regular únicamente el poder del Estado³⁷.

Circunscribiendo el tema de la protección horizontal de los derechos fundamentales al ámbito constitucional español y no al ordinario, tenemos que una de las principales -sino la principal junto con el recurso de inconstitucionalidad- garantías eficaces de protección lo constituye el recurso de amparo constitucional previsto en contra de las actuaciones de los clásicos tres poderes del Estado, pero a diferencia del recurso de inconstitucionalidad esta se circunscribe al ámbito de los actos sin valor de ley³⁸, de donde

³⁷ El Art. 9.1 de la Constitución Española, expresamente dice: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

³⁸ Por vía indirecta al recurrirse contra un acto de aplicación de la ley, la sala del Tribunal Constitucional que conoce el amparo eleva el recurso al

es en la aplicación del derecho en los procesos judiciales que se puede apreciar el funcionamiento en su mayor dimensión de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares; por lo que el modelo español es la de un modelo de imputación judicial en la cual la vulneración de los derechos fundamentales no es imputable al particular, ni tiene origen en la relación *inter privatos*, sino que la ocasiona el juez cuando al aplicar el derecho ordinario para decidir un conflicto entre particulares, lesiona los derechos fundamentales³⁹. El Art. 53.2 de la Constitución⁴⁰ española

pleno para que este se pronuncie sobre la posible inconstitucionalidad de la ley de la cual se deriva el acto impugnado en principio.

³⁹ Víctor Ferreres Comella, en una nota al pie es del siguiente parecer: “Frente a esta tesis de la vinculación directa se puede objetar tanto en España como en Alemania, que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (recurso previsto para proteger los derechos fundamentales) solo puede dirigirse *contra un acto del poder público*. Este acto puede ser la sentencia del juez civil que resuelve un conflicto entre dos particulares de manera incorrecta, por no tener en cuenta las consecuencias derivadas de los derechos constitucionales en juego. Pero, en todo caso, es el acto del poder público, y no el acto del particular, el que es objeto de impugnación formal ante el Tribunal Constitucional. ¿Constituye este dato un obstáculo para sostener la tesis del efecto directo de los derechos constitucionales frente a los particulares? (.) A mi juicio, la respuesta es negativa, pues el mero hecho de que un determinado instrumento procesal (el recurso de amparo) solo esté previsto frente a actos del poder público nada dice acerca del efecto que la Constitución otorga a los derechos frente a los particulares. Se puede sostener perfectamente que los derechos constitucionales vinculan a los particulares; que, por esta razón, el juez debe reparar la lesión producida por un particular en el derecho de otro; y que en el supuesto de que el juez no cumpla este deber de manera satisfactoria, está abierto el recurso de amparo. El hecho de que solo quepa recurso de amparo contra la decisión del juez no significa que antes de que el juez haya intervenido no haya habido una vulneración del derecho constitucional en cuestión por parte del particular” (Ferreres Comella, 2008, p. 535).

⁴⁰ El Art. 53.2 de la Constitución Española, al texto, manifiesta: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de

encarga la defensa de los derechos fundamentales contenidos en el Art. 14 y la sección primera del capítulo segundo a los jueces ordinarios y al Tribunal Constitucional, esto nos indica que existe un único sistema de garantías de los derechos fundamentales en donde la última palabra en este tema la tiene el Tribunal Constitucional.

A más de la protección constitucional de los derechos fundamentales mediante la figura del recurso de amparo constitucional contra las decisiones judiciales, es necesario considerar la presencia de esta protección cuando la administración pública actúa bajo el régimen jurídico privado; para lo cual citamos el caso del Ente Público Radio Televisión Española cuando afecta derechos fundamentales al negarse la rectificación, limitando el derecho de acceso o difundiendo noticias que afectan a la intimidad de las personas⁴¹; para este caso la vía expedita estaría en el Art. 43.1 de la LOTC⁴² que prevé el amparo en contra de actos del ejecutivo, ya que del contenido del precitado artículo no se exige que tales actos estén sujetos al campo del derecho administrativo, por lo que en principio todo acto de la administración que afecte a derechos fundamentales puede recurrirse en vía de amparo. No se puede concebir que en el accionar de las administraciones públicas sujetas a un régimen jurídico privado su control se encuentre sustraído

preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

⁴¹ Quadra-Salcedo trae a colación este ejemplo (Quadra-Salcedo, 1981, p. 83).

⁴² El Art. 43.1 de la LOTC, expresamente, manifiesta: “Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones, o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente”.

ante una posible vulneración de derechos fundamentales; si bien es cierto la justicia ordinaria constituye una de las vías para tal control, esta no es suficiente cuando de por medio están en conflicto derechos fundamentales; no permitir una acción constitucional contra tal accionar devendría tanto en una falta de razón objetiva como en un desmedro de la tutela judicial efectiva.

Un campo en el que indudablemente tienen presencia los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares lo constituye el ámbito laboral, produciéndose como consecuencia que los poderes jurídicos del empresario sean limitados por la inserción en la relación laboral de los derechos fundamentales de los trabajadores. Por ejemplo en el caso signado con el número 99/1994 prevaleció el derecho a la propia imagen de un trabajador cortador de jamones por sobre la facultad de dirección que poseen los empleadores.

En el caso concreto un empleado cortador de jamones se negó a cumplir una orden del empleador, en donde se le requería que acuda a un evento público de promoción de la denominación de origen del jamón que fabricaba la empresa, aduciendo en lo principal que no deseaba que su imagen fuera captada públicamente. El Tribunal Constitucional valora la conducta del trabajador de negarse a presentarse a esta exhibición pública por considerar que le afecta directamente a uno de sus derechos fundamentales: el de la propia imagen. Para resolver el Tribunal Constitucional aplica la técnica jurídica de la ponderación llegando a declarar nulo y sin efecto el despido del que fue objeto el trabajador por su desobediencia; por lo que, la eficacia inmediata en la aplicación de la *Drittwirkung* a este caso en concreto es evidente. En otros ámbitos de la relación laboral a la cual la eficacia de los derechos fun-

damentales alcanza, es la de la intimidad de la vida del trabajador que operan como límites a las facultades de control y vigilancia del empleador.

El tema de la libertad de expresión cuando entra en conflicto con otros potenciales derechos como el del honor es un aspecto que involucra una evidente confrontación de derechos entre particulares que demandan en muchos de los casos una protección constitucional, de esto precisamente es lo que se debate en la sentencia 214/1991 en donde tanto para los jueces de primera instancia como en el de segunda instancia prevalece el derecho a la libertad de expresión del señor León Degrelle que mediante la publicación de sus declaraciones en una revista pretendía negar la existencia del genocidio judío por sobre el honor de la demandante: la señora Violeta Friedman de ascendencia judía; esta sentencia es recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional quien considera que en este caso entre particulares prevalece el derecho fundamental al honor por sobre la libertad de expresión, aplicando para el caso concreto el Art. 18.1 de la CE en relación con el Art. 10.2 de la CE⁴³.

En los casos citados es evidente que el artículo que posibilita la presentación del recurso de amparo por violentación del poder judicial de un derecho fundamental entre los particulares -a más del Art. 18.1 de la CE que contempla el derecho a la propia imagen- lo constituye el Art. 24.1 de la CE en donde se establece a la tutela judicial efectiva como un derecho constitucional a ser protegido por los jueces y tribunales al momento de impartir justicia, hacer lo contrario

⁴³ El Art. 10.2 de la Constitución Española, a la letra expresa: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España.

significa que el tribunal ha dejado de proteger debidamente un determinado derecho fundamental. En concreto el derecho se ha violentado antes de que se acuda al Tribunal pero el hecho concreto de que el tribunal no tutele ese derecho es lo que propicia que se pueda plantear el recurso constitucional de amparo como forma de protección de los derechos fundamentales, en la sentencia 99/1994 el empleador no respetó el derecho a la imagen del trabajador pero eso de por sí solo no es causal suficiente para que el trabajador afectado pueda interponer el recurso, pues se prevé que para tales situaciones existen las vías legales ante los tribunales ordinarios y solo y únicamente cuando estos no reconozcan tales derechos fundamentales es que cabe la presentación del recurso de amparo, por no haber sido tutelado debidamente por parte de los jueces ordinarios el derecho a la imagen del trabajador.

En el caso de Violeta Friedman Vs. León Degrelle el derecho fundamental a la protección del honor es violentado directamente por un particular pero de por sí no es suficiente para interponer el recurso de amparo pues se hizo necesario que la señora Friedman acudiera en primer lugar a la vía civil como forma de proteger su honor -que si bien es cierto no es directamente aludida en el semanario sino lo hace demandando como parte del pueblo judío- y solamente la falta de protección de aquellos posibilita que el Tribunal Constitucional asuma la competencia de resolver este caso.

Por otro lado, hubiere sido deseable que en momentos sociales críticos producidos por la crisis económica que encuentra uno de sus rostros más duros en los desahucios, la presencia de un derecho fundamental como el de la tutela efectiva, hayan sido aplicados a los procesos hipotecarios como forma de aplicar los derechos fundamentales a las relaciones abusivas entre ejecutante hipotecario y ejecuta-

do, que al no permitir la dación en pago en el sistema legal español y al no extinguirse la deuda, el ejecutante podía seguir con el proceso hipotecario sobre otros bienes del deudor. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva alcanza importancia como forma de evitar el abuso al ejecutado, que se presenta al no permitirse en el procedimiento de ejecución el suspenderlo y ni siquiera cuando el deudor ejecutado inicia un proceso declarativo en el que se solicita se declare la nulidad de una cláusula del contrato de préstamo que se considera abusiva⁴⁴.

2.1.3. Estados Unidos (*state action*)

La apreciación que viene manteniendo la Corte Suprema de los Estados Unidos consiste en que los derechos fundamentales son exclusivamente oponibles al Estado y no frente a los particulares -recordemos el caso citado en el capítulo anterior de la niña Mary Ellen en el año de 1875-; las posteriores enmiendas de profundo contenido liberal prosiguieron con la misma tradición, de ello se desprende la figura de la *state action* como el presupuesto necesario para la existencia de una violación a los derechos fundamentales⁴⁵.

⁴⁴ Ante el problema de los desahucios, creo que los jueces españoles pudieron haber sido más activistas y no esperar en muchos de los casos para actuar, el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 14 de Marzo del 2013, que en lo fundamental considera que la ley hipotecaria española es contraria a la Directiva Europea 93/13/CEE del 5 de abril de 1993, referente a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Censurable también considero es la posición del Tribunal Constitucional cuando resolvió negativamente al inadmitir una cuestión de inconstitucionalidad planteada en contra de diversos artículos de la ley de enjuiciamiento civil en la que se solicitaba se declare inconstitucional las normas procesales que producían situación de indefensión en los juicios de ejecución hipotecaria.

⁴⁵ Con todo Víctor Ferreres Comella en una nota al pie, dice: "(...) En el debate sobre la esclavitud, la cuestión era si el derecho de propiedad privada

En la Jurisprudencia norteamericana -cuando tuvo que tratar temas de derechos constitucionales entre particulares mediante el control constitucional de la ley- es vital la sentencia *Lochner vs New York* del 17 de abril de 1905 que constituye una de las sentencias más desacreditadas de la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de derechos. Supuso la conflagración de la ya de por sí tensionante relación entre el Estado Liberal del siglo XIX y el nuevo modelo de Estado Social del siglo XX; el caso se presenta cuando Joseph Lochner dueño de una panadería decide demandar la inconstitucionalidad de una ley -aprobada por la legislatura de Nueva York- que limitaba los horarios de trabajo de los pasteleros que se fijaba en diez horas al día y sesenta a la semana; el argumento principal de la defensa de Lochner consistía en que se debía respetar la libertad de contrato entre empleador y empleado.

En primera instancia la Corte suprema del Estado de Nueva York aprobó la constitucionalidad de la “ley de los pasteleros” pero el caso llegó a la Corte Suprema Federal en donde se consideró por una exigua mayoría de cinco jueces que la ley de Nueva York era inconstitucional porque contradecía la enmienda catorce en donde se encontraba consagrada la libertad contractual y la propiedad. La confrontación a resolver era entre estas libertades individuales y la protección de la salud de los trabajadores, concluyendo -la Corte- que un legislador estatal jamás podría entrometerse en la ordenación de las relaciones laborales y en la plena libertad contractual de las partes.

podía tener por objeto a una persona. La Enmienda XIII constitucionalizó la respuesta negativa (se trata de la única cláusula de la Constitución federal que reconoce un derecho frente a los particulares) (...)”. (Ferrerres Comella, 2008, p. 536).

Consideramos que la Corte Suprema resuelve un conflicto de valores entre particulares contenido en una ley de origen estatal pero sin aplicar la Constitución sobre la relación *inter privados* por cuanto la enmienda XIV se aplica directamente en contra de los Estados, su planteamiento al problema radicó en resolver qué derecho prevalecía en una relación entre particulares el de la libertad contractual (empleadores) o la de la salud (trabajadores); era el choque de dos momentos la del Estado liberal y la del emergente Estado Social que empezaba a manifestarse en los estrados de la Corte Suprema⁴⁶; quienes aplicando la Constitución -en concreto la enmienda XIV que contenía la cláusula del debido proceso- frenan la libertad de configuración del legislador decantándose por una protección a la libertad de empresa. Esta pudo haber sido una magnífica oportunidad para que la Corte aplique los derechos a las relaciones entre particulares; y no se limite únicamente a utilizar a la Constitución como contrapoder del Estado -léase legisladores frente a los particulares (empleadores y empleados).

La sentencia *Shelley vs. Kraemer* de 1948, supuso una nueva visión de las relaciones sociales a las cuales deben someterse todos los ciudadanos norteamericanos, en este caso concreto los pactos raciales discriminatorios no podían tener tutela estatal por ser atentatorios a derechos fundamentales. En el año de 1945 la familia afro-americana Shelley compró una casa en St. Louis, Missouri, desconocien-

⁴⁶ Miguel Carbonell manifiesta: “(...) aunque lo original de ese país (refiriéndose a Estados Unidos) es que las tensiones sociales se canalizaron en parte a través de reclamaciones ante los jueces; mientras en Europa la batalla por el Estado social tuvo como escenario manifestaciones en las calles y reuniones en las fábricas, en Estados Unidos la legislación progresista -animada e impulsada también por los sindicatos- tuvo que pasar por los estrados de la Corte Suprema.” (Carbonell, 2010, p. 245-246).

do que existía un convenio restrictivo que impedía que una familia de raza negra o asiática pueda habitar tales sectores. Louis Kraemer que vivía por el barrio presentó una demanda pretendiendo impedir que los Shelley puedan habitar la casa. En primera instancia la Corte Suprema de Missouri entendió que el pacto era legal y oponible a los compradores posteriores.

Ante la Corte Suprema de los Estados Unidos prevaleció el criterio de que los convenios restrictivos por motivos de raza no son contrarios a primera vista a la XIV enmienda de los Estados Unidos, si los particulares -en este caso el comprador- voluntariamente lo aceptaba cumplir; lo que no se podía hacer es solicitar la ejecución judicial de tal pacto como lo solicitaba Kraemer porque eso sería necesariamente discriminatorio que violaría la cláusula de igual protección contenida en la XIV enmienda que garantiza los derechos individuales (vida, libertad y propiedad) y la igualdad ante la ley no se logra con la imposición de desigualdades. En el contexto histórico en el cual se desarrolló este caso es de notar la fuerte presión social en contra de la discriminación racial, por lo que la sentencia consagra un reconocimiento no expreso de la eficacia de los derechos civiles y políticos frente a los particulares.

