

La constitucionalización del Derecho privado y la acción de protección frente a particulares*

*Richard González Dávila**

RESUMEN

El presente trabajo aborda los efectos que tienen los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares. La doctrina ha distinguido en este campo entre el efecto inmediato, el efecto mediato y el deber de protección de los derechos constitucionales, este último que incluso se encuentra presente dentro del compromiso internacional adquirido por el Estado ecuatoriano a través de la suscripción de tratados internacionales de derechos humanos. Además, se revisan algunos fallos constitucionales dictados por nuestro ex Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional de Colombia en este ámbito, que nos muestran una vista panorámica de la irradiación de los derechos constitucionales.

PALABRAS CLAVE: constitucionalización del derecho privado, irradiación de los derechos, efecto frente a terceros, efecto horizontal, deber de protección.

SUMMARY

This work addresses the effects that constitutional rights have in the relationships between individuals. In this area, the law has distinguished among immediate effects, mediate effects and the duty to protect constitutional rights, being the latter one present even within the international commitment made by the Ecuadorian government through the signing of international human rights treaties. Besides, some constitutional resolutions approved in this field by our former Constitutional Tribunal and Colombia's Constitutional Court are revised, showing us a panoramic view of the constitutional rights diffusion.

KEY WORDS: constitutionalization of the private law, rights diffusion, effect against third parties, horizontal effect, duty of protection.

FORO

* Asesor de la Corte Constitucional del Ecuador.

*No importa que el individuo sea libre en el Estado
si después no es libre en la sociedad.
No importa que el Estado sea constitucional
si la sociedad subyacente es despótica.
No importa que el individuo sea libre políticamente
si después no es libre socialmente.
La falta de libertad más profunda es la que procede de
la sumisión al aparato productivo y a las organizaciones del
consenso y del disenso que la sociedad de masas
inevitablemente genera en su seno.¹*

N. Bobbio

INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales y su eficacia es un producto histórico cuyo desarrollo podemos observar desde dos distintas visiones políticas: 1. El constitucionalismo liberal o libertario que concibe a los derechos fundamentales como frenos a la arbitrariedad estatal, pues estos son solamente efectivos en las relaciones verticales Estado-ciudadano, privilegiando la autonomía privada y libertad contractual; y 2. El constitucionalismo social o igualitario que concibe a los derechos fundamentales como frenos al poder, tanto estatal como privado, es decir, tienen efecto vertical y horizontal –particular vs. particular–, y buscan que en estas relaciones prevalezca la igualdad real o sustancial por sobre la igualdad formal.

EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL O LIBERTARIO

En razón de que el hombre en el estado de naturaleza puede ser capaz de imponerse por la fuerza a la clase más débil –ley del más fuerte–, haciendo prevalecer el ejercicio de su libertad y restringiendo la de los vencidos; surge el contrato social, convención hipotética mediante la cual todos los habitantes de una nación ceden al Estado –con el objetivo de resguardar sus derechos naturales– un poco de su libertad por su seguridad.

Así, con la Revolución francesa de 1789 nace el Estado con funciones de policía para proteger la libertad y la propiedad, amparado en el principio de igualdad formal ante la ley, que implica que todos, incluidos los gobernantes, deben ser obligados a acatarla. Al efecto, se dota al Estado de poder punitivo y se crean los tribunales de justicia que tendrán como fuentes el Código Civil y Penal para resolver todo con-

1. Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 25.

flicto proveniente entre particulares y proteger los contratos y la propiedad. Mas, en virtud del temor a que el autoritarismo del poder absoluto experimentado en el *Ancien Régime*, contra el que se rebelaron por concentrador de la propiedad y opresor de la libertad, pudiera reencarnarse en el Estado, se estableció la división de poderes y a estos se les puso un freno, los derechos fundamentales, que nacen como un medio de defensa ante los posibles abusos que pudieran los poderes públicos proferir a los ciudadanos.²

Entonces, el Estado-policía, a través de las decisiones de la función judicial, tiene solamente que vigilar que las obligaciones que se contraigan entre los particulares, que son ley para estos, se cumplan, pues el juez, al ser “boca de la ley”,³ no puede revisar lo pactado entre las partes, ya que lo estipulado en los contratos es fruto de la voluntad-libertad de cada una de ellas, habida cuenta que se encuentran en igualdad de condiciones en el momento de contraer obligaciones, ambos gozan de la misma capacidad jurídica para obligarse, y todos, en virtud de la igualdad formal, son iguales ante la ley y están obligados a cumplirla –*justicia conmutativa*–.⁴

De esta manera, se concibe los derechos fundamentales bajo una perspectiva netamente individual, como intereses que se encuentran jurídicamente reconocidos a cada sujeto, intereses que el Estado se encuentra en el deber de ayudar a su realización, cuando se pretenda alcanzar únicamente un objetivo permitido y útil para todos y el interesado así lo requiera expresamente.⁵

El Estado debe ser mínimo para evitar que interfiera en las libertades de los individuos que se desarrollan en sociedad. El mercado se vuelve el mejor lugar donde se

-
2. Ramiro Ávila Santamaría, “Retos de una institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos”, en Ramiro Ávila, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 22, 23 y 24.
 3. El juez fue concebido por Montesquieu como un simple aplicador mecánico de la ley, pues, al ser el legislador el representante del pueblo soberano, no se podía concebir que se discutiera su validez. Por tanto, el juez no podía tener funciones valorativas respecto de esta al momento de aplicarlas.
 4. Este tipo de justicia es la que se aplica generalmente en materia contractual, en donde no se tiene en cuenta la condición de los contratantes, pues se parte del principio de que estos, al momento de contraer obligaciones, se encuentran en igualdad de condiciones. Labourdette, por su parte, la define como “aquella situación en la cual buscamos producir o restablecer un equilibrio, una equivalencia objetiva, en las relaciones entre dos particulares que, desde este preciso punto de vista, actúan de igual a igual”. Labourdette O. P., *Les Versus Morales* (pro manuscrito, *ad usum* de los alumnos), p. 40. Maritain Jacques, *La persona humana y el bien común*, Buenos Aires, 1968, citado por Gonzalo Sánchez en “Acerca de la justicia en Santo Tomás de Aquino”, en internet: [http://www.cepchile.cl/dms/archivo_790_1102/rev28_sanchez.pdf], acceso: 07-11-2010.
 5. Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 37-38. Jellinek, citado por este autor, define el derecho subjetivo como “la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o un interés. Solamente el reconocimiento jurídico de la potestad de querer dirigida a un bien o un interés puede producir esta individualización del derecho, su conexión con una determinada persona, que es uno de los elementos esenciales del derecho subjetivo”.

pueden ejercer dichas libertades, dado que aquel se regula solo, sin hacer falta la intervención estatal, puesto que en este, conforme lo indicara Adam Smith, está presente la “mano invisible” –que es una suerte de autorregulación que descansa en la creencia de que cualquier persona que persigue un interés personal, contribuye inconscientemente a la consecución del bien común–.⁶

Así, en el constitucionalismo libertario, el Estado deja que se desarrollen libres la autonomía privada y la libertad contractual que son afianzadas por la seguridad jurídica.

EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL O IGUALITARIO

La libertad a la que fue dejada el mercado y la crisis de la “mano invisible” fue creando grupos excluidos, que, a lo largo de la historia, mediante feroces luchas, lograron obtener su propia legislación con la cual reivindicar sus derechos –leyes de trabajadores, inquilinos, consumidores, menores y adolescentes, mujeres, discapacitados, indígenas, negros, grupos GLBT, etc.–;⁷ procesos históricos que, al ir expandiendo la libertad de estos grupos a través del reconocimiento de sus derechos, menoscabaron paulatinamente el reinado normativo del Código Civil, pues este fue diseñado para aplicar una justicia conmutativa y no distributiva, como la que se requiere ante el reconocimiento de la situación de desigualdad en la que se encuentran estos grupos excluidos.

Estos triunfos fundamentales se fueron recogiendo en las constituciones que, luego de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 dictada a raíz de la debacle humanitaria y de la evidente crisis de la ley como fuente reina del derecho, se convirtieron de meros programas políticos en normas jurídicas, desplazando a la ley y colocándose por encima de esta. Como indica Bobbio, “la conquista de una libertad concreta por parte de un individuo o de un grupo se resuelve siempre en una falta de libertad de otros: la libertad de la tortura implica la no-libertad de los torturadores, así como la libertad de la explotación implica la no-libertad de los explotadores”.⁸

Empieza un proceso de constitucionalización o publicación del derecho privado en donde las fuentes de las obligaciones ya no son solamente la ley, el contrato, el cuasicontrato, los delitos y los cuasidelitos⁹ sino también la Constitución.

6. Ramiro Ávila Santamaría, “Retos de una institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos”, p. 25.

7. Ramiro Ávila Santamaría, “Del Estado social de derecho al Estado constitucional de los derechos y justicia: modelo garantista y democracia sustancial del Estado”, en *Jornadas de capacitación en justicia constitucional*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2008, pp. 42-44.

8. Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad*, p. 131.

9. Estas son las fuentes de las obligaciones previstas en el art. 1453 de nuestro Código Civil.

Pero, ¿qué es la constitucionalización del derecho privado?

Para efectos de la presente investigación la definiremos como el proceso de modificación que sufren las relaciones entre particulares como consecuencia del deber de observancia de los derechos constitucionales por sobre las normas legales que van en contra de los mismos, quedando autorizada la intervención del juez constitucional, como garante del respeto de los derechos, a fin de asegurar su vigencia en caso de ser inobservados.

Pero, ¿por qué se vuelve tan necesario e importante el proceso de constitucionalización del derecho privado?

Al respecto, Ferrajoli indica que en la actualidad, para los poderes privados generados en razón de la fuerza dominante que les da la acumulación del capital en el mercado, también es válida la tesis de Montesquieu que dice que el poder, a falta de límites, tiende a acumularse en formas absolutas, generando desigualdad, disparidad, serialización, disciplina y relaciones de sujeción, traduciéndose dicha desigualdad en relaciones asimétricas de poder/deber.¹⁰

Por lo tanto, se vuelve necesario reconocer que la sociedad civil, que es la esfera del derecho privado, es una sociedad natural en donde se engendran poderes, siendo imprescindible rehabilitar el originario paradigma hobbesiano y lockeano que vio la necesidad de ceder un poco de libertad a cambio de seguridad para que fuera el Estado de derechos el que fuera orden en el estado de naturaleza y salvaguarde los derechos fundamentales. Así, la minimización de estos poderes privados, como lo es la minimización de los poderes públicos, equivale a la maximización de la libertad y, consiguientemente, de la igualdad y del valor de las personas, sobre cuya primacía axiológica se funda el Estado democrático de Derecho.¹¹

En tal medida, estos poderes que se gestan en el estado de naturaleza –los consorcios, asociaciones de profesionales, grandes empresas–, que incluso llegan a ser más fuertes que los propios estados, como por ejemplo las transnacionales, deben ser controlados, tornándose necesaria la constitucionalización del derecho privado que implica poner freno al poder que detentan los particulares y entrar a controlar y vigilar ciertos espacios “de la vida privada” que antes era intocable,¹² quedando este

10. Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, p. 299.

11. *Ibid.*, p. 302.

12. *Ibid.*, p. 301. Emilio García, citado por Ferrajoli, indica que en Estados Unidos, en 1875, la única forma de que una niña pudiera ser sustraída del maltrato de sus padres fue recurriendo a la normatividad que sobre la protección de animales existía en la época. Hoy, a diferencia del ejemplo indicado, existe una normatividad específica para proteger a los niños del maltrato de sus padres. De esto resulta que el concepto de lo privado y, por ende, de lo intocable ha ido variando conforme a las luchas históricas producidas en la sociedad, cuyos resultados se han ido expresando mediante leyes. Por esta razón, en la actualidad, frases como: “yo decido cómo

sometido a los derechos, pues, como indica Carpintero, “en la vida real no nos relacionamos unos con otros directamente, en tanto que individuos independientes y libres; al contrario, entre uno y otro hombre se interpone una situación vital concreta en virtud de la cual unas personas quedan sometidas a otras”.¹³

Como consecuencia de esto, en la actualidad se vuelve imposible, en abstracto, establecer claramente una línea divisoria entre el derecho público y el derecho privado, pues la justicia se concretiza y el reinado de la seguridad jurídica propia del paradigma libertario se relativiza, ya que la inseguridad de unos pocos puede significar la inseguridad de la mayoría de la población excluida,¹⁴ prevaleciendo la igualdad sustancial por sobre la libertad, tambaleando la estructura del Estado liberal. En tal sentido, conforme indica Forsthoff citado por Pedro de la Vega, “el Estado social de derecho no podría presentarse entonces como la continuación histórica del Estado liberal, sino como su negación”.¹⁵

Justificada la necesidad del control del poder privado en manos de los particulares, a continuación buscaremos responder a la pregunta: ¿qué tipo de efectos causan los derechos constitucionales sobre el derecho privado y en qué principios se sustentan tales efectos que la doctrina ha denominado *drittwirkung*?¹⁶

debo castigar a mis hijos”, frecuentemente pronunciadas por los “jefes de familia”, encuentran como límites los derechos de los niños, pues no podría admitirse que los padres impongan ningún tipo de castigo cruel a sus hijos.