La división no muy nítida -muchas de las veces- entre el actuar público y el privado, ha permitido que la *state action* mediante una interpretación extensiva matice con carácter excepcional su radio de acción, las dos vías claramente establecidas en la jurisprudencia norteamericana constituyen:

El ejercicio por un sujeto aparentemente privado de una función propia del Estado y la existencia de contactos o complicidades suficientemente significativas como para implicar al Estado en la conducta de un actor privado. Las

dos conducirán al mismo resultado: al responsabilizarse al Estado del acto impugnado, se consigue prolongar esa especial tutela de las libertades, de tal suerte que determinadas controversias surgidas entre particulares, excluidas, en principio, de este ámbito constitucionalmente protegido, quedan comprendidas finalmente en el mismo (Bilbao Ubillos, 1997b, p. XV-XVI).

La extensión de *la state action* norteamericana posibilita que determinados actos imputables a entidades privadas pueden ser consideradas como públicas para de esta manera activar la aplicación de la Constitución a esas relaciones; pero nada más. En sí *la state action* no constituye una doctrina que reconozca la aplicación de la Constitución a las relaciones entre particulares, solo ofrece una dilatación del concepto de actuación estatal, reforzando de esta manera - en el modelo estadounidense- el carácter excepcional de la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares.

2.1.4. La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Habíamos indicado que por regla general las disposiciones de carácter convencional contenidas en los tratados internacionales solamente vinculan a los Estados como sujetos pasivos; también manifestamos que la única excepción se produce en el campo del Derecho Penal Internacional en donde los sujetos pasivos son los individuos. En este caso no es la Constitución la que se aplica a las relaciones privadas sino es el tratado internacional el que es el llamado a producir eficacia en dichas relaciones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la aplicación de las normas convencionales a las relaciones *inter privatos* ha afirmado en la Opinión Consultiva OC-18/03 que, en una

relación de empleo los derechos fundamentales de los trabajadores en situación de migración derivados del derecho internacional deben ser respetados tanto por los Estados como los particulares en calidad de empleadores sean personas naturales o jurídicas, en concreto la Opinión Consultiva 18/03, dice:

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría de la *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares⁴⁷.

De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. En lo que atañe a la presente opinión consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores⁴⁸.

Esta doctrina ha sido ya aplicada al caso “*Ximenes Lopes Vs. Brasil*” del 4 de julio del 2006 en donde se considera

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados*, párr. 140.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ob. cit., párr. 146.

que existe una violación del derecho a la vida a la integridad personal de una persona internada en una institución psiquiátrica privada aunque subcontratada por el sistema de salud brasileño; otra situación similar se da en el caso de las medidas provisionales otorgadas por la Corte en favor del pueblo Kichwa de Sarayaku del Ecuador en donde se concedió la medida por considerar que los derechos a la vida, integridad física, libertad de circulación y goce de la propiedad de los territorios ancestrales del mentado pueblo indígena se encontraban amenazados; la medida otorgada surtió efecto contra terceros -ente no estatal- identificados en la compañía privada encargada de la extracción petrolera en esa zona de la amazonía ecuatoriana.

En el caso del Ecuador la Constitución del 2008 reconoce en su articulado la obligación de las autoridades y funcionarios públicos de aplicar los tratados internacionales cuando estos los desarrollen en condiciones de mayor favorabilidad que los establecidos en la Constitución⁴⁹. Esto es así por cuanto queda fuera de duda razonable, que en los momentos actuales los tratados son fuente del derecho y al integrarse al ordenamiento jurídico interno son de aplicación obligatoria con sus propias y peculiares fricciones que muchas de las veces se producen con el marco normativo nacional.

Normas como las contenidas en el Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que aseguren el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas

⁴⁹ El inciso segundo del Art. 426 de la Constitución del Ecuador, expresamente manifiesta: “Las juezas u jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.”.

y satisfactorias, que aseguren un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, entre hombres y mujeres, seguridad e higiene en el trabajo, descanso, disfrute del tiempo libre, limitación razonable de las horas de trabajo, vacaciones periódicas pagadas y remuneración en los días festivos; establecen obligaciones tanto para empleadores públicos como privados (Courtis, 2007, p. 53). La Constitución ecuatoriana, inclusive, va más allá al incorporar también como fuente de derecho a otros instrumentos internacionales conocidos como el *soft law* y que conforme al criterio de la Corte Constitucional resultan directamente aplicable por y ante cualquier juez u autoridad, si desarrolla favorablemente el contenido de los derechos previstos en la Constitución⁵⁰.

El Tribunal Europeo de Derechos humanos, con su jurisprudencia en donde se refleja las concepciones dominantes de la cultura jurídica europea, mantiene que en las relaciones entre particulares rigen plenamente los derechos humanos; llegando a conocerlos mediante dos vías: la primera cuando decide si un Estado ha vulnerado el convenio por no haber tomado las medidas necesarias para garantizar el disfrute de los derechos en la esfera privada; y, la segunda cuando tiene que revisar la decisión de un tribunal nacional sobre un conflicto *inter privatos*.

En el primer caso citamos la sentencia del 26 de marzo de 1985 “*X and Y V. Netherlands*”⁵¹, en donde el Tribunal

⁵⁰ Dictamen 0004-09-DTI-CC de la Corte Constitucional al Convenio entre la República del Ecuador y la República Argentina para el cumplimiento de las condenas penales. Registro Oficial No. 595 de 21 de mayo del 2009, pág. 36.

⁵¹ El caso se refiere a una violación a una discapacitada psíquica y el Estado holandés no había perseguido penalmente al agresor; por lo que, se exigía del Estado el uso del poder punitivo por la violación al derecho a la integridad física y moral.

Europeo evalúa que el Art. 8 del Convenio (derecho al respeto a la vida privada y familiar) si bien es cierto se aplica en contra de violaciones por parte del Estado; existen también obligaciones positivas para el ente estatal que implicaría la adopción de medidas para asegurar el respeto a la vida privada inclusive en las relaciones entre privados.

Podemos observar que si bien es cierto el Estado es el responsable ante el Tribunal, lo que desencadena tal responsabilidad tiene su origen en una previa lesión del derecho de un particular a otro particular; y, que el Estado siendo el llamado a protegerlo y al no hacerlo lesionó también el derecho del particular. La aplicación del Convenio es directa por cuanto exige (por la violación del Art. 8 del Convenio) que la particular afectada sea protegida cuando tal acción proveniente de otro particular lesionó un derecho reconocido en la Convención.

En el segundo caso tenemos la sentencia del 20 de noviembre de 1989 en “*Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann V. Federal Republic of Germany*”⁵², el Tribunal por una votación de nueve contra nueve (decidido por el voto de calidad del Presidente) consideró que se debía respetar el margen de apreciación del órgano judicial nacional, evitando entrar en el análisis y ponderación realizado por el Tribunal Alemán aplicados en la resolución del litigio. En este proceso el Tribunal Europeo se mostró reacio a enjui-

⁵² *Markt Intern* es una editorial de Dusseldorf, que publicó varias veces un incidente en el cual estaba involucrada una empresa inglesa de pedidos por correo (la empresa no estaba cumpliendo debidamente con sus obligaciones de envío). Ante esto la empresa inglesa demandó a la editorial por las continuas publicaciones (en especial una realizada el 20 de noviembre de 1975), obteniendo en última instancia del Tribunal Federal de Justicia -basado en una ley de 1909- una sentencia en la cual se ordenaba a la editorial que se abstenga de continuar con las publicaciones en contra de la empresa inglesa.

ciar la decisión del tribunal nacional sobre conflictos entre sujetos privados, cuando era evidente que el derecho a la libertad de expresión (reconocida en el Art. 10 de la Convención) de la editorial *Mark Intern* estaba en juego.

2.2. Críticas a la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares

Las principales críticas a la *Drittwirkung* la hallamos en las voces de los doctrinarios que no han acallado su disentimiento con tal teoría, basados en los siguientes argumentos⁵³:

1) La *Drittwirkung* va en contra de la tradición histórica y el concepto de los derechos fundamentales;

2) La eficacia debe estar contenida expresamente en el texto constitucional;

3) La *Drittwirkung*, anula la autonomía privada, al permitirse a los jueces que puedan enjuiciar constitucionalmente los contenidos de la ley previstos en el Código Civil; y,

4) Se restaría la libertad de configuración del legislador democrático en favor de una interpretación extensiva que descansaría en los jueces.

Las discrepancias con la *Drittwirkung* se da por separado: uno en el ámbito de la *Unmittelbare* y otro en la *Mittelbare*. En el primer caso se critica el hecho de que la aplicación directa de la Constitución a las relaciones entre particulares termina por hacer mella en la autonomía privada que se basa en el concepto de libertad contractual que como piedra angular del derecho privado se vería subordinado al campo del Derecho Constitucional. No estamos de

⁵³ Hemos acogido para el análisis algunas observaciones extraídas de la obra de Alexei Julio Estrada, p. 98-101.

acuerdo con esta objeción a la aplicación inmediata, pues la voluntad individual deberá ceder cuando lesiona derechos fundamentales aun si de ella se desprende que fue realizada voluntariamente entre las partes. No podrían ser los únicos límites a esta autonomía los previstos en las leyes como son el orden público y las buenas costumbres, este sistema únicamente tendría cabida en un Estado legalista mas no Constitucional, en donde la Carta Magna es un simple documento de buenas intenciones y nada más. En un Estado que sea Constitucional de derechos la aplicación de la *norma normarum* se impone como forma de equiparar las desigualdades fácticas que pueden derivarse de las relaciones particulares cuando estas afectan los derechos fundamentales de las partes. Otra critica que se la hace a la *Unmittelbare* es la inseguridad que la envuelve al no respetarse los contenidos de los contratos por la influencia de los derechos fundamentales pudiendo alterar tales acuerdos legítimamente celebrados, a esto se ha contestado que no puede ser válido ningún acuerdo pactado en contravención de los derechos fundamentales, porque el sistema jurídico es uno solo, gozando los principios iusfundamentales de supremacía sobre las normas que regulan solo de manera formal la libertad contractual. Con todo Nipperdey -para evitar una aplicación absoluta e innecesaria- reconoce la necesidad de estudiar cada derecho fundamental en particular para determinar cuáles tienen cabida en el ámbito jurídico privado y aun respecto de aquellos que gozan de dicha aplicabilidad habría que pasar a un análisis casuístico sobre su aplicación a la relación entre particulares (Julio Estrada, 2000, p. 121-122).

En el segundo caso -la de la *Mittelbare*- la eficacia mediata solo reconoce una fuerza operativa disminuida, al existir una subsunción del principio en ellos contenido en

una cláusula general del derecho privado y los conceptos jurídicos en donde se demanda la intervención del Estado por intermedio básicamente del juez o del legislador, para colmarlos valorativamente con los contenidos de los derechos fundamentales y de esta forma permitir la aplicación indirecta de la Constitución a las relaciones entre privados. La crítica al pensamiento del principal exponente de este sistema, Durig, se ha centrado en la contradicción existente entre los derechos fundamentales y las cláusulas generales del derecho privado para los fines de la aplicación mediata; pues al ser los jueces quienes al final terminarían aplicando esta doctrina podrían lesionar el principio democrático -contenido en la elaboración de las leyes a cargo de los legisladores- al fallar en un sentido que no pretendió el legislador; pero que el juez decide hacerlo como forma de dar contenido iusfundamental a una relación privada. En este proceso de elaboración los jueces deben ser capaces de interpretar la norma y dar el valor propicio para que los derechos fundamentales irradian sobre los contenidos particulares; esto no es aceptado por la doctrina, debido a que serían los jueces -que no tienen origen democrático- y no los legisladores -que sí la tienen- los que terminarían por decidir los conflictos entre autonomía privada y derechos constitucionales (Bilbao Ubillos, 1997a, p.318).

Crítica -con la existencia de la *Drittwirkung*- es la posición de Schwabe para quien el problema es solamente “aparente”, no siendo necesario para la defensa de los particulares la creación de una doctrina que posibilite la irradiación de la eficacia horizontal en las relaciones entre particulares; Schwabe considera que el Estado es el responsable último de las lesiones a los derechos fundamentales a través de la actuación de la función judicial en la resolución de las controversias jurídicas entre particulares, al no tutelar efecti-

vamente los derechos cuando están llamados a hacerlo. En síntesis mientras el punto común de las teorías de la eficacia directa e indirecta radica en considerar que las relaciones jurídico privadas también están vinculadas por los derechos fundamentales, es decir, estos tienen como destinatarios también a los particulares; para, Schwabe, en cambio, es el Estado el único destinatario de los derechos fundamentales (Mendoza Escalante, 2005, p. 7)⁵⁴.

2.3. El contenido de las normas constitucionales dotadas de eficacia que posibilita la aplicación de la *Drittwirkung der Grundrechte*

Todo el contenido de las constituciones contemporáneas son normas de aplicación directa empero no todas tienen la misma eficacia ni el mismo sentido ni el mismo alcance; habrá que estarse en todo caso a la estructura de cada una de ellas. Lo que no admite discusión en el constitucionalismo contemporáneo -y más aún en el paradigma neoconstitucionalista- que las normas constitucionales contentivas de derechos fundamentales tienen plena y efectiva aplicación a las diferentes relaciones jurídicas que pudieren presentarse. Para el caso ecuatoriano, el Art. 11 numeral 3 de la Constitución taxativamente, expresa:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos

⁵⁴ El mismo autor manifiesta, que: “Esta tesis sostiene que en un conflicto entre dos titulares de derechos no se produciría, propiamente, un nuevo ámbito de proyección (el privado) de efectos normativos de los dichos derechos, sino solo un conflicto entre Estado y particular porque al ser resuelto, siempre, por el Poder Judicial, la afectación del derecho fundamental que supondría dicho conflicto sería imputable al Estado en la medida que la autoridad judicial forma parte de este” (Mendoza Escalante, 2005, p.6).

serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento o para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

A esto se suma que en el caso del Ecuador la principal fuente de obligaciones en materia de derechos fundamentales es la Constitución, de cuyo texto se puede fácilmente colegir el establecimiento de una constitucionalización del derecho privado, así tenemos lo dispuesto en la Carta Magna ecuatoriana lo siguiente:

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y en la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución y la ley (...) 5. Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento.

Lo que en concreto viene a establecer este postulado es el sometimiento de todos los actos de los poderes privados a lo establecido en la Constitución, por lo que, no podrán superar esa barrera infranqueable que lo constituye los derechos fundamentales. En este sistema adoptado por el Ecuador se transita hacia un constitucionalismo igualitario, pero con una impronta propia ecuatoriana que demanda un mayor desarrollo doctrinario. Se llega a afirmar que podemos encontrar en la palabra “neoconstitucionalismo” los elementos más innovadores del constitucionalismo europeo contemporáneo desarrollados desde media-

dos del siglo XX, que marca una distinción del modelo basado en el formalismo y positivismo de corte libertario. Con la palabra “transformador” se relaciona a los avances propios que el constitucionalismo andino busca insertar en el constitucionalismo actual (Storini y Navas Alvear, 2013, p. 38-39).