13. Tomas de Domingo, “El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales: Una aproximación desde la filosofía del derecho”, internet: [<http://e-archivo.uc3m.es:8080/bitstream/10016/1528/1/DyL-2002-VII-11-Domingo.pdf>], acceso: 21-09-2010.
14. Ramiro Ávila Santamaría, “Caracterización de la Constitución 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, p. 421.
15. Pedro de Vega García, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: El problema de la Drittwirkung der Grundrechte”, internet: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/685/19.pdf>], acceso: 15.09.2010]. Al respecto, el autor advierte que al intentar en las Constituciones compatibilizar los postulados del Estado social, esto es, los del derecho constitucional de garantía, con los del Estado Liberal, los primeros quedan reducidos a meras declaraciones retóricas. Entonces, “el Estado social no aparece entonces como la negación histórica del Estado liberal, sino al contrario, como un concepto perfectamente inútil –como dijo Gianini– que para lo único que serviría, como fórmula banal, sería para ocultar la *mauvaise conscience* de un derecho constitucional en el que cada vez la contradicción entre lo quiere ser y lo que realmente es, aparece más evidente”.
16. Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, pp. 90-92. El término *drittwirkung* es un vocablo alemán traducido generalmente al castellano como <eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales>. Este es el término que más consenso ha tenido en la doctrina para referirse a esta temática.

EL EFECTO DIRECTO O INMEDIATO

Conforme lo señalan la mayoría de tratadistas, el inicio de este efecto de los derechos fundamentales frente a terceros comienza en Alemania en 1950 con Hans Nipperdey, quien publicó un trabajo sobre “igual salario de la mujer para igual prestación”, en el cual sostenía que los derechos fundamentales vinculan de manera directa las relaciones jurídicas entre particulares, por lo que, al dársele al trabajo de la mujer menos salario que al de un hombre, por la misma prestación, se estaba vulnerando el principio de igualdad.¹⁷

El 15 de enero de 1955 el Tribunal Federal Laboral acogió esta tesis y declaró nulas todas las prescripciones legales que infringían un trato discriminatorio en cuanto al salario percibido por hombres y mujeres. Lo propio sucedió en 1957 cuando el mismo Tribunal declaró que el despido que se amparó en una cláusula contractual que preveía la terminación unilateral del contrato por parte del empleador, si la dama empleada contrajese matrimonio, era nulo, por lesionar sus derechos a la protección del matrimonio y la familia, la dignidad de la persona y el desarrollo de la personalidad.¹⁸

Pero Nipperdey también proclamaba que los derechos fundamentales irradian todo el ordenamiento jurídico privado, pues, “el orden jurídico forma una unidad. Y todo derecho tan solamente rige en base y en marco a la Constitución”,¹⁹ lo que deroga, modifica, completa o crea disposiciones jurídico-privadas. Para él, la norma constitucional debe aplicarse sin límite en donde exista una relación vertical, esto es, de desigualdad, entre individuo y poder de grupo o individual. Esto como consecuencia del advenimiento del Estado social.

Sin embargo, señaló que, cuando se trate de relaciones entre particulares que se encuentren en una situación de igualdad jurídica y de una efectiva o casi completa igualdad fáctica, se suprime en principio la finalidad protectora de los derechos fundamentales y se da paso a la autonomía privada y la libertad contractual, lo cual, no significaba que, aun en estos casos, estas quedaran sujetas al sistema de valores constitucionales, por lo que, todo negocio jurídico que vaya en contra de la esencia de los

17. Neuman-Nipperdey-Scheuner, en “Die Würde des Menschen”, *La dignidad del hombre*, Berlín, 1954, vol. II, citado por Rafael Saraza Jimena, *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, La Rioja, Universidad de la Rioja, 2008, pp. 92, 93.

18. Mijail Mendoza Escalante, “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, p. 3, en: [<http://www.consultoriainstitucional.com/articulospdf/iii/efectos.horizontales.der.fund.pdf>], acceso: 22-09-2010.

19. Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, p. 106.

principios constitucionales, era nulo,²⁰ dando paso a lo que se conoce como “protección frente a uno mismo”.²¹

Entonces, la autonomía privada y la libertad contractual no pueden prevalecer ante una situación de desigualdad fáctica vulneradora de derechos fundamentales, por lo que actuar de otro modo sería concebir la libertad contractual en términos formales y no reales. Sin embargo, Nipperdey reconocía que no todos los derechos fundamentales son oponibles a los particulares, pues hay algunos que solamente le competen al Estado y no tienen doble dimensión²² como, por ejemplo, el derecho a que el Estado desarrolle políticas públicas a favor de grupos vulnerables;²³ el derecho a que la ley establezca sanciones contra el trato inhumano y la discriminación²⁴ o el derecho a una educación pública gratuita.²⁵

EL EFECTO INDIRECTO O INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PRIVADO

Esta corriente doctrinaria, conforme lo indicara Durig, prescribe que sí existe un efecto de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero es indirecto, pues este pasa por el deber de protección de la dignidad humana y tutela de los derechos fundamentales que tiene a su cargo el Estado, quien, en razón de dicha protección, se encuentra obligado a “configurar un orden jurídico universal, de manera que hasta las fuerzas extraestatales les esté vedado violar la dignidad del hombre”.

Así, pues, los derechos fundamentales como valores objetivos vinculan al legislador y al juez en la medida en que dichos derechos originalmente fueron construi-

20. *Ibid.*, pp. 107, 108.

21. *Ibid.*, pp. 200-206. La protección frente a uno mismo es la protección que el Estado debe brindar ante la autolesión voluntaria de un derecho realizada mediante estipulaciones contractuales en donde, por ser la parte más débil de la relación, no ha podido reaccionar ante esta imposición de facto en vista de que su libertad negocial está visiblemente afectada por las circunstancias. Un ejemplo de lo expuesto se dio cuando un agente comercial se comprometió contractualmente a distribuir de manera exclusiva los productos de una empresa de bebidas. En razón de esto, en una de las cláusulas se estipuló que, una vez terminada la relación contractual, el agente no podría realizar actividades de distribución para ninguna otra empresa por el lapso de dos años, sin tener derecho a indemnización alguna. El agente no cumplió con el lapso estipulado por lo que fue demandado y condenado civilmente en primera y en segunda instancias, siendo absuelto de la misma por el Tribunal Constitucional Federal Alemán que declaró que dicha cláusula era contraria al derecho constitucional a la libertad de empresa del agente.

22. *Ibid.*, pp. 106-8.

23. Constitución, numeral 3 del art. 48.

24. *Ibid.*, numeral 7 del art. 48.

25. *Ibid.*, inciso último del art. 28.

dos para ser efectivos en las relaciones Estado-ciudadano. Por lo tanto, no serían los actos de los particulares los sujetos directamente a los derechos fundamentales, sino las normas de derecho privado elaboradas por el legislador y las decisiones judiciales que deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales en los litigios entre particulares, ya que los derechos fundamentales no pueden imponer a los individuos, en sus relaciones con los demás sujetos, un deber de acción u omisión correspondiente a la función judicial.²⁶

Entonces, a) al normar la vida privada, el legislador está en el deber de observar y legislar dentro del marco que le brinda la Constitución; y, b) los derechos fundamentales instaura un sistema de valores que tiene su origen en la dignidad humana, por lo que todos los ámbitos del Derecho, incluido el civil, no pueden interpretarse, por los jueces, en contradicción, sino en armonía con la Constitución.

Esta tesis fue adoptada en 1958 por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en una acción constitucional de revisión²⁷ –caso Luth–. Él, en su calidad de presidente del Club de Prensa de Hamburgo, incitó a boicotear una película de Harlan, antiguo director de cine nazi, por considerar que las actividades desarrolladas por este en el Tercer Reich se escondían bajo el manto de esta producción cinematográfica. Los tribunales ordinarios aplicaron el art. 826 del Código Civil alemán y condenaron patrimonialmente a Luth por considerar que su conducta había sido contraria a las buenas costumbres.²⁸

Mas, el Tribunal Constitucional anuló dicha condena al considerar que a Luth se le había vulnerado su derecho a la libertad de expresión, pues él se estaba ocupando de asuntos de interés público y no actuaba en beneficio propio, ya que no era competidor directo de Harlan, sino que, para él, se trataba de realizar un llamado a la conciencia pública;²⁹ por lo tanto, determinó que no existió ningún ilícito de orden civil ya que “por mandato constitucional, el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar están influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita, si tal es el caso, entonces, en la interpretación y aplicación de estas prescripciones, se tiene que tener en cuenta la modificación del derecho privado que de aquí resulta”.³⁰

26. Rafael Saraza Jimena, *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, La Rioja, Universidad de la Rioja, 2008, p. 107.

27. Acción Extraordinaria de Protección en nuestro país.

28. Mijail Mendoza Escalante, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, p. 4.

29. UNED, *Aspectos subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales*, en: [www.uned.es/dpto.../aspectos%20introduccion%20historica.doc], p. 19, acceso: 23-09-2010.

30. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 516.

De ahí que, si esto no sucede, el juez en su fallo, no solo viola con ésta omisión “el derecho constitucional objetivo al desconocer el contenido de la norma de derecho fundamental (como norma objetiva), sino que más bien, en tanto titular del poder público, lesiona con su fallo el derecho fundamental a cuyo respeto, también por parte del poder judicial, el ciudadano tiene un derecho constitucional”.³¹ Bajo esta concepción, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, es el ente encargado de vigilar y examinar que el juez de la jurisdicción ordinaria: a) no hubiere vulnerado por acción u omisión los derechos constitucionales de las partes al inobservar el debido proceso constitucional; b) interprete la normativa legal a la luz de los postulados constitucionales; y, c) no desacate infundadamente un precedente constitucional de obligatorio cumplimiento vulnerando el principio de igualdad y seguridad jurídica.

EL DEBER DE PROTECCIÓN

Esta es una posición doctrinaria que entiende los derechos fundamentales como derechos de protección, esto es, el Estado no solamente se debe limitar a abstenerse de irrumpir en el ámbito esencialmente protegido del individuo –no hacer–, sino que también tiene a cargo de los poderes públicos, ya sea del legislador mediante la construcción de la ley o de los jueces mediante la aplicación directa o la interpretación conforme de la constitución, la obligación (hacer) de proteger al individuo de intromisiones de terceros en dicho ámbito esencial.³²

En este sentido, siguiendo a Canaris y Stern, Julio Estrada indica que el “deber de protección” no es más que una prolongación de la eficacia indirecta y aboga por reemplazar la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros o *drittwirkung* por “el deber de protección”, “donde el juez no se conforme con interpretar los preceptos legales a la luz de los derechos fundamentales, sino que también utilice éstos últimos para llenar los vacíos y las lagunas de la ley, en fin que los emplee como instrumento de realización de la igualdad real entre los asociados”.³³

31. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 517.

32. Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, p. 138.

33. *Ibid.*, p. 207.

COMPLEMENTARIEDAD DE LA EFICACIA DIRECTA, INDIRECTA Y EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Al respecto, Alexy indica que los resultados de las figuras en estudio son equivalentes, pues en todos los casos se puede alcanzar los mismos resultados, por lo que, en última instancia, dicho resultado es una cuestión de ponderación,³⁴ ya que siempre va a existir una colisión de derechos, en razón de que ambas partes en conflicto son sujetos de derechos fundamentales. Entonces, “lo decisivo no es el resultado, sino la valoración con la que se le da contenido”,³⁵ puesto que, en muchos casos, pueden existir varias soluciones constitucionalmente posibles, debido a que el juez no solamente está sujeto a principios iusfundamentalmente materiales sino también a otras múltiples vinculaciones, tales como las que resultan del respeto de la ley dictada por el legislador democráticamente legitimado y de los precedentes.³⁶

En razón de esto, Alexy plantea no una distinción entre estos niveles –relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado (efecto inmediato), derechos frente al Estado (efecto mediato) y deberes del Estado (deber de protección)–, sino una complementación entre los mismos, en donde el juez civil estaría sujeto, *prima facie*, al derecho privado vigente, presente bajo la forma de leyes, precedentes o dogmática consensuada. Si sobre la base de principios iusfundamentales el juez quiere apartarse del derecho privado vigente, tendrá que asumir la carga de la prueba, esto es, demostrar mediante argumentación la inconformidad de este último con los primeros.³⁷

EFFECTIVIDAD DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

A pesar de que los Estados, tras la ratificación de un tratado internacional de derechos humanos, son los únicos sujetos responsables por su incumplimiento ante el sistema internacional de protección de derechos, las normas previstas en estos tratados establecen derechos en donde un particular actúa en calidad de sujeto pasivo. Por

34. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 525. Alexy indica que el procedimiento de ponderación es racional, pero no es un procedimiento que en cada caso conduzca exactamente a una única solución.

35. *Ibid.*, pp. 514, 515.

36. *Ibid.*, pp. 519 y 520.

37. *Ibid.*, p. 523.

ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),³⁸ que establece derechos laborales como el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7), evidencia de su sola lectura que este mandato no está dirigido solamente al Estado sino también los particulares, pues indica que, entre otras cosas, se debe asegurar un salario equitativo e igual entre hombres y mujeres por trabajo del mismo valor (lit. a-i), seguridad e higiene en el trabajo (lit. b), descanso, limitación razonable de horas de trabajo y vacaciones periódicas pagadas (lit. d).³⁹

La eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares y deber de protección del Estado fue dibujado con nitidez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva No. 18/03, planteada por México en mayo de 2002 para contrarrestar los efectos que para todos los inmigrantes ilegales devenían de la decisión judicial adoptada en marzo de 2002 por el Tribunal Supremo estadounidense en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*.

En este fallo se consideró que un trabajador indocumentado, despedido por haber contribuido a formar un sindicato para mejorar las condiciones laborales, no tenía derecho al pago de salarios vencidos ni a una indemnización por la intempestividad del despido, porque la prohibición de trabajar sin autorización, prevista en la Ley de Inmigración, prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato.⁴⁰

Así, mediante esta decisión judicial, los migrantes ilegales fueron puestos en indefensión al ser vaciados de contenido sus derechos, y al conceder entera libertad-poder a los patronos para despedirlos y reportarlos a las autoridades si estos se quejaren contra él, reclamaren sus derechos o cuando este lo quisiera, provocando de este modo que los empleadores que respetan la ley se sintieran tentados a infringirla en razón de la desventaja económica que tendrían frente a los que inescrupulosamente explotaban a los trabajadores migrantes, a los cuales, en la práctica, incluso les estaba permitido, desde esta decisión, hasta no pagarles sus sueldos por ser indocumentados.⁴¹

La respuesta de la Corte Interamericana a la Opinión Consultiva planteada por México, respecto de la compatibilidad de la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales de los trabajadores migrantes ilegales y la obligación de los

38. La ratificación de este Tratado Internacional por parte del Ecuador fue publicada en el *Registro Oficial* 101 de 24 de enero de 1969.