En este marco de aceptación de la *Drittwirkung*, se hace necesario delimitar las normas que tienen efectividad en las relaciones verticales de las que la tienen en las relaciones horizontales. En el primer caso observamos que las normas que tienen que ver con el debido proceso (tutela efectiva, *non bis in idem* por citar algunos ejemplos) no admiten su aplicación sino única y exclusivamente a las relaciones de los particulares frente al Estado. En el caso del derecho a la libertad y a la integridad personal su alcance también se ha extendido a la órbita particular como podremos ver en lo expuesto líneas más abajo. Así mismo normas como los denominados derechos de la personalidad: honor, intimidad y propia imagen, constituyen a no dudarlo derechos exigibles a particulares. En la sentencia 99/1994 el Tribunal Constitucional español reconoce la eficacia del derecho fundamental a la propia imagen contenido en la Carta Constitucional española⁵⁵ estableciendo un límite constitucional a las relaciones laborales entre el empresario y el trabajador, sin que esto signifique el menoscabo del poder de autoridad que en toda relación de trabajo posee el empresario⁵⁶.

⁵⁵ El Art. 18.1 de la CE, entre los derechos fundamentales expresamente considera a la propia imagen. Al texto, la mentada disposición manifiesta: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

⁵⁶ El caso en concreto resultó del despido del que fue objeto un cortador de jamón por rehusarse a acudir a hacer una demostración de su arte por consi-

En el marco constitucional ecuatoriano existen disposiciones evidentes de aplicación de derechos fundamentales a las relaciones entre privados; así tenemos: el Art. 20 que garantiza la no afectación a la cláusula de conciencia, el secreto profesional y la reserva de la fuente; estos casos en la mayoría de las veces los provocan los dueños de los medios de comunicación a los periodistas. También procede en los casos de afectación a derechos personalísimos como el del honor, el buen nombre y la intimidad personal y familiar; en el derecho de huelga con las consabidas limitaciones, ligado a este último se encuentra el de sindicalización y asociación. Es de destacar que con el nuevo escenario constitucional, derechos fundamentales como el acceso al agua, a un ambiente sano (conocidos como derechos del Buen Vivir)⁵⁷ tiene plena eficacia directa frente a terceros. En el constitucionalismo ecuatoriano se ha considerado a la naturaleza como sujeto de derechos⁵⁸ por lo que la relación entre particulares y naturaleza es del todo nuevo en el panorama constitucional internacional; de donde la consideración jurídica que alcanza la naturaleza es similar a la de un particular; sin embargo la naturaleza tiene sus propios y particulares derechos como la restauración, respeto íntegro

derar que esta imposición violentaba el derecho fundamental a su propia imagen. El tribunal concedió el amparo solicitado con la consiguiente reincorporación al trabajo por parte del jamonero.

⁵⁷ Al respecto Ramiro Ávila Santamaría, afirma: “Los derechos del buen vivir quizá sean los más difíciles de resolver, porque implican mayor determinación judicial y mayor tacto político por parte de las juezas y jueces. ¿Cómo exigir violaciones tan complicadas como el derecho al hábitat, al agua, a la seguridad social (derecho universal y no solo de los trabajadores)? La más fácil es no resolviéndolos, pero es la más perversa porque desnaturaliza a los derechos y al Estado Constitucional de Derechos y Justicia” (Ávila Santamaría, 2012, p. 216).

⁵⁸ El inciso segundo del Art. 10 de la Constitución del Ecuador, categóricamente dice: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”.

a su existencia, mantenimiento y generación de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; esto trae como consecuencia que un particular pueda accionar la garantía jurisdiccional de la acción de protección en contra de otro particular cuando se violenten los derechos de la naturaleza.

2.4. Las garantías de tutela constitucional entre particulares: la jurisdicción constitucional de la libertad en el Ecuador

Partamos de la afirmación de que los derechos han existido antes que las garantías que las efectivice; y, el dotar de eficacia a los derechos fundamentales a las relaciones entre los particulares demanda contar con un sistema constitucional eficiente de garantías que superen los ya de por sí limitados instrumentos de control propios del derecho privado. Hablar de derechos sin las correspondientes garantías que posibiliten su pleno goce no ayudarían a constituir esa doble vertiente (control horizontal y vertical del poder) necesaria para conformar un ordenamiento jurídico eficaz en donde la tutela judicial ocupe un lugar privilegiado dentro del Estado Constitucional de Derechos como es el caso ecuatoriano.

Por principio la Constitución del Ecuador es garantista al prever medios idóneos de defensa de los derechos humanos que se encuentran contenidos en un catálogo amplio de libertades que no son taxativos pues permiten la plena aplicación de otros derechos nacidos extraterritorialmente⁵⁹;

⁵⁹ El texto del Art. 11 numeral 7 de la Constitución del Ecuador, dice: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, **no excluirá los demás derechos** derivados de la dignidad de las personas, comunidades,

siendo plenamente justiciables ante toda clase de autoridad y no exclusivamente la judicial.

Cuando hablamos de garantías jurisdiccionales hacemos referencia a una idea de protección o tutela de derechos fundamentales; la otra cara de los derechos si ellos quieren estar dotados de efectividad constituyen la presencia de las garantías. Un derecho no es más ni menos por la presencia o no de una garantía, en el sentido de que los mecanismos de tutela no condicionan la existencia del derecho sino su efectividad. El sistema de garantías constitucionales idealizado por el constituyente, pertenecen a la nueva cultura jurídica del neoconstitucionalismo, en donde se transita del modelo de Estado de Derecho a un modelo de Estado Constitucional de Derecho. El neoconstitucionalismo viene a fundir los elementos de las dos tradiciones jurídicas predominantes: la norteamericana y la europea, que originalmente se muestran como contrapuestas. En el esquema neoconstitucional la finalidad material del Estado es la garantía efectiva de los derechos de las personas⁶⁰, para lo cual la Constitución debe de tener una aplicación efectiva y directa en el ámbito de las relaciones horizontales dotándole al particular de aquellas herramientas procesales que viabilicen la normatividad de la Carta Fundamental como modelador de las relaciones sociales, en si es una Constitución “invasora” que sirve de centralidad a todo el ordenamiento jurídico (Storini & Navas Alvear, 2013, p. 39).

pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”. Énfasis agregado.

⁶⁰ El Art. 3 numeral 1 de la Constitución ecuatoriana, entre los deberes primordiales del Estado, expresamente hace constar lo siguiente: “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

Al momento de tutelar derechos la Constitución del Ecuador se ha dotado de cuatro clase de garantías: a) normativas; b) institucionales; c) políticas públicas; y, d) jurisdiccionales. Sobre estas últimas nos ocuparemos en este acápite, que se encuentra circunscrito al campo de las vías procesales previstas en la Constitución para la defensa de los derechos cuando se produce una vulneración por parte de particulares en contra de otros particulares. Las principales garantías conocidas en los ordenamientos jurídicos occidentales son: la acción de amparo, tutela o protección, habeas corpus, habeas data, las acciones colectivas y las acciones en contra de sentencias judiciales; estas dos últimas de cuño constitucional último, pues antes de la Constitución del 2008 no se las previó. Eso sí es menester aclarar que las tres primeras tampoco son actualmente lo que fueron con la Constitución de 1998; las cuales están dotadas de mayor efectividad al momento de ser desplegadas para proteger derechos. A más de las garantías indicadas, en el sistema ecuatoriano se añaden las medidas cautelares, acción de acceso a la información pública y acción por incumplimiento.

El inciso primero del Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJYCC) en relación a la finalidad de las garantías jurisdiccionales en general, expresamente dice:

Las garantías jurisdiccionales tiene como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

En cuanto a las características de las garantías constan las siguientes:

- Son acciones públicas y populares, por lo que la legitimación activa recae en un grupo mayor de personas, de pueblos o de nacionalidades, posibilitando interponer acciones colectivas en caso de lesionarse derechos colectivos fundamentales como es el caso de la consulta prelegislativa de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; otro caso que podemos citar es cuando se afecta los derechos de la naturaleza, pudiéndose ejercitar las garantías (en concreto y para estos casos la acción de protección) individual o colectivamente;

- La informalidad y la sencillez de los procedimientos; y,
- El procedimiento es eminentemente oral.

Con el amplio abanico de garantías establecidas procesalmente se añade la nueva concepción de protección de derechos a la cual deben hacer frente los administradores de justicia, conformándose de esta manera ese engranaje entre derechos y garantías que demanda un Estado Constitucional de Derechos. Como forma de proteger el derecho a la libertad y la movilidad se dispone de la herramienta procesal conocida como *Habeas Corpus*, operando no solamente cuando el Estado ha privado ilegalmente de la libertad a un particular, sino inclusive cuando un particular le priva a otro particular de ese derecho fundamental. A manera de ejemplo podemos citar el caso de las denominadas “clínicas de desintoxicación” en donde se le reclusa a un particular bajo el pretexto de recibir atención especializada para tratar problemas de alcohol y drogadicción. El *modus operandi* de estas “clínicas” era para todos los casos igual: familiares o amigos disponían a nombre de la persona a ser tratada, que sea recluso en un determinado centro así no se haya contando con su anuencia. Con este contexto era sumamente difícil que alguien pudiera solicitar judicialmente que al

tratante recluso en contra de voluntad y que recibía frecuentes abusos, pudiera ser liberado de tales centros, esto debido a que, con el anterior esquema constitucional el *habeas corpus* procedía en contra de retenciones ilegales a la libertad que tenía como único legitimado pasivo al Estado⁶¹. El inciso primero del Art. 89 de la Constitución ecuatoriana, dice:

La acción de *habeas corpus* tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentra privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad. (Énfasis agregado).

A continuación pasaremos a revisar el problema central de este trabajo: el mecanismo de tutela constitucional en las relaciones sociales, considerando en particular a la acción de protección en el sistema ecuatoriano como la herramienta procesal constitucional más eficaz y directa para la defensa de los derechos fundamentales *inter privados*.

⁶¹ En la jurisprudencia constitucional ecuatoriana en el expediente signado con el número 0154-2010 expedida por el Tribunal de Garantías Penales del Azuay se acepta una acción de *habeas corpus* por internación en contra de su voluntad de un individuo en un centro psicoterapéutico para alcohólicos y drogadictos de propiedad particular.

Capítulo III

La acción de protección contra particulares en el Ecuador

La acción de protección como herramienta procesal constitucional viable para la efectivización de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares tiene antecedentes previos en el constitucionalismo ecuatoriano⁶². En el año de 1967 se creó la figura del amparo pero no tuvo plena eficacia ni aplicación por la falta de un procedimiento que permita su aplicación, esta figura jurídica pervivió sin aplicación práctica hasta el 22 de junio de 1970 cuando desapareció al instaurarse la dictadura civil del presidente José María Velasco Ibarra. Pasarán algunos años para el retorno a la democracia y es concretamente en la Constitución de 1978 en donde se vuelve a instituir la figura de la queja en contra de violación de derechos constitucionales, pero volviendo a adolecer de falta de mecanismos que permitan su concreta aplicación.

La creación mediante reforma a la Carta Magna en el año de 1996 del Tribunal Constitucional y la posterior expedición en el año de 1997 de la Ley de Control Consti-

⁶² Desde 1830 hasta 1946 se recogen en las Constituciones, enunciados que conceden a los particulares accionar en contra del Estado ante infracciones constitucionales y legales cometidas por funcionarios públicos, pero sin determinar los mecanismos que hagan efectiva su aplicación. La breve duración de la Constitución ecuatoriana de 1945, crea por primera vez la figura jurídica de la queja bajo competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales por quebrantamiento de la Constitución y las leyes, de igual manera solo se establecía que pueden ser presentadas por cualquier persona natural y jurídica pero sin desarrollo legal posterior que determine el proceso y plazos de ejecución.

tucional calificada en el año 2001 como orgánica, dio cabida a la aplicación del amparo pero únicamente frente a autoridades públicas, excepcionando las resoluciones judiciales. En año de 1998 se promulga la penúltima Constitución del Ecuador en donde por primera vez se prevé el amparo en contra de particulares pero circunscritos únicamente a su condición de prestadores de servicios públicos o que actúen por delegación o concesión de una autoridad pública y en contra de particulares cuando afecten un interés comunitario, colectivo o difuso; no siendo posible el amparo de un particular en contra de otro particular por afectación de derechos fundamentales.

El amparo del año 1998 tenía la característica de ser eminentemente tutelar y reparatorio a la vez, lo que significó que en la práctica ante un evento ya producido el único efecto era el reparatorio cuando cabía, caso contrario la vía procesal para remediar cuando el daño se ha había producido lo constituía la vía ordinaria⁶³. Entre los requisitos procesales se estableció la existencia de la gravedad e inminencia del daño, lo cual devino en que este recurso se haya vuelto -ante la exigencia de demostrar lo mencionado- contencioso y con lo cual se trastocaba la razón de ser del amparo el cual gozaba de las características de ser informal, rápido y ágil. Otros problemas devinieron de la legitima-

⁶³ Las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de junio del 2001 y del 10 de abril del 2002 restringieron aún más el amparo constitucional al reducirlo como una medida únicamente cautelar. A más de las mentadas resoluciones, el extinto Tribunal Constitucional en la causa No. 005-2003-RA, dice: “Que, la acción de amparo prevista en el artículo 95 de la Constitución de la Republica se caracteriza por su **naturaleza cautelar de los derechos constitucionales**, de tal manera que únicamente suspende los efectos de un acto ilegítimo, o protege al gobernado de las consecuencias de una omisión, así mismo ilegítima, provenientes de autoridad pública, que por violar dichos derechos, causen un daño grave e inminente”. Énfasis agregado.

ción activa, donde la visión de los derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples prevalecía sobre el entramado constitucional e infraconstitucional; en este estado de cosas el interés difuso no constituía una categoría jurídica específica prevaleciendo el interés simple entendido como aquel que a título particular pertenece a un sujeto⁶⁴. Estos fueron los principales problemas de los que adoleció el amparo deviniendo en una crisis en su operatividad (Montaña Pinto y Porras Velasco, 2012, p.106-107).

En el año 2008 con el cambio de paradigma constitucional en donde se proclama la sujeción del derecho a los derechos⁶⁵ se infiere que las garantías constitucionales continuarán siendo límites a todos los poderes -sean estos públicos o privados- pero esta vez las garantías -en especial la más utilizada: la acción de protección- deberá ser eficaz en su aplicación. Hasta la fecha se ha realizado en el Ecuador un estudio que contiene la evaluación de la acción de protección en la práctica en las provincias de Guayas y Azuay,

⁶⁴ En el artículo *La constitucionalización del derecho privado y la acción de protección*, se menciona en el pie de página el amparo No. 862-2004-RA, resuelto por el ex Tribunal Constitucional, en la que un ciudadano interpuso amparo constitucional en contra de dos ciudadanos por haber construido unas torres de 20 metros de altura en las que instalaron cuatro autoparlantes para difundir publicidad a toda hora, incluso por la noche, con el volumen muy alto, lo cual afectó a la tranquilidad y paz de los que habitaban en dicha localidad por el ruido ensordecedor que provocaba. El juez de instancia negó la acción y el Tribunal Constitucional, en apelación, indicó que el actor no había acreditado ser representante de la comunidad, y resolvió ratificar la decisión de primera instancia por falta de legitimación activa del proponente. (González Dávila, 2011, p. 72-73).

⁶⁵ Esta sujeción tiene tres aristas: 1.- En ningún caso las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos (Art. 84 de la Constitución); 2.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma (Art. 424 de la Constitución); y, 3.- Los derechos son de inmediato cumplimiento y aplicación por parte de cualquier autoridad (Art. 426 de la Constitución). (Ávila Santamaría, 2009, p. 410).

dichos resultados arrojaron que evidentemente la mayoría de las acciones de protección son incoadas en contra del sector público y muy minoritariamente en contra de particulares. De un total de 2.072 sentencias de primera instancia 1.915 (92.4%) estaban dirigidas en contra del sector público y solo 157 (7.6%) en contra del sector privado. De estas 157 acciones, en porcentajes el 30% declaran la vulneración de derechos, el 11% han sido denegadas, el 43.5% han sido inadmitidas mediante sentencia y el 15.3% también han sido inadmitidas aunque mediante auto definitivo (Storini y Navas Alvear, 2013, p. 125).