39. Christian Courtis, "La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares", en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, No. 42, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007, pp. 53 y ss.

40. Javier Mijangos y González, *La doctrina de la Drittwirkung Der Grundrechte en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 599, en: [http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional200717&dsID=doctrina_drittwirkung.pdf], acceso: 21.09.2010.

41. Rebecca Smith, *Derechos laborales y derechos humanos de los migrantes en estatus irregular en Estados Unidos*, pp. 5 y 6, en: [<http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro5/rebeca%20smith.pdf>], acceso: 17-09-2010.

Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos,⁴² determinó, entre otras cosas, que:

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 efecto 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 particulares.⁴³

La Corte, así mismo, enfatizó que, a pesar que la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos generalmente se da en la relación de los Estados y los individuos sujetos a su jurisdicción, también los efectos de los derechos están presentes en las relaciones entre particulares, por lo que los entes privados deben respetar los derechos humanos de sus trabajadores,⁴⁴ correspondiéndole al Estado velar porque esto ocurra, ya que de, lo contrario, el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos,⁴⁵ e indicó:

el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.⁴⁶

Así, en suma, los particulares están en la obligación moral y jurídica de respetar los derechos de sus pares. Si no lo hacen, serán sujetos de sanción por parte del Estado que debe prevenir, sancionar, ordenar y reparar los daños producidos. En esta medida, los derechos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos vinculan directamente a los Estados y a los particulares, a los primeros en cuanto sujetos de responsabilidad internacional, y a los segundos en cuanto sujetos de responsabilidad interna.

42. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 18/03.

43. *Ibid.*, considerando 140.

44. *Ibid.*, considerando 146.

45. *Ibid.*, considerando 147.

46. *Ibid.*, considerando 148.

En este punto, cabe observar que el deber de protección del Estado⁴⁷ y eficacia de los tratados internacionales de derechos humanos está recogido en nuestra Constitución cuando esta los incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, otorgándoles incluso, en su aplicación por parte de los jueces y cualquier autoridad administrativa, supremacía sobre ella, cuando estos reconozcan derechos más favorables que los contenidos en la Constitución.⁴⁸

Por lo tanto, al igual que los derechos constitucionales, los derechos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos son judicialmente exigibles, pues, son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.⁴⁹ Al efecto, no se podrá alegar desconocimiento o falta de ley para justificar la violación de los derechos y garantías establecidos en los mismos, desechar la acción interpuesta en su defensa o negar el reconocimiento de tales derechos.⁵⁰

No obstante, resulta necesario aclarar que nuestra Constitución, conforme lo establece el art. 417 en concordancia con el numeral 3 del art. 11 e inciso 3 del art. 426, va más lejos y no solamente ha incorporado como fuente de derecho a los tratados internacionales de derechos humanos, sino también a otros instrumentos internacionales de esta naturaleza, como lo es el *softlaw* o derecho suave, que, conforme lo reconociera la Corte Constitucional del Ecuador –máximo intérprete constitucional–, también resulta ser directamente aplicable por y ante cualquier juez o autoridad, más aún si desarrolla el contenido de una serie de derechos previstos en la Carta Fundamental.⁵¹

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Este deber de protección del Estado y eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares se ha plasmado en nuestra Constitución, la cual es un texto histórico que refleja la lucha contra una sociedad injusta⁵² en aumento, producto de la

47. Constitución, inciso 1 del numeral 9 del art. 11.

48. *Ibid.*, inciso 2 del art. 424 y art. 426.

49. *Ibid.*, art. 172.

50. *Ibid.*, numeral 3 del art. 11 y art. 426.

51. Corte Constitucional del Ecuador, dictamen favorable de Constitucionalidad al Convenio entre la República del Ecuador y la República Argentina para el Cumplimiento de Condenas Penales, No. 0004-09-DTI-CC, p. 13, publicado en el *Registro Oficial* 595 de 21 de mayo de 2009.

52. Thomas Pogge, “Propuesta para un dividendo sobre recursos globales”, en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 6, Sao Paulo, 2007, pp. 145-169, citado por Ramiro Ávila Santamaría en “Caracteri-

exclusión y desigualdad existente en nuestro país como consecuencia del modelo económico liberal-neoliberal, que dejó cada vez más libres de control a los poderes salvajes del mercado y, por ende, con más poder debido a la privatización de los servicios públicos y reducción del deber de hacer del Estado.

Estas, entre otras razones, hicieron que nuestro constituyente se inclinara por un constitucionalismo social o igualitario.⁵³ Así, el art. 1 de la Constitución del Ecuador, define a nuestro país como un “Estado constitucional de derechos y justicia”, enunciado axiológico de donde resulta, como señala Ramiro Ávila, que el Estado y el derecho del que este emana están sometidos a los derechos de las personas y colectividades.⁵⁴ Es decir, en ningún caso las leyes, otras normas jurídicas, ni los actos del poder privado ni público, dentro de los cuales se encuentran las decisiones de los jueces,⁵⁵ podrán superponerse a los derechos.

Entonces, al ser la Constitución y los derechos contenidos en esta jurídicamente supremos, todos, incluidos los particulares, debemos observarlos para realizar o no una determinada acción,⁵⁶ pues estamos obligados a practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de los derechos y en el disfrute de bienes y servicios,⁵⁷ no pudiendo sobreponerse dicho ejercicio a la dignidad de los demás. En este sentido, los derechos se convierten en jaque perpetuo⁵⁸ al poder, ya sea público o privado.

zación de la Constitución 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, p. 413. Ramiro Ávila, valiéndose de la Teoría de la Justicia de J. Rawls, expuesta por Thomas Pogge, indica que una sociedad injusta se caracteriza porque: 1. Los peor situados están peor absolutamente; 2. Los peor situados están peor que otros; 3. Los mejor situados no se puede imaginar la situación de los peor situados y, por lo tanto, existe un gran nivel de insensibilidad de los primeros en relación a los segundos; 4. La situación de los peor situados es generalizable en la población y en la mayoría de los aspectos de la vida; 5. Los mejor situados pueden mejorar las circunstancias de los peor situados. La sociedad que genera injusticia, por tanto, es evitable; 6. Los mejor situados modelan, según sus intereses, el orden social y político y lo imponen a los peor situados. Existe una red global institucional estatal para mantener el sistema (educación, comercio, diplomacia, medios de comunicación y fuerza policial y militar); 7. El orden social e institucional reproduce la desigualdad. A menos que se justifique que es el mejor ordenamiento de todos los posibles, carece de legitimidad; 8. Puede existir otro orden social y político; 9. La desigualdad no es atribuible a factores extra sociales. Si los peor situados se los pone en otro contexto geográfico, político y social, no serían pobres; 10. Solo los mejor situados disfrutan la ventaja de la explotación, uso e intercambio de los recursos. Los mejor situados están excluidos sin compensación. Los pobres comparten las cargas de la degradación de la explotación de los recursos naturales. El uso de ellos es unilateral por parte de los mejor situados y se generan élites globales y generales.