3.1. Características generales de la acción de protección contra particulares como garantía jurisdiccional de la libertad

La acción de protección en el diseño actual es de conocimiento y no eminentemente cautelar⁶⁶, acompañado de la acción de protección se pueden solicitar las medidas cautelares que tienen la peculiaridad de ser provisionales; es de conocimiento porque se debe demostrar la existencia del daño y una vez constatado el hecho se puede responsabilizar al Estado o al particular y obligarlo a reparar íntegramente la violación. La ejecución de la sentencia con la anterior figura del amparo correspondía a la justicia ordinaria, en concreto a los tribunales contenciosos administrativos;

⁶⁶ En la primera sentencia jurisprudencial vinculante en materia de garantías jurisdiccionales, la 001-10-PJO-CC, en la parte final del considerando 20, se lee: "(...) Muestra de ello es el tránsito de garantías constitucionales extremadamente formales, **meramente cautelares**, legalistas, con un ámbito material de protección reducido a la justiciabilidad de derechos civiles y políticos, a **garantías jurisdiccionales de conocimiento, libres de formalidades desde su activación, y lo más importante, protectoras y reparadoras de todos los derechos constitucionales**". Énfasis agregado.

ahora con la figura de la acción de protección la ejecución se la ventila en el mismo proceso y en sede constitucional con excepción si la reparación consiste en dinero⁶⁷; y, para fortalecer su cumplimiento se han desarrollado instituciones como la acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional cuando las sentencias no son ejecutadas íntegramente⁶⁸.

La acción de protección contra particulares no es de naturaleza subsidiaria⁶⁹; pero esta característica aparece cuando el demandado es el Estado⁷⁰. Entre las causales de improcedencia, podemos nombrar a la que consta en el numeral 5 del

⁶⁷ En concreto el Art. 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prevé que, en caso de que parte de la reparación sea en dinero, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez si fuere contra un particular y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado.

⁶⁸ El inciso primero del Art. 163 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, textualmente dice: “Las juezas y jueces tienen la obligación de ejecutar las sentencias en materia constitucional que hayan dictado. Subsidiariamente, en caso de inejecución o defectuosa ejecución, se ejercerá la de acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional”.

⁶⁹ *Ibid.*, el numeral 3 del Art. 40, entre los requisitos que debe reunir la acción de protección dice: “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”.

⁷⁰ *Ibid.*, El numeral 4 del Art. 42. al texto manifiesta que la acción de protección es improcedente: “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. Decimos que esta característica aparece -solamente para el Estado porque emplea la expresión “acto administrativo”- porque el accionante debe demostrar en el proceso que las vías ordinarias existentes no son adecuadas o eficaces. Autores como Juan Montaña Pinto consideran que esta disposición es inconstitucional pues vuelve subsidiaria o residual a la acción de protección, violentándose el contenido y la filosofía de los artículos 86 y 88 de la Constitución del Ecuador, que expresamente eliminaron la subsidiariedad de la acción de protección (Montaña Pinto & Porras Velasco, 2012, p. 114-119).

Art. 42 de la LOGJCC, que dice: “Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho”.

Esta disposición es clara, lo cual nos lleva a la conclusión de que no se puede utilizar a la acción de protección para que un trabajador -por poner un ejemplo- pretenda cobrar sus haberes mediante esta figura constitucional para evitar plantear el juicio laboral pertinente ante la justicia ordinaria, más aun cuando la falta de pago oportuno de los haberes trae aparejado otras consideraciones legales como el despido intempestivo que deben igualmente ser tratados y resueltos en sede ordinaria y no constitucional, en definitiva el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha previsto ya en el Código del Trabajo la forma de resolver estos inconvenientes derivados de los contratos laborales. La Corte Constitucional mediante No. 102-13-SEP-CC (Caso No. 0380-10-EP)⁷¹, ha declarado que:

(...) pues como esta Corte también ha sostenido, bajo la concepción del Estado constitucional de derechos y justicia los derechos constitucionales no son declarados, sino tutelados, dado que estos preexisten, lo único que se declara en las acciones de garantías jurisdiccionales de los derechos son las vulneraciones que ocurren a los derechos constitucionales. Cosa distinta sucede en la justicia ordinaria, toda vez que, mediante el ejercicio de sus competencias, lo que se pretende es la declaración del derecho y su correspondiente exigibilidad (...).

De lo manifestado tenemos que cuando de derechos fundamentales *inter privatos* tratamos, es procedente directamente la acción de protección y no rige la subsidiaridad; quedando separado de esta forma las acciones constitucionales de las ordinarias que no están diseñadas para proteger

⁷¹ Suplemento del Registro Oficial No. 152 del 27 de diciembre del 2013.

los derechos fundamentales eficazmente cuando la conflictividad se da entre particulares. Los jueces ordinarios en el Ecuador, como poderes públicos, están sujetos a la Constitución, debiendo aplicar -al momento de resolver y de ser pertinente- los derechos fundamentales establecidos en la Carta Magna; ya sean cuando sustancien procesos civiles, penales, laborales, de familia, etc., o cuando conozcan de la acción de protección contra particulares, en los dos casos la aplicación de los derechos fundamentales es directa. El artículo 11 numeral 3 de la Constitución, entre los principios para el ejercicio de los derechos, manifiesta:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos *serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. (Énfasis agregado).

Una característica medular de la acción de protección entre particulares lo constituye la inversión de la carga de la prueba como una innovación en la Constitución del 2008⁷². En la parte final del cuarto inciso final del Art. 16 de la LOGJYCC, expresamente se lee: “En los casos en los

⁷² En el anterior modelo de justicia constitucional previsto, el proponente de la acción de amparo debía probar fehacientemente los asertos de sus dichos, lo cual muchas de las veces desemboca en el rechazo de las acciones por la falta de presentación de pruebas que en la mayoría de los casos descansaba en poder del mismo violentador de derechos.

que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza”.

El *onus probandi* en la circunstancias determinadas en el artículo precedente, responde a la dificultosa y complicada tarea de probar la discriminación, problema en la sociedad ecuatoriana de contenido profundamente social más que legal; pero que, la Constitución determina -sin ser taxativa- determinadas categorías sospechosas bajo las cuales se puede discriminar⁷³. Las conductas discriminatorias muchas de las veces son encubiertas en actos y omisiones aparentemente lícitas lo que dificulta la prueba de la discriminación; en el tema laboral por ejemplo es palpable esta realidad debido a que los patronos poseen en la mayoría de los casos las fuentes probatorias.

En el caso concreto de la carga de la prueba por circunstancias de discriminación se produce una suerte de presunción de certeza de los hechos narrados por el demandante, obligándose el demandado a desvirtuarlo. Sin embargo esta presunción de certeza también tiene sus propios límites contenidos en los elementos de convicción que podrían llevar al juez a una conclusión contraria; consideramos que así deberíamos entender la primera parte del último inciso del Art. 16 de la LOGCYCC, a pesar de que se refiere a las entidades públicas: “Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demues-

⁷³ El inciso segundo del numeral 3 del Art. 11 de la Constitución del Ecuador, manifiesta que: “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.

tre lo contrario o no suministre la información solicitada, *siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria*” (énfasis agregado).

Los procesos ordinarios y los constitucionales difieren en cuanto al tratamiento de la prueba; en los ordinarios los demandantes deben probar lo aseverado en su libelo de demanda, en donde se busca que el juez resuelva un tema de estricto interés de las partes, estando en consecuencia el administrador de justicia a actuar sometido a lo probado por ellas (principio dispositivo). En los procesos constitucionales, están inmiscuidos intereses -si bien muchas de las veces particulares- que se sitúan en el ámbito de la supremacía constitucional y la protección de los derechos constitucionales (Montaña Pinto y Porras Velasco, 2012, p.39-40); resultado de lo dicho está en que en las garantías constitucionales no se discuten cuestiones atinentes a la titularidad de un derecho sino al restablecimiento del mismo.

En el derecho constitucional tiene aplicación el principio *pro homine* mediante el cual en caso de duda se debe preferir en proteger el derecho fundamental, consideramos que este principio es de plena aplicación al campo de la prueba; pensar lo contrario sería sostener que las dudas que pueden derivarse por la falta de prueba -salvo en los casos en los cuales el juez requiera de mayores elementos de convicción- darían lugar al rechazo de la acción de protección planteado en desmedro de la tutela constitucional de derechos fundamentales.

3.2. Requisitos procesales

El Art. 40 de la LOGJCC establece los requerimientos de procedibilidad que deben cumplir las acciones de protección: el primer requisito exige que el derecho violentado

tenga carácter iusfundamental; la acción de protección demanda que el acto objeto de la acción violente las normas constitucionales y no meramente legales. Este es el objeto del proceso jurisdiccional en materia de acción de protección y, por tanto la existencia de un derecho fundamental violentado es lo que la califica como admisible permitiendo determinar el objeto del proceso constitucional. En cuanto a los aspectos de mera legalidad que no impliquen violación de derechos fundamentales, la Corte Constitucional en su primera sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-10-PJO-CC, dice:

57. (...) Segundo, (...) la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de las cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente la vía administrativa (...).

60. (...) Si vía acción de protección se impugna de una manera exclusiva la legalidad del acto, sin que conlleve vulneración de derechos constitucionales, el asunto debe decidirse en los mecanismos jurisdiccionales ordinarios competentes, pero no a través de una garantía jurisdiccional de derechos constitucionales.

Se debe afectar el contenido constitucional del derecho directamente ya que la acción de protección se instituyó para tutelar aquellos aspectos de los derechos de las personas relacionados con la dignidad y los denominados derechos de la naturaleza. Si la violación del derecho tiene una dimensión única y exclusivamente patrimonial y no constitucional la vía procesal adecuada lo constituirá la ordinaria, en especial la civil⁷⁴. En cuanto al tema de la protección de

⁷⁴ En la sentencia de acción extraordinaria de protección No. 146-14-SEP-CC (Caso No. 1773-11-EP) de fecha 1 de octubre del 2014, en la parte

los derechos patrimoniales, estos han quedado circunscritos al ámbito de la justicia ordinaria en base a los postulados contenidos básicamente en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, diferente es el tratamiento cuando unido al tema patrimonial van aparejados aspectos de derechos fundamentales como la salud o la vida⁷⁵. Luigi Ferrajoli distingue con base en cuatro aspectos entre los denominados derechos meramente patrimoniales y los derechos fundamentales: 1.- Los derechos patrimoniales pertenecen a título singular y los fundamentales son universales perteneciéndoles por igual a todas las personas por el solo hecho de serlo; 2.- Los derechos patrimoniales son disponibles, negociables, transferibles; los derechos fundamentales son personalísimos; 3.- Los derechos patrimoniales tienen su base originalmente en la voluntad y en normas hipotéticas

pertinente, se manifiesta: “En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el derecho a la propiedad abarca una doble dimensión: la primera, referida a su reconocimiento como derecho constitucional, que implica una obligación por parte del Estado para promover su acceso y una limitación para que el mismo, no lo menoscabe ni vulnere, es decir, genera obligaciones de prestación y abstención; mientras que la segunda se refiere a la declaración de un derecho en cuanto el derecho de propiedad se encuentra encaminado al reconocimiento de la titularidad de propietario de un bien o al goce de los derechos reales bajo las modalidades y formas determinadas en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil. (...) el derecho a la propiedad desde su dimensión constitucional, es un derecho que se encuentra protegido por las garantías constitucionales, como derecho constitucional inalienable, interdependiente, de igual jerarquía y por ende relacionado con más derechos referentes a la dignidad humana (...). En tal virtud, los jueces constitucionales, como ya se mencionó, luego de un análisis pormenorizado deben distinguir, caso a caso, bajo que dimensión del derecho a la propiedad se encuentran, es decir, ya sea frente a un reconocimiento que compete a la justicia ordinaria o bajo una circunstancia que vulnera el derecho constitucional como tal”.

⁷⁵ En la obra “Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos”, de Ramiro Ávila Santamaría, se lee a modo de ejemplo el caso en el cual en un contrato se haya establecido la exclusividad de una medicina que, de no convertirse en genérica, cause miles de muertes en el país, el tema en discusión ya no es la propiedad sino la salud y la vida en general (Ávila Santamaría, 2012, p. 233).

y los derechos fundamentales tienen su base en la dignidad y en normas éticas; y, 4.- Los derechos patrimoniales se desarrollan en el campo del derecho privado y entre personas que tienen igual estatus jurídico (capacidad); y, los derechos fundamentales actúan sobre relaciones de desigualdad que prohíben, limitan y obligan al más poderoso en relación con el más débil (Ferrajoli, 2009, p. 29-35).

El segundo requisito tiene que ver con que la violación del derecho debe ser directamente atribuida a una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular; esto significa que se trata de todo proceder comitativo u omisivo que produzca como resultado la vulneración de un derecho constitucional, interesando que el acto sea eficaz al producir efectos directos a terceros y que tales efectos sean vulneradores de un derecho constitucional, interviniendo en el, ya sea impidiendo su ejercicio u obstaculizándolo de forma tal que lo torne inaccesible para su titular (Zavala Egas, Zavala Luque & Acosta, 2012, p. 393).

El tercer requisito de procedibilidad determina que para que la violación de un derecho constitucional se pueda remediar por medio de la acción de protección, se requiere que el derecho concreto vulnerado no tenga en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una garantía especial. Algunos derechos como el de la libertad tienen garantías específicas para su protección como el *habeas corpus*; el derecho de libre acceso a la información generada por los poderes públicos goza de la garantía constitucional conocida como acceso a la información pública; en todos estos casos, no procedería la acción de protección sino la garantía constitucional específicamente prevista⁷⁶. De lo dicho, es obvio

⁷⁶ El Art. 39 de la LOGJYCC, expresamente dice: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, **que no**

que este último requisito procesal no se refiere a los procesos ordinarios declarativos de derechos de contenido legal, pues, no es el idóneo o en el que se amolda en cuanto objetivo y pretensión para un litigio sobre la violación de derechos fundamentales, más aún cuando la misma Constitución las desplaza al exigir de las garantías jurisdiccionales las propiedades contenidas en el Art. 86 que no se corresponden con esos procesos; y, que la LOGJYCC en el numeral 14 del Art. 4 la posterga estableciendo la subsidiariedad (Zavala Egas et al., 2012, p. 455)⁷⁷.

En los numerales 4 y 5 del Art. 41 de la LOGJYCC se establece los requisitos específicos de procedencia y legitimación pasiva que debe contener el o los hechos fundadores de la acción de protección entre particulares:

4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:

a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;

b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;

c) Provoque daño grave;

d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

estén amparados por las acciones de habeas corpus, acceso a la información pública, habeas data (...)". Énfasis agregado.

⁷⁷ El Art. 4 numeral 14 de la LOGJYCC, entre los principios constitucionales de la justicia constitucional, manifiesta: "Subsidiariedad.- Se tomaran en cuenta los demás principios procesales establecidos en la legislación ordinaria, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del control constitucional".