53. Ramiro Ávila Santamaría, “Caracterización de la Constitución 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, pp. 405-428; y Ramiro Ávila Santamaría, *Retos de una institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos*, pp. 22-43.

54. Ramiro Ávila Santamaría, “Caracterización de la Constitución 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, pp. 409, 410.

55. Constitución, art. 172.

56. *Ibid.*, art. 426.

57. *Ibid.*, numeral 9 del art. 83.

58. En el ajedrez, el jaque perpetuo es el recurso que emplea un jugador a través de la continua amenaza-movimiento de una pieza hacia el Rey contrario para conseguir igualar la partida, esto es hacer tablas, sin que su

De esta forma se patentiza en nuestro sistema jurídico-constitucional el tránsito del paradigma libertario al igualitario, en donde –por mandato constitucional– nuestro sistema económico debe ser social y solidario y propender a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza;⁵⁹ y el derecho a la propiedad⁶⁰ y a la libre empresa⁶¹ están garantizados siempre y cuando se ejerzan bajo los principios de solidaridad y responsabilidad social y ambiental, siendo, a consecuencia de estos enunciados normativos, todos los principios y derechos inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía en su exigibilidad.⁶²

A continuación revisaremos cómo a través de la acción de protección, garantía constitucional de protección de derechos prevista en el art. 88 de la Carta Suprema, el constituyente ha dejado establecido, con claridad, el efecto de irradiación de los derechos constitucionales frente a particulares y el deber de protección de estos derechos que tiene el Estado en estas relaciones.

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN CONTRA PARTICULARES

En la Constitución de 1998 se instituyó por primera vez una garantía constitucional de amparo de derechos en contra de particulares: el amparo constitucional. Esta acción se podía dirigir contra entes privados que prestaren un servicio público por delegación o concesión de una autoridad pública o cuando con su conducta vulneraran un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. Pero no se podía hacer nada contra una violación de carácter individual, pues esta posibilidad no estaba prevista, a no ser, como indicamos, que el ente privado prestara un servicio público por delegación o concesión del Estado.

Sin embargo, su desarrollo no fue el esperado, pues se establecieron parámetros muy rigurosos para acreditar la legitimidad activa del afectado, como, por ejemplo, tener que demostrar que se era representante de una colectividad⁶³ cuando se trataba

rival se pueda resistir. En este mismo sentido, las garantías y derechos constitucionales servirán para poner en jaque perpetuo al poder privado que viole derechos.

59. Constitución, art. 283.

60. *Ibid.*, numeral 26 del art. 66 y art. 321.

61. *Ibid.*, numeral 15 del art. 66.

62. *Ibid.*, numeral 6 del art. 11.

63. Véase la acción de amparo constitucional No. 862-2004-RA, resuelta por el ex Tribunal Constitucional, en la que un ciudadano interpuso amparo constitucional en contra de dos ciudadanos por cuanto estos habían construido unas torres de aproximadamente 20 metros de altura en las que instalaron cuatro altoparlantes mediante

de la vulneración de derechos comunitarios, colectivos o difusos,⁶⁴ mientras que la posibilidad de poder accionar contra particulares que prestaren servicios públicos o actuaren por delegación o concesión de una autoridad pública fue casi nula, pues, en la jurisprudencia, no se desarrollaron estos conceptos, los cuales hubieran permitido acreditar la legitimidad pasiva de los entes particulares vulneradores de derechos.⁶⁵

Por lo tanto, el amparo constitucional contra particulares previsto en la Constitución de 1998, en la práctica, seguía alineado con la tesis de que los derechos constitucionales solamente eran oponibles frente al Estado, pues la excesiva restricción legal y, sobre todo, la falta de desarrollo jurisprudencial de conceptos dejaron exentos a los particulares de ser controlados constitucionalmente.

El constituyente, mediante la ampliación de la acción de protección frente a particulares en la Constitución 2008, rompe con el anterior paradigma y reconoce que el sistema jurídico está compuesto no solamente por normas, sino que, además, es un sistema de posiciones y relaciones jurídicas,⁶⁶ y que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento a la cual estamos sujetos todos los entes, tanto los públicos como los privados y que, por ello, el efecto de los derechos constitucionales es vertical y horizontal.

los cuales se difundía publicidad de toda índole, a muy alto volumen y a toda hora, incluso por la noche, lo cual afectaba la tranquilidad y la paz de los que habitaban en dicha localidad, por el ruido ensordecedor que ocasionaba. 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.

64. Art. 7 de la resolución s/n dictada por la ex Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 378 de julio del 2001, mediante la cual se interpretó la Ley de Control Constitucional, en cuanto a la procedencia de la acción de amparo, y se restringió legislativamente su alcance y eficacia.

65. Un ejemplo de lo dicho se produjo cuando el ex Tribunal Constitucional negó la acción de amparo constitucional No. 0215-01-RA, que fuera propuesta por algunos padres de familia del Colegio Americano de Guayaquil en contra de su Rector y el Presidente de la Asociación, debido a que en los meses de abril y mayo del año 2000, pese a no estar autorizados por la Junta Reguladora de Costos de Educación Particular ni por el Ministerio de Educación, les impusieron a todos los alumnos una pensión arbitraria y elevada que superaba el 90% en relación con el año lectivo anterior. Ante el reclamo de los actores a la Junta Reguladora de Costos del Ministerio de Educación, los accionados les pidieron a los alumnos reclamantes que se ubiquen en otros colegios, iniciándose una constante persecución y acoso que desembocó con una carta circular de 12 de enero de 2001 que les comunicó que se les negaba la matrícula a sus representados, lo cual consideraron que violaba su derecho a la educación. En primera instancia, se negó la acción y, en apelación, el Tribunal Constitucional ratificó la decisión diciendo que “en el presente caso se demanda a una persona de derecho privado como lo es el Colegio Americano de Guayaquil, que es un colegio particular, por lo que *no se cumple con el presupuesto de que el acto u omisión emane de una autoridad pública*” y que tampoco la resolución impugnada perjudica un interés comunitario o colectivo (la cursiva me pertenece).

66. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 506.

ACTOS JUSTICIABLES

Esta garantía ha sido concebida para proteger directa y eficazmente los derechos constitucionales que sean vulnerados por acciones u omisiones de los particulares cuándo: 1. presten servicios públicos impropios o de interés público; 2. presten servicios públicos por delegación o concesión estatal; 3. la violación del derecho provoque daño grave; 4. la persona afectada se encuentre en una situación de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo; 5. se produzca un acto discriminatorio por cualquier persona.

Dentro de las causales de procedencia, que están previstas en los numerales 4 y 5 del art. 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante LOGJCC, la tercera causal, puede afirmarse, atraviesa a las demás, pues toda violación de un derecho provoca daño, aunque no siempre sea grave; es decir, irreversible fácticamente, pero sí reparable jurídicamente. Por lo tanto, cuando se ha producido o se está por producir un daño que no permite o permitiría regresar a la situación anterior a la violación, urgentemente se tendrán que ordenar medidas reparatorias para mitigar el daño producido.

Respecto de las causales de subordinación y de discriminación, cabe señalar que estas desembocan en la mayoría de las veces en indefensión, circunstancia esta que necesariamente estará presente de una u otra forma cuando los particulares provoquen daño grave, presten servicios públicos impropios o por delegación o concesión estatal.

Por ello, solamente abordaremos las circunstancias de subordinación-indefensión, indefensión y discriminación-indefensión, las cuales serán evidenciadas de forma práctica mediante la revisión de algunos casos de “amparo constitucional” resueltos por nuestro ex Tribunal Constitucional a la luz de las causales de procedencia previstas en la Constitución de 1998. También revisaremos algunas sentencias dictadas por la Corte Constitucional de Colombia, institución en donde, a partir de la vigencia de la Constitución colombiana de 1991, mediante la “acción de tutela” han sido jurisprudencialmente desarrolladas las causales de procedencia de nuestra actual “acción de protección frente a particulares”.

SUBORDINACIÓN-INDEFENSIÓN

La subordinación como circunstancia que activa la acción de protección frente a particulares, para efectos del presente trabajo, se da cuando, producto del desnivel jurídico existente, una persona tiene la obligación de obedecer una decisión arbitraria o

de realizar actos para otra que ostenta la condición de autoridad en virtud del reconocimiento que mediante contrato el primero ha hecho para el segundo o de una norma jurídica que así lo dispone; y, entonces, esto conlleva vulneración de derechos constitucionales, generando indefensión. Ello implica que tienen que existir los siguientes elementos constitutivos:

1. Una autoridad y un subordinado;
2. Contrato o norma jurídica que origine dicha relación;
3. Vulneración de derechos constitucionales por:
 - a) decisión arbitraria; o,
 - b) obligación contractual u orden verbal o escrita de hacer o no hacer.

Para observar que la presencia de estos elementos se han venido presentando desde antes, revisaremos un caso resuelto por nuestro ex Tribunal Constitucional:

Caso No. 0775-2004-RA

a) Hechos: Una ciudadana indicó que hacía más de cuatro años era socia activa de la Cooperativa de Transporte “Río Amazonas Ltda.”. En virtud de esto, tenía una unidad automotor tipo bus que laboraba en la transportación pública de servicio urbano en Guayaquil. En mayo de 2002 se instauró en su contra un juicio coactivo por la Agencia de Garantías de Depósitos, debido a lo cual le incautaron el bus de su propiedad. Tras haber arreglado tal situación, el automotor le fue devuelto por lo que procedió a solicitar a la Cooperativa que se le permitiera continuar con sus recorridos, petición que fue negada por el gerente.

Dada tal negativa, concurrió a presentar su reclamo a la Subsecretaría de Bienestar Social, cuya autoridad ofició a los dirigentes de la Cooperativa disponiendo que se le permitiera a la víctima continuar prestando sus servicios en la transportación pública, a lo que se hizo caso omiso. Posteriormente, a la reclamante se la convocó a una sesión de la Asamblea General de Socios en donde se resolvió excluirla de la Cooperativa por varias situaciones que nunca fueron probadas.

En primera instancia, se negó la acción de amparo propuesta en contra del presidente y gerente de la Cooperativa, por cuanto se dijo que el actuar de los demandados no constituye acto de autoridad pública. En apelación, el Tribunal Constitucional confirmó la decisión del juez *a-quo* argumentado que no existía acto ilegítimo de autoridad de la administración pública o de quien hiciere sus veces por delegación de esta, ni que tampoco esta conducta afectaba un derecho colectivo.

b) Análisis: Si este caso sucediera hoy, los elementos de esta situación de subordinación serían: i) La autoridad, que es el presidente y gerente de la Cooperativa “Río

Amazonas Ltda.”, y la parte subordinada, que es la ciudadana que se ve obligada a acatar estas decisiones que le conculcan derechos. ii) Esta situación se origina en virtud de una norma jurídica, esto es, los Estatutos de la Cooperativa, que le confieren autoridad a sus representantes y por ende sujeción a sus decisiones por parte de sus socios. iii) Arbitrariedad de la decisión impugnada porque, a más de desobedecer a la autoridad administrativa estatal, se impone una retaliación en forma de sanción, sin haberse observado el debido proceso ni haberse respetado el derecho a la defensa, vulnerándosele a la actora el derecho a procurarse una vida digna mediante el trabajo y al libre desarrollo de actividades económicas.⁶⁷

Es evidente que llevándose a efecto un juicio en la vía ordinaria transcurriría mucho tiempo y no podría ordenarse el reintegro de esta, pues, en el mejor de los casos, lo que se podría aspirar era al pago de daños y perjuicios. La reclamación administrativa y las actas de sesiones constituirían pruebas suficientes para que el juez pueda formarse criterio del caso, por lo que no sería un obstáculo para resolver la emergencia en la que ha sido colocada la actora, la celeridad del procedimiento constitucional.

Pero hay que examinar que la pretensión no sea la declaración de un derecho legal u ordinario.⁶⁸ En este punto podría decirse que lo que en verdad se está reclamando no son los derechos constitucionales mencionados, sino que se declare la ilegalidad de la exclusión como socia de la Cooperativa y se ordene su reintegro, así como que, fruto de esto, se le observen los derechos que como socia adquirió, dentro de los cuales está el poder trabajar en una línea que le sea asignada a su vehículo de transporte y que, consecuentemente, el problema no es competencia de la jurisdicción constitucional sino de la jurisdicción civil.

Sin embargo, al observar que la víctima ha sido sancionada con la exclusión de la Cooperativa, sin respetarse su derecho a la defensa y, por ende, al debido proceso y seguridad jurídica, así como que el bus de transporte urbano del cual es propietaria la actora es el único medio de sustento de su familia y la del chofer y ayudante de conducción que trabajan en el vehículo, el juez tiene que intervenir para proteger los derechos constitucionales de la actora y condenar la transgresión del principio de solidaridad y responsabilidad social con la que debemos actuar en el ejercicio de nuestras actividades económicas, dado el abuso de superioridad existente.

c) Conclusión: Tanto el juez de instancia como el Tribunal Constitucional inobservaron que el acto impugnado provenía de un ente privado al cual el Estado le había concesionado la prestación de un servicio público como es el de transportación de pasajeros. Sus afirmaciones respecto de lo contrario no fueron motivadas, por lo que el fallo deviene en arbitrario dejando en indefensión a la víctima.