De lo transcrito se desprende que para que procede la acción de protección no es necesario que concurren las cuatro circunstancias previstas en el numeral 4, es suficiente la presencia de una sola. En cuanto al servicio público impropio -entendido como aquel que es suministrado por personas privadas naturales o jurídicas bajo las normas determinadas por la administración pública-, este deriva de un permiso o licencia -en definitiva de una autorización administrativa- que permite tanto su ejercicio como la obligación prestarlo a cualesquiera que lo solicite a cambio del pago de un determinado valor. La relación que debe existir en estos casos para la procedencia de la acción de protección es el acto del particular prestando un servicio público y que tal acto produzca una violación de derechos fundamentales como consecuencia de dicha prestación⁷⁸.

Al servicio de interés público se lo concibe como aquella que se presta a toda la comunidad, de manera regular y continua, y satisface necesidades colectivas materiales o inmateriales. Por ejemplo en materia de transporte terres-

⁷⁸ En el expediente 1176-11-JP escogido por la Corte Constitucional, consta el caso de una persona que acudió a una clínica particular (entidad privada que presta un servicio público impropio); y, que por motivo de una mala atención médica -motivada en lo principal por un inadecuado servicio- se produjo la amputación de unos de sus brazos. En primera instancia se aceptó la acción de protección por vulneración a la salud (derecho integrante de los derechos del buen vivir) e integridad personal y en segunda instancia se revocó esta sentencia desechando la acción de protección porque a criterio del tribunal *ad quem*: a) no se advierte lesiones de derechos fundamentales; y, b) existen otras vías para el reclamo de sus pretensiones. El inciso primero del Art. 362 de la Carta Magna, en relación a la salud como servicio público, manifiesta: “La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.”.

tre, aéreo o ferroviario, o en materia de energía, el Estado diseña las políticas generales de estos servicios, la forma de prestarlo, los requisitos jurídicos y económicos para ofertar y la forma de accesibilidad. El servicio de interés público comprende un conjunto de prácticas encaminadas a la satisfacción de las necesidades sociales que tiene por finalidad: la defensa del interés colectivo, la promoción de los derechos humanos y la justicia social. Los servicios de interés público son de dos clases: a) esenciales; y b) no esenciales.

Los primeros por ser inherentes y exclusivos a la soberanía del Estado son indelegables como por ejemplo los servicios de justicia, la seguridad tanto interna como externa, la seguridad social, etc.⁷⁹; y, los segundos son los que satisfacen necesidades públicas y conducen al progreso y bienestar de la sociedad entera como por ejemplo los servicios de salud, educación, transporte, etc., y que pueden ser delegados a la iniciativa privada (Cueva Carrión, 2010, p. 158-162).

En cuanto a los servicios públicos por delegación o concesión⁸⁰, en el primer caso viene a ser el acto mediante el

⁷⁹ El inciso segundo del Art. 158 de la Constitución Ecuatoriana expresamente dice: “La protección interna y el mantenimiento del orden público son funciones privativas del Estado y responsabilidad de la Policía Nacional”. El Art. 167 de la Constitución Ecuatoriana, dice: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”. El Art. 367 de la Carta Magna, expresa: “El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la sociedad (...)”.

⁸⁰ El numeral 9 del Art. 11, entre los principios del ejercicio de los derechos, señala que: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los parti-

cual una autoridad pública encarga a una persona privada, natural o jurídica, la prestación de un servicio público bajo su riesgo y responsabilidad; en el segundo la concesión la entendemos como un contrato administrativo mediante el cual la Administración Pública transfiere a un particular determinadas atribuciones de un servicio público que le pertenece. Las dos formas de privatización responden al auge del pensamiento neoliberal impuesto por el Consenso de Washington e impulsado por organismos internacionales de crédito como el Banco Interamericano de Desarrollo; y, que, con beneplácito por nuestros gobernantes de turno fueron implementadas en nuestro país⁸¹. Con la nueva visión de Estado garantista, determinados bienes comunes ⁸² como el agua, adquieren el rango de un derecho fundamental que gestionado entre el Estado y la comunidad busca apartar el control y monopolio del sector privado⁸³. Con

culares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos (...).”

⁸¹ Las reformas planteadas por el Consenso de Washington fueron aplicadas tanto en el Ecuador como en resto de la región, desde mediados de los años 80's del siglo pasado. Estas se enfocaron en promover la apertura comercial, la captación de inversiones extranjeras mediante la privatización de empresas y servicios públicos, la desregulación, la flexibilización laboral, la apertura de la cuenta de capitales y la reducción del papel y la presencia del Estado.

⁸² En el pensamiento actual europeo -y en especial en el italiano a raíz del referéndum contra la privatización del agua en junio del año 2011- ha florecido el debate público por la defensa y reapropiación de determinados recursos y espacios llamados “comunes”.

⁸³ El Art. 12 de Constitución ecuatoriana, expresa: “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”. Relacionado a esta disposición el primer inciso del Art. 318 del mismo cuerpo legal, determina que: “El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua”. La disposición transitoria vigesimosexta, categóricamente manda que: “En el plazo de

respecto a las delegaciones y como mandato constitucional general el Art. 316 de la Constitución del Ecuador consagra que, excepcionalmente se puede delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a la iniciativa privada y al sector de la economía social y solidaria; y, sujetándose a los plazos y términos de la ley así como al interés nacional. Íntimamente ligado a esto se encuentra los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios públicos concesionados o delegados por la administración pública; estos derechos denominados como difusos y como parte de la tercera generación, en el Ecuador se encuentran entre los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos que en íntima relación con los del buen vivir como son el acceso al agua o el de la salud, son susceptible de protección constitucional a favor de sus usuarios y consumidores. Se nos ocurre el caso de la suspensión del servicio de agua potable por parte de una empresa concesionaria ante la falta de pago del usuario; esta medida de por sí, violentaría el contenido constitucional que proclama el derecho humano al agua como fundamental e irrenunciable; la institución deberá continuar prestando el servicio y deberá cobrar los valores adeudados mediante el procedimiento legal ordinario de cobro de deudas, estándole vedado -por expresos mandatos constitucionales- la interrupción del servicio de agua potable⁸⁴. Se observa

trescientos sesenta días a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, las delegaciones de servicios públicos en agua y saneamiento realizadas a empresas privadas serán auditadas financiera, jurídica, ambiental y socialmente. El Estado definirá la vigencia, renegociación y, en su caso, la terminación de los contratos de delegación, de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en los resultados de las auditorías. Se condona a las usuarias y a los usuarios en extrema pobreza las deudas de agua de consumo que hayan contraído hasta la entrada en vigencia de esta Constitución.”

⁸⁴ En el Ecuador conforme lo hemos señalado en el caso concreto de la prestación del servicio público del agua, esta fue anteriormente concesionada

que cuando los particulares vulneran derechos fundamentales de otros particulares en el régimen de derecho privado (actos o contratos) y en el régimen de derecho público (cuando actúan en calidad de prestadores de servicios públicos) los afectados tienen la facultad de acudir a la acción de protección como forma de reparar estas afectaciones.

En cuanto al daño grave lo entendemos como aquel perjuicio o lesión que considerado importante se produce en los derechos fundamentales de los particulares. El efecto que dimana del daño grave es grande porque son perjudiciales en mayor medida. De lo dicho cabe preguntarse si la simple vulneración de un derecho fundamental ocasiona un daño grave y por lo tanto es procesalmente factible la interposición de la acción de protección entre particulares? Partamos que toda afección a un derecho -así no sea fundamental- ocasiona daño, más en el caso presente la presencia del vocablo “grave” nos pone en el escenario de que no todo daño a un derecho fundamental -pensemos en una mera vulneración de derechos fundamentales- puede ser

a entidades privadas transnacionales como INTERAGUA en Guayaquil, AMAGUA en Samborondón y a TRIPLE ORO en Machala. Estas empresas privadas mantienen el mencionado sistema pero hoy en día con el actual marco Constitucional; y, en caso de suscitarse eventos como el de la suspensión del servicio por falta de pago, estos serían objeto de una acción de protección de derechos fundamentales por parte de los usuarios y consumidores. Con todo así cambie el régimen jurídico de la forma de prestación de estos servicios pasando de ser prestadas mediante concesión al sector público a ser realizadas directamente por el Estado, -hecho a producirse mediante la viabilización legal contenida en las disposiciones transitorias de la reciente Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua promulgada el Suplemento del Registro Oficial No. 305 del 6 de agosto del 2014- la obligación y defensa continuará siendo la misma, con la diferencia que la acción de protección en la mayoría de los casos no será horizontal en contra de particulares sino vertical en contra del Estado; empero, en caso de que intervenga la comunidad -por intermedio de las denominadas Juntas Administradoras de Agua de naturaleza jurídica privada- la acción también podrá dirigirse contra particulares.

considerado suficiente para procedencia de la acción; puesto que conforme lo establecido en la LOGJYCC se exige que tal daño sea grave, en otras palabras que el daño sea importante, grande, permanente o cuantioso.

Del contenido del artículo en análisis se desprende los elementos de la subordinación y la indefensión por separado. En cuanto a la subordinación esta se la puede conceptualizar como la “sujeción a la orden, mando o dominio de uno”. Lo característico consiste en la existencia de un vínculo de dependencia de un sujeto hacia otro, el subordinado de obedecer y el superior dotado de la facultad de disponer o mandar sobre tal sujeto. Así, existe subordinación del trabajador frente al empleador, de los condóminos frente a los consejos administrativos de un condominio, del hijo no emancipado respecto de los padres que ejercen la patria potestad, entre los colegios de profesionales y sus miembros, entre empresas particulares que prestan servicios públicos y los usuarios, entre el directorio de clubes o federaciones deportivas y sus asociados, etc. En la mayoría de organizaciones la disciplina es necesaria para mantener el orden, en la familia, en las relaciones laborales, etc., está presente como forma de permitir que las relaciones se desarrollen dentro de un ambiente de relativa armonía; pero esta obediencia no debe caer en el vasallaje, servidumbre u obediencia irracional que vulnere los derechos del subordinado, en caso de que ocurran estos actos autoritarios, despóticos se ha creado la acción de protección como objeto a amparar a quien se encuentre subordinado ante un poder económico, social, cultural, religioso, mediático, político o de cualquier otra índole.

En cuanto a la indefensión, esta es la posición dominante que, producto de las circunstancias fácticas o jurídicas determinantes de la relación, ostenta un particular respecto

de otro, ocasionando la impotencia del dominado para reivindicar sus derechos constitucionales (González Dávila, 2011, p. 79). La indefensión también se presenta como la carencia de medios de defensa contra las agresiones a los derechos fundamentales que la sufre la parte más débil dentro de una determinada relación jurídica. Se distinguen los siguientes elementos: a.- poder; b.- impotencia; y c.- ineficacia de medios adecuados.

El poder siendo privado puede comportarse en forma abusiva o corrupta por lo cual surge a la vida jurídica la acción de protección como una medida efectiva de reacción contra los abusos de índole económico, social, cultural, religioso, mediático, etc. Es innegable que el poder económico muchas de las veces ha subordinado y colocado en indefensión a los particulares con prácticas monopólicas propias de la denominada libertad de mercado; poder que rebasa las fronteras nacionales y que se encuentran representadas hoy en día por las transnacionales que operando en diferentes países han vulnerado una serie de derechos fundamentales. El conocido caso iniciado ante la justicia ordinaria en el año 2003 por moradores de la provincia de Sucumbíos en la Amazonía Ecuatoriana en contra de la petrolera Texaco (hoy Chevron) por contaminación ambiental (se derramó más de 80.000 toneladas de residuos petrolíferos afectando a unas 500.000 hectáreas), falta de remediación y la consecuente presencia de enfermedades y afecciones a la salud a los moradores del sector, hoy en día serían procesalmente susceptibles de la presentación de la acción de protección por un evidente abuso del poder económico transnacional. Una de las características de la globalización es que ha sobrepuesto a la economía por sobre el poder político⁸⁵, por lo que las rela-

⁸⁵ El profesor italiano, Norberto Bobbio, en relación a su continua pugna histórica entre la política y la economía manifiesta: "Se ha dicho que la dis-

ciones de dominio y apropiación disuelven las fronteras y dispersan los centros del mando por diferentes lugares, em-

tinción público/privada se duplica en la distinción política/economía, con la consecuencia que la primacía de lo público sobre lo privado es interpretado como la superioridad de la política sobre la economía; esto es del orden dirigido desde arriba sobre el orden espontáneo, de la organización vertical de la sociedad sobre la organización horizontal. Prueba de ello es que el proceso que hasta ahora parecía irreversible, de la intervención de los poderes públicos en la regulación de la economía también es designado como proceso de “publicación de lo privado”. En efecto, se trata de un proceso que las doctrinas socialistas políticamente eficaces favorecieron, mientras los liberales de ayer y de hoy, además de las diversas corrientes del socialismo libertario, hasta ahora políticamente ineficaces, rechazaron y continúan rechazando como uno de los productos perversos de esta sociedad de masas, en la que el individuo, como esclavo hobbesiano, pide protección a cambio de libertad, a diferencia del siervo hegeliano destinado a volverse libre porque no lucha por salvar la vida sino por su reconocimiento. De hecho la publicitación de lo privado solamente es una de las facetas del proceso de cambio de las sociedades industriales más avanzadas (...). La vida de un Estado moderno, en el que la sociedad civil está constituida por grupos organizados cada vez más fuertes, es atravesada por conflictos de grupo que continuamente se renuevan, frente a los cuales el Estado como conjunto de órganos de decisión (parlamento y gobierno) y ejecutivos (aparato burocrático), desempeña la función de mediador y de garante más que de detentador de poder de imperio, de acuerdo con la imagen clásica de la soberanía (...). **No por casualidad quienes ven en el crecimiento de estos centros de poder (entre ellos las grandes empresas) un ataque a la majestad del Estado, hablan de un nuevo feudalismo entendido precisamente como la época en la cual, para retomar a Hegel, el derecho privado toma la supremacía sobre el derecho público y esta prevaricación de la esfera inferior sobre la superior mostraría un proceso de degeneración del Estado (...).** Los dos procesos, de publicitación de lo privado y de privatización de lo público, de ninguna manera son incompatibles, y de hecho se compenetran uno en otro. El primero refleja el proceso de subordinación de los intereses privados al interés de la colectividad representada por el Estado que invade y engloba progresivamente la sociedad civil; el segundo representa la reivindicación de los intereses privados mediante la formación de los grandes grupos organizados que utilizan los aparatos públicos para alcanzar sus objetivos. El Estado puede ser correctamente representado como el lugar donde se desarrollan y componen estos conflictos, para luego descomponerse y recomponerse mediante el instrumento jurídico en un acuerdo continuamente renovado, encarnación moderna de la tradicional figura del contrato social” (Bobbio, 2006, p. 30-32).

presas, corporaciones, conglomerados, organizaciones y agencias transnacionales. Un lugar de influencia e impacto de estos agentes económicos lo ubicamos en el área del derecho de los consumidores los cuales con la apertura económica global, se encuentran en desamparo e indefensión de ahí que, los alimentos transgénicos, la inocuidad de alimentos, la comercialización oculta de hormonas y las semillas modificadas sin observancia -muchas de la veces- a políticas y derechos nacionales constituyen un riesgo latente que atenta contra los derechos de los consumidores (Witker, 2008, p. 580-581) que conforme a la Constitución del Ecuador son catalogados dentro de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.

Al poder social se lo concibe como la capacidad de controlar, modificar o influir en el comportamiento humano para obtener determinados resultados. El poder social actúa con gran potencia y lo ejercen las elites sociales mediante el desarrollo de estructuras cuyas formas y fines están directamente relacionados con el producto que se desea obtener, logrando de esta forma que las personas se comporten de una forma diferente a la que actuarían en otras circunstancias (Cueva Carrión, 2010, p. 181).

En cuanto al poder cultural, hay que partir que la cultura como tal es una superestructura ideológica que se forma y depende de la estructura económica de una determinada sociedad, siendo su función primordial la de reproducir, perpetuar y justificar esta estructura, convenciendo a los sujetos para que respeten los valores tradicionales y habituarlos para que actúen socialmente conforme a ellos. En la sociedad actual la cultura, además de ejercer control, desempeña un rol altamente alienante del sujeto social, lo somete y lo pone al servicio del capital, convirtiéndolo paulatinamente en objeto manipulable por los grandes centros de poder (Cueva Carrión, 2010, p. 181-183).

Directamente relacionado con el poder cultural se encuentra el poder mediático constituido por todos aquellos medios técnicos que crean, desarrollan y difunden la cultura. A la propiedad de los medios de comunicación lo monopolizan los propietarios del capital. Este poder aumenta con la constante innovación tecnológica puesta en manos de unos pocos que concentran en sus manos el gran capital, -que es la que dispone a través de la televisión, la radio, prensa escrita-, posicionando en la sociedad lo que culturalmente es lo más adecuado. El ocio, el relajamiento y la diversión las encontramos leyendo un libro, viendo películas, practicando deporte, etc., con lo que con estas actividades vamos paulatinamente facilitando y aceptando determinados patrones culturales. Además quienes dedican tiempo a ellos contribuye económicamente a su financiamiento y a fortalecer su reproducción, y con ello a dar más poder al elemento cultural que viene siendo determinado en la actual sociedad de clases -como la ecuatoriana- por unos pocos individuos o corporaciones nacionales o transnacionales (Cueva Carrión, 2010, p. 184185).

El poder religioso constituye históricamente uno de los poderes más fuertes que ha tenido que soportar el ser humano, ese conjunto de creencias y prácticas religiosas incrementa su poder en el mundo por el enriquecimiento material que le permite mantener tal posición; el poder religioso actúa al igual que una compañía, estando su rédito en concentrar poder a través de la riqueza acumulada a lo largo de los años. En la sacralidad esta su fuerza y autoridad y para evitar que este poder abuse socialmente sobre los que buenamente confían en Dios se instrumentaliza como garantía de tutela a la acción de protección (Cueva Carrión, 2010, p. 185-187)⁸⁶.

⁸⁶ En un caso suscitado en Colombia una pareja de cónyuges de avanzada edad y problemas de salud, demandó a un sacerdote debido a que este, me-

En la parte final del Art. 41, numeral 4, literal d) de la LOGGYCC se menciona al poder “de cualquier otro tipo”, esta disposición denota un amplio subjetivismo que el juez deberá de determinar en cada caso concreto para lo cual deberá tener nítidamente conceptualizado lo que significa el poder⁸⁷. El término “cualquier” es un pronombre indeterminado utilizado para expresar algo que no está plenamente mencionado pero cuya existencia es cierta; estos “otros” poderes podrán ser nacionales, internacionales, transnacionales, educativos, etc.; y, como mención ya expresada líneas arriba tenemos al poder mediático; en consecuencia si cualquier otro tipo de poder del ámbito privado, viola los derechos fundamentales de un particular que se encuentra

dante poder que le otorgaron, habría vendido una propiedad que les pertenecía y no les habría entregado el dinero de la venta argumentando que ellos habían expedido un testamento en el que dejaban la casa que se vendió para la Diócesis de Cúcuta y, por eso, el dinero fue depositado en el Fondo de Vocaciones de la Diócesis de Cúcuta. La Corte Constitucional colombiana resolvió a favor de los cónyuges, expresando que la posición ventajosa ostentada por el sacerdote sobre los feligreses, en virtud de la confianza que este se ganó de ellos, coadyuvado por su fe y creencia religiosa, hizo que le entregaran el poder para que les vendiera su casa; así como que otorgaran un testamento a favor de esta comunidad (González Dávila, 2011, p. 83-84).

⁸⁷ Norberto Bobbio en relación al poder sostiene que existen tres teorías fundamentales del poder: sustancialista, subjetivista y relacional. La sustancialista la esgrime Hobbes cuando define al poder como los medios que posee el hombre en el presente para obtener un aparente bien futuro. Que estos medios sean naturales, como la fuerza y la inteligencia, o adquiridas como la riqueza, no cambia el significado específico del poder, entendido como la herramienta que sirve para alcanzar lo deseado. Una definición subjetivista, es la expuesta por Locke, quien entiende por poder la capacidad del sujeto de obtener determinados efectos; esta forma de entender el poder es la adoptada por los juristas para conceptualizar el derecho subjetivo: en la medida que un sujeto tenga un derecho subjetivo quiere decir que el ordenamiento jurídico le atribuye el poder de obtener determinados efectos. La última y más utilizada teoría es la que entiende al poder como una relación entre dos sujetos de los cuales el primero obtiene del segundo un comportamiento que este de otra manera no habría realizado (Bobbio, 2006, p. 103-104).

en estado de subordinación o indefensión, procede la acción de protección constitucional.

La Constitución del Ecuador es clara en proclamar una clausura general de igualdad proscribiendo la discriminación por determinadas categorías sospechosas como son por: etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos⁸⁸. El problema de la igualdad radica en su indeterminación, Bobbio pretende responder a dos preguntas: a) ¿igualdad entre quienes?, b) ¿igualdad en qué? Estas preguntas junto a la de si ¿la distinción es fundamentada o arbitraria?, tendrán que ser contestadas en cada caso concreto para establecer si existe o no discriminación y violación del principio de igualdad.

La igualdad a considerar para el análisis en el caso del Ecuador es la prevista en el Art. 66 numeral 4, que al texto manifiesta: “Se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

La igualdad formal o igualdad ante la ley es un postulado básico del Estado liberal de Derecho, entendido como la igualdad de trato en la legislación y en su materialización por intermedio del Derecho. La igualdad de trato en la ley aparece en las revoluciones burguesas como forma de poner coto a una serie de inmunidades y privilegios en favor de

⁸⁸ Art. 11, Numeral 2 de la Constitución del Ecuador.

un determinado sistema: el feudal. Las características de generalidad y abstracción de la ley se presentan con toda su dimensión por vez primera poniendo a todos los ciudadanos en un pie de igualdad en la aplicación de la ley, aplicación sin excepciones ni consideraciones personales. La evolución de la igualdad se tradujo en límites a la capacidad democrática de configuración que tienen los legisladores, expresado en la necesidad de que la ley debe distinguir pero sin caer en discriminaciones, en otras palabras las leyes no deben tratar a todos por igual sino deben acoger y distinguir todas aquellas diferencias humanas debidamente fundamentadas por el legislador a riesgo de no caer en la arbitrariedad⁸⁹.

En cuanto al principio de igualdad material o real esta realiza su aparición en el Estado Social de Derecho en la Alemania de Weimar. En este nuevo modelo no basta con que el legislador no dicte leyes discriminatorias, sino tiene que buscar medidas que propicien la igualdad efectiva de todos los ciudadanos⁹⁰, constando entre estas medidas las

⁸⁹ Luigi Ferrajoli, manifiesta: “Con la prescripción de la igualdad formal se conviene que los hombres deben ser considerados como iguales, precisamente prescindiendo del hecho de que son distintos, es decir de sus diferencias personales de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas y similares. Con la afirmación de la igualdad sustancial se conviene, por el contrario, que aquellos deben ser hechos tan iguales como sea posible, y que, por consiguiente, no se debe prescindir del hecho de que son social y económicamente desiguales. Convendrá llamar diferencias a las diversidades del primer tipo y desigualdades a las del segundo. Unas deben ser reconocidas para ser respetadas y garantizadas; las otras deben serlo igualmente, pero para ser removidas o compensadas lo más posible (Ferrajoli, 2011b, p. 907).

⁹⁰ La primera Constitución que acoge materialmente este principio es la italiana de 1947, cuyo artículo 3.2, dice: “Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”. Al adolecer de eficacia jurídica

llamadas “acciones afirmativas”, presentes en el accionar público. Con este escenario las preguntas formuladas por Bobbio, referente a: entre quiénes debe operar la igualdad? la respuesta sería entre todos en virtud del principio constitucional de que “Todas las personas son iguales”. En cuanto a la pregunta ante quiénes, la respuesta ya no sería únicamente frente a la ley como igualdad formal propia del Estado Liberal; ahora, no siendo los obligados únicamente los jueces cuando aplican la ley, sino todas las autoridades y superiores, se procura y propugna una igualdad de fondo o material que pasa del sistema jurídico a la realidad de la persona. El cuadro a continuación condensa lo manifestado:

Cuadro 1
TIPOS DE IGUALDAD

Igualdad Formal	Igualdad Material
Estado Liberal	Estado Social
Generalidad y abstracción de la ley	Reconocimiento de diferencias
Implica no discriminación (categorías sospechosas)	Implica diferenciación razonable
Prohibición de trato diferenciado	Obligación de trato diferenciado constitucional

En el inciso tercero del numeral 2 del Art. 11 de la Constitución ecuatoriana, se lee: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentre en situación de desigualdad”.

De este contenido se desprende que se proclama un mandato constitucional de trato igualitario. La igualdad

este texto por ser considerado programático, su aplicación positiva no fue posible desarrollándose únicamente un control negativo por parte de la Corte Constitucional (Carmona Cuenca, 1994, p. 272).

como varias de las instituciones jurídicas en su evolución tiene un fuerte contenido convencional, depende del momento histórico en el cual se desenvuelven y en determinadas circunstancias consideradas propicias para su desarrollo; en el Ecuador la base constitucional está perfectamente delineada para que la igualdad escale una de las aristas más altas que hasta el momento se la ha idealizado: tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza, tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza⁹¹.

La diferenciación no está prohibida en nuestro sistema, de hecho se la debe realizar cuando sea necesario; lo que no está permitido es la diferenciación ilegítima o arbitraria que se traduzca en una discriminación que no permite tratar de modo igual a aquellos que son iguales. Entonces existiría discriminación cuando aquellos a los cuales se les debería tratar como iguales se les trata de modo desigual. La discriminación como trato diferente arbitrario al imponer una desventaja a una persona o un grupo de personas viola los derechos constitucionales; en cambio que la distinción mediante el trato diferenciado razonable, necesario y proporcional⁹², garantiza el ejercicio real de los mismos derechos constitucionales.

La discriminación no es solo distinguir ya que tal distinción por sí sola no es ilícita y no constituye discriminación puesto que, una persona puede recibir un trato diferente y

⁹¹ Esta fórmula es atribuida a Boaventura de Sousa Santos, en consecuencia la igualdad jurídica implica que hay que proteger las diferencias personales y excluir las diferencias sociales.

⁹² Desarrollando estas tres circunstancias tenemos que el trato desigual no vulnera la igualdad solo si se demuestra que es: **adecuado** para el logro de un fin constitucionalmente válido; **necesario** porque no existe otro medio menos oneroso para alcanzar el fin; y, **proporcionado** porque no se sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

esa diferencia puede ser lícita. Tampoco constituye discriminación tratar en forma desigual a otro puesto que, una diferencia de trato, puede ser ilegítima pero sin llegar a constituir discriminación. La discriminación es tal cuando la diferencia de trato o distinción es ilícita; cuando se diferencia o se distingue a un sujeto o a un grupo humano con base en un criterio prohibido por el derecho. De ahí que la discriminación gira en torno a la existencia de una norma jurídica que la prohíbe, de tal manera que si la norma no existe, no hay discriminación. La discriminación en el Ecuador, se constituye en una infracción a la cláusula constitucional general de igualdad contenido en el primer inciso del numeral 2 del Art. 11 de la Constitución ecuatoriana: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...)”.

Nótese que la discriminación tiene íntima relación con la igualdad, existiendo subordinación de aquel a este⁹³. El avance en esta cláusula general viene dado por la circunstancia de que la igualdad no solo es en el plano formal o ante la ley sino en el real; de lo que, la igualdad ante la ley constituye una igualdad abstracta que exige que en similares circunstancias la norma jurídica aplicable al caso debe ser la misma; y por otro lado la igualdad concreta se materializa teniendo en cuenta las particularidades propias en las cuales puede encontrarse determinada persona, no hacerlo

⁹³ Luigi Ferrajoli tratará a la igualdad como norma y a la diferencia como hecho, diciendo: “Igualdad es término normativo: quiere decir que los “diferentes” deben ser respetados y tratados como iguales; y, que, siendo esta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. “Diferencia(s)” es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad”. (Ferrajoli, 2010c, p. 164).

constituirá discriminación y por ende violación al principio constitucional de igualdad. En conclusión: el que no da un trato diferenciado legítimo cuando debe darlo discrimina; y cuando se da un trato diferenciado ilegítimo o arbitrario -cuando debe darse un trato igualitario- también se está discriminando. El inciso segundo del numeral 2 del artículo 11 de la Carta Magna ecuatoriana complementa el mandato constitucional de trato igualitario al manifestar que:

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El mandato constitucional de trato diferenciado encuentra una vía de concreción y expresión a través de las acciones afirmativas a las cuales ya nos hemos referido. En otras palabras, mientras el mandato de trato paritario o igualitario equivale a la prohibición de discriminación, el mandato de trato diferenciado está a cargo del Estado como deber de protección y promoción de los derechos de los más desfavorecidos.

En el Ecuador la aplicación del principio de igualdad de trato a las relaciones entre particulares tiene mayor o menor presencia dependiendo si el interés público es mayor o menor, así por ejemplo en un caso de prestación de servicios públicos por parte de particulares mediante la figura de la concesión administrativa consideramos que todos los usuarios tienen el derecho a recibir un trato igualitario en rela-

ción a los demás, excluyendo cualquier tipo de discriminación en su acceso; otro ejemplo claro lo constituye las relaciones laborales entre particulares con su principio de igualdad a la cabeza: a igual trabajo igual remuneración⁹⁴; o el caso de la educación prestada por entidades privadas⁹⁵. De igual manera entrarían en los mismos supuestos aquellos individuos y organizaciones que disfruten de ayudas o ventajas públicas o que tengan el deber de promocionar actividades en las cuales la inclusión de la colectividad sea su principal obligación como es el caso práctico que veremos a continuación.

3.3. Análisis de una sentencia de la justicia ecuatoriana

La sentencia objeto de análisis ha sido escogida por la Sala de Selección de la Corte Constitucional⁹⁶ y correspon-

⁹⁴ El numeral 4 del Art. 326 de la Constitución, entre los principios que sustentan el derecho al trabajo hace constar: “A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración”.

⁹⁵ El inciso primero del Art. 28 *ibidem*, dice: “La educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos. Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente.”.

⁹⁶ En el Ecuador la Sala de Selección de la Corte Constitucional tiene la facultad contemplada en el Art. 436 Numeral 6 de la Carta Magna, de elegir discrecionalmente sentencias que consideren las más idóneas para el desarrollo jurisprudencial y doctrinal, respecto al contenido y alcance de los derechos constitucionales. En razón de esto los jueces inferiores tienen la obligación de remitir las sentencias ejecutoriadas a la Corte Constitucional. Este modelo se deriva del *writ of certiorari* que emplea la Corte Suprema de los Estados Unidos, siendo fundamental esta institución en el caso ecuatoriano para la generación de la jurisprudencia vinculante por parte del máximo órgano de control e interpretación constitucional dado que su fin último es generar derecho objetivo. De manera excepcional cualquier juez de la Corte o el Defensor del Pueblo podrá solicitar la revisión de un determinado fallo, pero sobre la resolución la Corte tiene plena libertad de decisión.

de al caso de: discriminación por razones de orientación sexual en actividades deportivas signado con el número 0276-12-JP.

Caso 0276-12-JP. Discriminación por razones de orientación sexual en actividades deportivas

Un grupo de personas pertenecientes al Club Femenino Cultural y Deportivo Guipúzcoa (en adelante el “Club”) que se autodefinen en su mayoría como lesbianas, acudieron a las instancias judiciales -acción de protección- solicitando se deje sin efecto la suspensión de un año que le impuso la Asamblea General de la Liga Deportiva Parroquial La Floresta (en adelante la “Liga”) por supuestamente haber incurrido en actos obscenos; consideran en lo medular que esta resolución viola sus derechos constitucionales a no ser discriminadas por su orientación sexual. Ante esto el presidente de la Liga argumentó que tales actos eran “anormales”, constituyendo mal ejemplo para la sociedad. En las dos instancias en las cuales se ventiló esta causa los jueces constitucionales acogieron la acción de protección. Previamente las integrantes del Club Femenino reclamaron a las autoridades de la Liga Deportiva por las continuas discriminaciones en forma de burla y agresiones de las que eran objeto por parte los otros clubes, sin que tales reclamos hayan sido siquiera escuchados por las autoridades. Adujeron en su momento que habitualmente se les filman cuando se abrazaban y besaban para de esta manera acusarles de actos morales y obscenos, razón por la cual las discriminaciones son constantes.

Observamos que en primera instancia se difiere la fecha de la audiencia pública inicialmente fijada “por cuanto la judicatura se encuentra actualmente con Juez encargado, y tiene otra diligencia a la misma hora y en el mismo día”.

Esto denota falta de organización del despacho del juez pero en especial la inobservancia del carácter de preferencia del que gozan las garantías jurisdiccionales en general.

En cuanto a la presencia de la discriminación, consideramos que existe subordinación en la presente causa por: a) La existencia por un parte de una autoridad que es la Asamblea General Extraordinaria de la Liga y por el otro lado del Club que se ve obligada a acatar la resolución que vulnera sus derechos; b) La existencia de un Reglamento en la cual se determina a la Asamblea como la autoridad llamada a imponer sanciones por violación de sus disposiciones; y c) La existencia de una decisión arbitraria de parte de la Asamblea General al imponer a todas las jugadores del Club una sanción basada en el literal c) del Art. 107 del Reglamento de los Campeonatos Oficiales de la Liga que textualmente dice: “Con un año calendario de suspensión serán sancionados: (...) c) El o los jugadores que atenten contra la moral y buenas costumbres, es decir cometan actos obscenos dentro o fuera del campo de juego (...)”. En segunda instancia esta decisión fue revisada por el superior pero no acatada por la Asamblea General. Esta decisión de la Comisión de apelaciones de la Federación de Ligas Deportivas Barriales y Parroquiales del cantón Quito, resolvió dejar “sin efecto la sanción impuesta a las integrantes y al Club Femenino Guipúzcoa filial de la Liga Deportiva Parroquial la Floresta, por falta de tipificación expresa de la infracción en el Reglamento respectivo y forma concebida de la sanción que se presume inobserva los preceptos constitucionales vigentes”.

En esta última resolución que si bien deja sin efecto la anterior, consideramos que el argumento sobre el cual la comisión de apelaciones resuelve -a pesar de levantar la sanción a las integrantes del Club Femenino- es errado por

dar a entender que si el reglamento preveía la prohibición de lesbianismo entonces sí se les podía amonestar a las jugadoras del Club., pues así se entiende cuando se dice: “(...) por falta de tipificación expresa de la infracción en el Reglamento respectivo (...)”. Somos del criterio que así se hubiere previsto en el reglamento deportivo que el lesbianismo sería sancionado con suspensión para las jugadoras ello sería discriminatorio.

Sobre esto último precisaremos que, en las organizaciones privadas -tal como lo es la Liga Deportiva Parroquial de La Floresta- que tiene como objetivo el de promover la práctica de actividades deportivas dentro de un marco de orden colectivo, se condiciona a que sus actuaciones no puede discriminar bajo la forma de intolerancia a la diversa orientación sexual de un determinado equipo de fútbol, intolerancia muchas de las veces disfrazada en criterios morales que esconden verdaderos motivos excluyentes hacia el sector homosexual de la sociedad. Ahora, en el caso concreto de que un grupo determinado de personas particulares acuerden en su estatuto o reglamento privado organizar un campeonato en el cual no se acepte a clubes integrados por personas homosexuales, indígenas, negros., etc.; consideramos que tal posibilidad real en el caso de presentarse tiene asidero en nuestro sistema legal con base en el principio de la autonomía privada de la voluntad y el derecho a la asociación y reunión; caso que no puede ocurrir con el campeonato organizado por la Liga Deportiva Parroquial, cuyo marco de desenvolvimiento está sujeto a un orden colectivo, general e incluyente que no permitiría establecer entre sus reglamentos una disposición que aliente discriminaciones (sean o no disfrazadas como el de acudir al argumento de los principios morales) directas como el no permitir la inscripción y consecuente participación de clubes de fútbol en los cuales intervenga un colectivo gay o lesbiano.

co. En definitiva, la organización de un campeonato de fútbol privado entre personas exclusivamente de raza blanca o heterosexuales no restringiría derechos ni produciría discriminación hacia otros grupos por cuanto estos últimos pueden perfectamente realizar un campeonato en el cual solamente ellos participarían si así lo deciden (verbigracia y a *contrario sensu* pensemos en un campeonato organizado exclusivamente para jugadores de raza negra o de colectivos gays olésbicos); esto no ocurre con un campeonato organizado por la Liga Deportiva Parroquial por cuanto al ser un órgano único en un determinado territorio -a más de su misión y orientación al interés colectivo- tiene una especie de monopolio que le impediría actuar en forma excluyente, obligándolo por el contrario a proceder de manera incluyente⁹⁷.

Si una persona funda un club privado con base en su derecho a la asociación y libre reunión, está ejerciendo un derecho protegido constitucionalmente que como tal debe ser tutelado por el Estado al igual que los otros derechos. Su límite estaría en que tal libertad sea ejercida dentro de los límites que establecen la Constitución y la ley como por ejemplo no me puedo asociar para delinquir; pero sí puedo organizar entre privados un campeonato de fútbol que deje de lado a determinados sectores de la sociedad sin caer en discriminaciones. De lo dicho se concluye que tampoco se podrá plantear acción alguna con el objetivo de que un

⁹⁷ Nos parece adecuado para lo que aquí dejamos expresado, lo expuesto por José María Bilbao Ubillos: "Con arreglo a este criterio, el único club recreativo, la única sala de cine o la única piscina abierta al público en una determinada localidad no podría excluir a determinadas categorías de personas por motivos de raza, sexo o creencias religiosas. Una cosa es acotar un espacio de libertad en el que priman las simpatías y preferencias personales y otra abusar de una posición de virtual monopolio para discriminar a quienes no tienen otra alternativa y no pueden acudir a otro establecimiento en la zona que ofrezca ese mismo servicio" (Bilbao Ubillos, 2006, p. 157).

grupo que no cumple con los requisitos exigidos en el reglamento pueda participar aduciendo en lo principal que existe discriminación por parte de los organizadores de tal campeonato. Así como tampoco consideramos que sea legal y constitucionalmente procedente que, a aquel grupo que sí cumpla con los requisitos previos exigidos en el reglamento interno y que no se le permita participar, pueda plantear una acción en contra de los particulares a no ser que el motivo principal de tal exclusión sean motivos evidentemente discriminatorios prohibidos por mandato constitucional o por una situación de privilegio por un evidente monopolio⁹⁸.

⁹⁸ Juan María Bilbao Ubillos, en cuanto al ordenamiento español sostiene que: “(...) no existe, en rigor, un derecho fundamental deducible directamente el artículo 22 de la Constitución, a ser admitido en una sociedad privada ya constituida, accionable ante la jurisdicción ordinaria por cualquier persona que deseando formar parte de la misma viera denegada su pretensión, porque su reconocimiento supondría una intromisión en la plena libertad de la asociación (de los miembros que ya la integran) para escoger a los nuevos socios, a las personas con quienes desean asociarse. La aplicación de las normas estatutarias que regulan los requisitos y los procedimientos de admisión corresponde, pues, a los órganos de la propia asociación y, en principio, sus decisiones no son susceptibles de revisión judicial. (...) En el otro extremo del espectro se situarían las asociaciones lúdicas o recreativas, cuya única pretensión es facilitar el esparcimiento de sus miembros. Uno puede asociarse con quien quiera para compartir su tiempo de ocio o para un objetivo trivial, **siempre que la asociación no adquiera una relevancia pública**. La regla se invierte cuando aparece implicado un poder público.”. Énfasis agregado. (Bilbao Ubillos, 2006, 179-186). En el caso en análisis consideramos que es aplicable la teoría de la *state action* norteamericana, pues la Liga Deportiva al ser un ente privado desarrolla una actividad con impacto en la colectividad, similar a la que podría desplegar un poder público para beneficio de intereses generales. Al actuar de esta forma la Liga Deportiva -entidad privada- estaría activando la doctrina de la *state action* que reconoce el efecto de los derechos fundamentales *inter privatos* cuando determinados actos imputables a entidades privadas pueden ser consideradas como públicas. Con todo el sistema ecuatoriano es más próximo a la *Drittwirkung* inmediata que a la *state action* norteamericana.

En cuanto a la indefensión consideramos que el reclamo oportunamente presentado por las integrantes del Club Femenino y no atendido, en la cual daban a conocer que fueron víctimas de improperios y burlas por parte de los integrantes de los otros clubs por su condición de lesbianas, evidencia que se les dejó en indefensión al no actuar las autoridades de la Liga Deportiva ante las continuas afrentas verbales recibidas.

La Corte Constitucional en el presente caso, se ha planteado dos interrogantes⁹⁹:

1) ¿El prestigio institucional, la moral y las buenas costumbres son fundamentos válidos para imponer una sanción a personas de diferente orientación sexual, sin ninguna argumentación adicional?; y,

2) ¿Qué técnica debe utilizar el juez constitucional para establecer si una sanción adoptada contra personas de diferente orientación sexual es discriminatoria y vulnera el derecho a la igualdad?

En el primer caso el prestigio institucional constituye una de las fuentes de poder; que, al conformar un sistema, actúan dentro de determinadas relaciones de poder violando los derechos de aquel colectivo de lesbianas. El prestigio que bien puede tener una institución no le releva de la obligación jurídica y social de responder por actos considerados lesivos al respeto a la diversa orientación sexual.

El juicio discriminatorio tiene un juicio previo de valor (prejuicio), el de considerar a un grupo bueno (la Liga Deportiva Parroquial de la Floresta) y otro malo (el Club Fe-

⁹⁹ La Corte Constitucional Ecuatoriana ha adoptado un sistema de determinación de los problemas jurídicos en forma de preguntas o problemas bien definidos, bajo el cual se abren un espacio de posibles respuestas; que posibilita un significativo avance en materia de argumentación jurídica.

menino Guipúzcoa), o bien el uno sea considerado civilizado o el otro bárbaro, uno superior (en dotes intelectuales, en virtudes morales, etc.) y el otro inferior. Consideramos que es perfectamente aceptable y no incorrecto decir que, dos individuos o grupos sean diferentes o distintos en su orientación sexual, a decir que el uno sea superior al otro y ejercer una relación de control y poder (contenido en el Reglamento sancionatorio) basado en consideraciones estrictamente morales o de buenas costumbres. Todo juicio de valor como el argüido por la Liga para sancionar a las integrantes del Club es relativo, histórico o incluso subjetivamente condicionado.

En una fase posterior y basado en una superioridad de orden moral la discriminación se manifiesta en hecho concretos en que el un grupo debe mandar y el otro debe obedecer, el primero imponer y el segundo a ser sometido., etc. En una relación de poder existe siempre el superior y el inferior pero sin que tal concepción llegue a implicar el derecho del superior -en base a consideraciones morales- a suprimir al inferior; y, solo cuando esta diferencia (entre superior e inferior) toma forma es que se puede hablar de auténtica y verdadera discriminación; que, muchas de las veces van acompañadas de auténticas aberraciones y excesos de índole legal¹⁰⁰.

La lesbofobia social-cultural que tiene su implicación en el ámbito privado se mantiene aún latente en algunos países como el Ecuador, resultado de los años en los que estos colectivos vienen siendo considerados como un problema

¹⁰⁰ En Asia y África la lesbofobia es una realidad que trasciende a una cuestión de Estado, existiendo en ambos continentes leyes que penalizan, en mayor o menor grado, las prácticas homosexuales. En estos países el castigo legal constituye la regla para los colectivos LGBTI, previéndose inclusive en algunos de ellos como Mauritania, Somalia, Sudan y Nigeria la pena capital.

de índole mental y anormal a lo considerado “normal”, con base en determinados estereotipos que se han imbricado en la sociedad ecuatoriana como verdades absolutas que no admiten revisión histórica; y, que muchas de las veces se ve alentado desde el púlpito al manifestar una intolerancia manifiesta ante la diversidad sexual.

Para llegar a sancionar al Club Femenino, la Liga Deportiva razonó mediante los siguientes pasos:

1.- Existe diferencia entre el grupo de lesbianas del Club y los demás integrantes de los otros clubes de la Liga Deportiva Parroquial La Floresta. Este criterio es aceptable por cuanto como venimos aceptando la diferenciación que no sea ilegítima o arbitraria no constituye discriminación y por ende violación al principio de igualdad;

2.- Los denominados “valores morales” de la sociedad ecuatoriana son acogidos en el Art. 34 del Reglamento, por lo que tales valores socialmente aceptados se vuelven primordiales y su trasgresión implica castigo. Estos valores de determinadas sociedades o grupos mientras no se traduzcan en actos de discriminación bajo la forma de lesbofobia, racismo, etc., no infringen el principio de igualdad; y,

3.- En el tercer momento se da realmente la discriminación al aplicar una sanción basados en motivos considerados moralmente inaceptables constantes en un reglamento; y, en consideración a que el motivo principal de la inmoralidad lo constituye el lesbianismo de las integrantes del Club Guipúzcoa, categoría sospechosa prohibida expresamente por nuestra Constitución.

En suma, no se puede utilizar argumentos como la moral y las buenas costumbres para sancionar como lo hace La Liga Deportiva Parroquial de La Floresta hacia las integrantes del Club Femenino Guipúzcoa, porque al hacerlo busca

posicionar en la sociedad determinadas conductas consideradas por un cierto grupo como moralmente aceptables y correctas y descalificar aquellas conductas que no se acomodan a tales “parámetros” por considerarlas como reprochables.

En cuanto al segundo problema jurídico consideramos que la técnica adecuada a utilizar por el juez constitucional a fin de determinar si la sanción adoptada en contra de las integrantes del Club es discriminatoria y viola el derecho a la igualdad; lo constituye el denominado juicio de igualdad que se basa en el modelo de escalas de intervención propuesto por Robert Alexy¹⁰¹. Somos del criterio que de las tres escalas previstas (grave, media y leve) se puede utilizar el de la intervención con intensidad grave por cuanto la discriminación, contenida en un acto proveniente de una sanción prevista en un reglamento interno, se sustenta en una de los motivos proscritos por la Constitución ecuatoriana como es la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual; teniendo además como consecuencia el impedimento de ejercicio de otros derechos fundamentales¹⁰² como el libre de desarrollo de la personali-

¹⁰¹ 1. Una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en algunos de los motivos proscritos por la propia Constitución y, además tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental o un derecho constitucional. 2. Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en algunos de los motivos proscritos por la propia Constitución y, además tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o de un interés legítimo. 3. Una intervención es de intensidad leve cuando la discriminación se sustenta en motivos diferentes a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o de un interés legítimo (Alexy, citado por Zambrano Pasquel, 2011, p. 142).

¹⁰² En el libro “*Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. El sistema interamericano de DDHH a través de sus sentencias*”, citando a Domingo

dad¹⁰³, el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias, y responsables sobre su sexualidad¹⁰⁴, el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria¹⁰⁵, a una vida libre de violencia bajo todas sus formas tanto en el ámbito público como el privado¹⁰⁶.

García Belaunde se lee: “La naturaleza de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Por ende, no es un derecho autónomo, sino relacional. Es decir, funciona en la medida que se encuentra conectado o ligado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional solo opera vinculativamente para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan (Zambrano Pasquel, 2011, p. 146).

¹⁰³ Art. 66. numeral 5 de la Constitución del Ecuador.

¹⁰⁴ *Ibid.*, Art. 66 numeral 9.

¹⁰⁵ *Ibid.*, Art. 66 numeral 13.

¹⁰⁶ *Ibid.*, Art. 66 numeral 3 literal b).

Conclusiones

La dicotomía público/privado y Estado/sociedad se ve acentuada por la presencia del “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales a las relaciones entre privados; pretendiendo la ley y el contrato mantener el lugar de privilegio que anteriormente tenían en el Estado legalista por sobre la Constitución. Esta distinción históricamente ha mostrado la situación entre lo que pertenece al Estado y lo que forma parte del acervo particular de los ciudadanos; espacios dentro de los cuales cada derecho se desenvuelve con sus propias reglas a fin de evitar la superposición del uno sobre el otro; esto es precisamente lo que pone en entredicho la *Drittwirkung* al sobreponer en determinados casos a las relaciones entre privados: la supremacía constitucional.

La aceptación tradicional de la teoría liberal de los derechos fundamentales, entendida como mandatos constitucionales que solo son exigibles a las relaciones entre los particulares y el Estado, no se compadece con los tiempos actuales, en donde determinados “poderes periféricos” irrumpen condicionando y violentando libertades; so pretexto del amparo que les significa la autonomía de la voluntad como principio rector que rige mayoritariamente el accionar del derecho privado. La indubitable vigencia de determinados derechos fundamentales a las relaciones entre privados como “principios reguladores para la vida social” presupone la negación de tal concepción liberal para dar paso a un escenario en donde la Constitución modela todas

las relaciones sociales y muy en particular cuando se encuentre en entredicho derechos fundamentales.

El fenómeno del poder no es ajeno a las relaciones entre privados, cuyas diversas manifestaciones de dominio y subordinación son tan imperativas como las que pueden llegar a tomarse en el sector público; empero en uno u otro caso la tutela de las libertades y derechos da un “salto de transformación de la Constitución” al convertirse en el Estado Social en un orden jurídico fundamental de la comunidad, en lugar del simple Estatuto del poder público propia de los Estados de influencia liberal. Con ello, se impone una lectura del derecho privado a la luz de los derechos fundamentales contenidos en los postulados normativos constitucionales.

En sus inicios la supremacía constitucional se materializa como un freno únicamente para el poder político, desarrollado básicamente en leyes proveniente del mayor órgano soberano: el parlamento; es el posterior expansionismo de la Constitución con un catálogo de derechos fundamentales a la cabeza -como parte de su contenido constitucionalmente material- la que unido a sus características de norma de efectiva y directa aplicación, la que posibilita ejercer el control sobre el emergente poder privado afincado en las relaciones entre particulares cuando estas lesionan libertades en especial de la parte más débil de la relación.

El modelo de justicia constitucional ecuatoriana, en lo que a la esfera de la irradiación de los derechos fundamentales sobre las relaciones entre particulares se trata, deja de lado el modelo kelseniano para adoptar una posición acorde con el modelo alemán establecido por la Ley Fundamental de Bonn; estableciendo que la defensa de la supremacía de la Constitución no recae únicamente sobre un

único tribunal sino sobre todos los órganos encargados de administrar justicia, quienes al hacerlo actúan como jueces constitucionales.

La eficacia mediata de la *Drittwirkung* en el momento actual -en donde se exige un desarrollo legislativo de los principios constitucionales aplicables a las relaciones entre privados por parte del legislador- no tiene mayor relevancia, en virtud de la consideración a la Constitución como norma de aplicación inmediata y directa; es más, somos de la opinión que sería una contradicción -reconociendo que actualmente las Constituciones contemporáneas están dotadas de normatividad con aplicación directa- el que se requiera cumplir con la exigencia de desarrollar los principios constitucionales, con la finalidad de que puedan surtir efecto tales principios a las relaciones entre particulares.

En relación a la actuación del juez para la presencia de la eficacia mediata de la *Drittwirkung*, consideramos que si bien el juez mediante sentencia violenta el derecho fundamental a la tutela efectiva cuando deja de aplicar los contenidos de la Constitución a las relaciones entre particulares; también no deja de ser menos cierto que cuando se interpone un recurso de amparo o tutela en contra de la sentencia expedida no tuteladora de derechos fundamentales, no es esta impugnando solo y directamente el acto del poder público sino también un acto originado inmediata y directamente de las relaciones entre particulares.

La aplicación efectiva de la *Drittwirkung* dependerá de la estructura de cada derecho, existiendo determinados derechos cuya vigencia se proyecta horizontal y verticalmente como es el caso de las relaciones laborales en temas concretos como el de: a igual trabajo igual remuneración, libertad

sindical, el derecho a la huelga (en el caso del sector público esta se encuentra más limitada), los derechos de honor, de intimidad, de igualdad y no discriminación., etc. Del otro lado, tenemos derechos como el sufragio, de no expropiación sin indemnización, de no confiscatoriedad, etc., que a no dudarlo son oponibles únicamente frente al Estado. En todo caso se deberá examinar por separado y atendiendo a cada circunstancia particular si determinados derechos fundamentales despliegan su eficacia o no a las relaciones entre privados.

El “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares proviene como resultado de la normatividad constitucional; de donde -en el caso específico ecuatoriano- el Art. 426 al disponer el sometimiento de todas las personas, autoridades e instituciones a la Constitución lo engarza con el principal deber del Estado que consiste en respetar los derechos garantizados en la Constitución. Del mentado artículo -a más de otras disposiciones como el inciso primero del Art. 10 de la Carta Magna- no queda duda que la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares es inmediata. De lo señalado se añade que en el Ecuador bajo el paradigma neoconstitucional es inconcebible pensar en una *Drittwirkung* mediata pues los postulados de la Carta Magna son aplicables directamente aun sin la intervención de norma alguna que desarrolle los preceptos constitucionales (garantía normativa constitucional).

La jurisprudencia constitucional ecuatoriana nacida de la actual Corte Constitucional en temas propios de la *Drittwirkung* es prácticamente inexistente, pues las dos únicas sentencias contentivas de jurisprudencia vinculante -la No. 001-10-PJO-CC de fecha 22 de diciembre de

2010 que se refiere a las garantías jurisdiccionales circunscrita a ámbitos procesales y la No. 001-12-PJO-CC de 5 de enero del 2012 que unifica jurisprudencia- no se refieren a ámbitos concretos en los cuales se desenvuelve la *Drittwirkung* como uno de las áreas de la justicia constitucional. En el modelo actual es de esperarse que las decisiones en relación con la *Drittwirkung* provengan de los jueces ordinarios quienes al momento de conocer y resolver acciones de protección en contra de particulares actúan como jueces constitucionales; sin olvidar que el máximo órgano constitucional puede conocer y pronunciarse sobre este mismo tema mediante el proceso de selección de sentencias.

En el Ecuador, la protección de los derechos de los usuarios y consumidores se extiende a la prestación realizada por los particulares cuando han sido previamente otorgados vía administrativa por el Estado mediante delegación o concesión; el conjunto de principios y procedimientos protectores de los derechos difusos establecidos a favor de grupos y personas en situación de vulnerabilidad, despliegan sus efectos directamente, no únicamente en contra del Estado, sino también obligando a los particulares a entregar un servicio público óptimo, sin exclusión en su acceso más aun cuando dichas actividades se realizan en una situación privilegiada de monopolio. En este caso los derechos de los usuarios, tienen plena eficacia horizontal actuando en una doble vertiente, ya sea para exigir una actuación positiva o una negativa de abstención por parte del prestador.

En materia de discriminación entre privados si bien es cierto que la protección estatal mediante la acción de protección alcanza determinadas esferas de actuación de los

poderes privados, estos no son suficientes para eliminar en su totalidad la discriminación privada que lejos de ser un problema jurídico es un problema eminentemente social. La capacidad normativa de los particulares basado en la libre autonomía de la voluntad (verbigracia los reglamentos y estatutos) deben respetar los contenidos de la Constitución cuando de protección de derechos fundamentales se trate, se debe resguardar en especial la igualdad de trato entre particulares como forma de evitar que se derive en una discriminación ilegítima e inconstitucional basada en las diferentes categorías sospechosas prohibidas por la Constitución.

En el sistema de justicia constitucional ecuatoriana el control concreto de los actos o decisiones entre particulares que puedan resultar lesivos a los particulares -resultado de la aplicación de contratos, reglamentos privados, etc.- son objeto de la acción de protección cuando tales actos se traduzcan en violaciones de derechos fundamentales como el principio de igualdad y prohibición de discriminación analizado en la sentencia ecuatoriana que hemos desarrollado en este trabajo. Los jueces ordinarios como garantes de la Constitución pueden declarar sin efecto tal decisión o acto por contrariar a la Carta Magna; pero dejando en manos de los jueces de la Corte Constitucional -mediante control abstracto- la facultad de declarar inconstitucional determinada norma privada dictada en el ejercicio de la autorregulación nacida de la autonomía de la voluntad.

Consideramos que la *Drittwirkung* posibilita alcanzar uno de los últimos reductos que la expansión de la Constitución normativa faltaba por obtener: su presencia en el tejido social moldeando las relaciones sociales. Permitir que la norma fundamental supere la parte formal que el consti-

tucionalismo liberal de antaño nos indicaba que somos iguales ante ley, posibilita transitar a un constitucionalismo transformador de la sociedad en donde se tutelan las diferencias y se combaten las desigualdades.

Referencias

- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales (Segunda edición)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Andrade, S., Grijalva A, & Storini, C (Editores). (2009). *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bilbao Ubillos, J. M. (1997a). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bilbao Ubillos, J.M. (1997b). *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: McGraw-Hill. 1997.
- Bobbio, N. (2006). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Carbonell, M. (Editor). (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- (2010). *Una historia de los derechos fundamentales*. México: Porrúa.
- Carmona Cuenca, E. (1994). *El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Revista de Estudios Políticos No. 84 del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Courtis, C. (2007). *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Cueva Carrión, L. (2010). *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- Esteve Pardo, J. (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons.
- Estevez Araújo, J. (2013). *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*. Madrid: Trotta.

- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta.
- (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- (2010a). *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta.
- (2010b). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- (2010c). *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad. Igualdad y diferencia*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- (2011a). *Podere Salvajes*. Madrid: Trotta.
- (2011b). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferreres Comella, V. (2008). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares (La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo IV)*. México: Marcial Pons.
- García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional (Cuarta Edición)*. Navarra: Civitas.
- García Torres, J. & Jiménez-Blanco, A. (1986). *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas.
- Gargarella, R. (2010). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Madrid: Paidós.
- González Dávila, R. (2011). «*La constitucionalización del derecho privado y la acción de protección frente a particulares*», *Revista de Derecho FORO* 16. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Grimm, D. (2006). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta.
- Julio Estrada, A. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Aguilar, J. F. (1990). *Derechos Fundamentales y libertad negocial*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Mijangos y González, J. (2008). *La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo IV)*. México: Marcial Pons.

- Montaña Pinto, J. & Porras Velasco, A. (Editores). (2012). *Apuntes de derecho procesal constitucional. Parte especial. Garantías constitucionales en el Ecuador. Tomo 2*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición.
- Naranjo de la Cruz, R. (2000). *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pérez Royo, J. (2012). *Curso de Derecho Constitucional (décimo tercera edición)*. Madrid: Marcial Pons.
- Porrúa Pérez, F. (2012). *Teoría del Estado (Cuadragésima Edición)*. México: Porrúa.
- Quadra-Salcedo, T. (1981). *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas.
- Rawls, J. (2009). *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Madrid: Paidós.
- Sandel, M. (2011). *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debate.
- Saraza Jimena, R. (2011). *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Schmitt, C. (2011). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- Storini, C. & Navas Alvear, M. (2013). *La acción de protección en Ecuador. Realidad jurídica y social*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Velasco, J. C. (2013). *Habermas. El uso público de la razón*. Madrid: Alianza Editorial.
- Venegas Grau, M. (2004). *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Madrid: Marcial Pons.
- Vitale, E. (2012). *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*. Madrid: Trotta.
- Witker, J. (2008). *Derechos humanos, derecho de la competencia y garantía de los consumidores (protección horizontal). (La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo IV)*. México: Marcial Pons.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia (decima edición)*. Madrid: Trotta.

Zambrano Pasquel, A. (2011). *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. El Sistema Interamericano de DDHH a través de sus sentencias*. Perú: Edilex S.A.

Zavala Egas, J., Zavala Luque, J & Acosta Zavala, J. (2012). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Perú: Edilex S.A.

Documentos electrónicos

Bilbao Ubillos, J. M. (2006). *Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares*. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2173286>.

Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=31>.

Herrera García, A. (2011). *El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico?*. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/784_es.pdf.

Mendoza Escalante, M. (2009). *Derechos Fundamentales, autonomía privada y libertad de contratación*. Recuperado de <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/otros-articulos/derechosfundamentales-autonomia-privada-y-libertad-de-contratacion.pdf>.

Mendoza Escalante, M. (2007) *El amparo frente a actos de particulares*. Recuperado de <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/i/amparo.vs.particulares.pdf>.

Mendoza Escalante, M, (2005) *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Recuperado de <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/efectos.horizontales.der.fund.pdf>.

Cuerpos legales

Constitución de la República del Ecuador (2008)

Constitución Española (1978)

Constitución de Weimar (1919)

Ley Fundamental de Bonn (1949)

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009)

Sentencias

- Tribunal Constitucional Español
 - Caso Violeta Friedman -Derecho al honor. (214/1991)
 - Caso cortador de jamones -Derecho a la propia imagen (99/1994)
- Tribunal Constitucional Federal Alemán
 - Caso Luth-Urteil (1958)
- Corte Suprema de los Estados Unidos de América
 - Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)
 - Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948)
- Corte Constitucional del Ecuador
 - Acción de protección seleccionada: Discriminación en actividades deportivas (Caso 0276-12-JP).
 - Sentencia de jurisprudencia vinculante en caso de Garantías Jurisdiccionales: No. 001-10-PJO-CC.
 - Sentencia de acción extraordinaria de protección. No. 146-14-SEP-CC (Caso No. 1773-11-EP).

Esta obra se terminó de imprimir
en el mes de mayo de 2016
en los talleres de

LEYER EDITORES

Carrera 4ª No. 16-51 PBX: 2821903

www.edileyer.com

contacto@edileyer.com

Bogotá, D.C. - Colombia