67. Constitución 1998, núm. 16, art. 23 y art. 35-Constitución 2008, art. 66, num. 15.

68. LOGJCC, art. 42, num. 5.

Es precisamente aquí, cuando la acción de protección iguala fuerzas y se convierte en arma eficaz contra el poder abusivo, logrando que salgan a flote y no se ahoguen los sueños y aspiraciones de justicia, evitando males mayores, sirviendo como catalizador de la igualdad y la redistribución social. Los juzgadores, al examinar el problema y administrar justicia, antes que a literalidad de la ley, están sujetos a los derechos⁶⁹ que se encuentran establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales. Entonces, en caso de existir varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, ante la duda, tendría que realizarse y responderse a la pregunta ¿cómo se protegen mejor los derechos?, debiéndose adoptar la respuesta que más proteja los derechos de la persona.⁷⁰ Si hoy volviera a ocurrir esto, la acción de protección sería el remedio.

La subordinación generalmente existe en las relaciones laborales entre patronos y trabajadores;⁷¹ entre las asociaciones de copropietarios de conjuntos residenciales y sus coasociados;⁷² entre los colegios de profesionales y sus miembros; entre las

69. Constitución 2008, art. 172.

70. LOGJCC, art. 2, num. 1.

71. Véase la sentencia T-982 de 2001 de la Corte Constitucional de Colombia en la que un empleador le ordenó a un trabajador que laborara tres horas los días sábados. Esta circunstancia iba en contra de las creencias religiosas del trabajador, ya que pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día y, para sus miembros, una de sus principales convicciones, creencias y festividades es que ese día debía guardarse para la adoración del Señor. El trabajador le envió una misiva al empleador proponiéndole que se le aumentara esas tres horas en las jornadas semanales a lo que el empleador le respondió que debía ir a trabajar de todas maneras los sábados. El trabajador no asistió a dos sábados continuos y al tercero fue despedido con una indemnización por parte del empleador. La desigualdad jurídica en la relación no le permitía reaccionar como en circunstancias de igualdad lo hiciera, debido al castigo que implicaba desobedecer tal orden. La Corte ponderó entre el derecho del empleador a organizar su empresa para que produzca más rentabilidad y el derecho de libertad de culto y religión del trabajador, fallando a favor de este. Como parte de la reparación integral al derecho vulnerado hizo una interpretación que armonizó los derechos en colisión y ordenó el reintegro del trabajador en el término de 48 horas, pero reconoció el derecho de la empresa a disponer al trabajador que labore durante tres horas adicionales siempre y cuando no se trate del día sábado. Así mismo, ordenó que el trabajador restituya los valores que hubiere recibido por indemnización; eso sí, descontando los valores que no percibió mientras dejó de laborar. ¿Podría ordenarse esta medida reparatoria si ocurriese un caso similar en nuestro país? Sí, sin duda. Al respecto, el art. 86 núm. 3 de nuestra Carta Magna ha previsto que el juzgador deberá ordenar la reparación integral cuando se declare la vulneración de un derecho, reparación que contemplará en lo posible el restablecimiento del derecho.

72. Véase la sentencia T-333 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia en la que la Asociación de Copropietarios de un conjunto residencial, cuyas decisiones se expresan por intermedio de la Asamblea General y su Directorio, obligó al pago mensual de televisión por cable comunal a uno de los copropietarios de dicho conjunto habitacional que no concurrió a la misma. Los accionantes alegaron que la Asamblea General no tenía competencia para imponer el servicio de televisión por cable, pudiendo solo fijar gastos en relación con la conservación, reparación y mantenimiento de las áreas, bienes y servicios de uso común. Así mismo, los demandados no recibían el pago que los actores normalmente realizaban por los gastos de administración sino adjuntaban el monto correspondiente a la televisión por cable por lo que al estar en mora no podían participar en las reuniones convocadas por el Directorio. La Corte expresó que la jurisdicción ordinaria, debido al tiempo que le tomaría llegar a una sentencia en firme, provocaría que los actores no puedan seguir actuando en las sesiones, violándose de esta forma sus derechos de participación. Esto significaría imponerles prácticamente la obligación de cancelar este servicio para no tener que pagar con mora los servicios en concepto de administración y

empresas particulares que brindan servicios públicos y los administrados; entre el directorio de clubes⁷³ o federaciones deportivas y sus asociados; entre padres e hijos; entre profesores y alumnos; etc., y en general cuando se presenten los elementos constitutivos enumerados anteriormente.

En la jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional de Colombia mediante la “acción de tutela” tiene una larga tradición respecto de esta causal de justiciabilidad. Veremos un ejemplo que contrastara con nuestra realidad:

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-745 del 2002

a) Hechos: A dos futbolistas, tras regresar de jugar para otro equipo al que fueron dados en calidad de préstamo por el club al cual pertenecía su “pase”, no se les asignó la realización de ninguna actividad en esta entidad deportiva luego de su regreso, estando durante un considerable tiempo sin ninguna actividad ni remuneración, lo que hacía peligrar su sobrevivencia y la de su familia, ya que tampoco era posible para los jugadores gestionar su vinculación a otro ente deportivo, por no ser ellos, conforme el respectivo contrato, los dueños de su “pase”. El juez de primera instancia aceptó la demanda y, tutelando los derechos a la libertad y al trabajo, ordenó que a los dos jugadores el club deportivo demandado les entregara sus derechos deportivos. En virtud de la apelación realizada por los demandados, en segunda instancia se denegó la demanda por

así gozar de los derechos que estos le otorgan. Por lo tanto, la Corte estimó que los demandados violaron los derechos fundamentales a la libertad e intimidad personal y familiar de los actores y ordenó a la Junta Administradora aceptar el pago de las cuotas ordinarias que adeudan los actores, descontando el valor por el servicio de televisión por cable e intereses moratorios por dicho concepto. Del mismo modo, dispuso que se les permitiera la participación con voz y voto en las asambleas que se llegaran a realizar.

73. Véase la acción de amparo constitucional No. 1030-2004-RA, resuelta por nuestro ex Tribunal Constitucional, en la que el presidente del Club Deportivo Juventus y sus directivos propusieron esta acción por haber sido sancionados con un año calendario de suspensión por el presidente de la Asociación de Ligas Rurales del cantón Quito, tras haber protagonizado actos beligerantes en contra de este en el estadio de la Liga Parroquial del Quinche el 22 de agosto de 2004. Los demandantes consideraron que se irrespetó el debido proceso, ya que el órgano que poseía esta facultad sancionadora era la Comisión de Calificación, Premiación y Sanciones de la Asociación y no el directorio, debido a que este es un juez de apelación y no de conocimiento directo. El juez de primera instancia consideró que se había vulnerado un derecho difuso como es el derecho a practicar un deporte y concedió el amparo, mientras que el Tribunal Constitucional en apelación indicó que el demandado no era autoridad pública sino persona jurídica de derecho privado por lo que no procedía y revocó la decisión del *a-quo*. En este caso observamos: i) La autoridad que es el presidente de la Asociación de Ligas Rurales del cantón Quito y el subordinado que son los directivos del Club Deportivo Juventus. ii) Esta subordinación se origina en las normas jurídicas deportivas que le otorgan la competencia a las autoridades del club para sancionar las contravenciones que se pusieran en su conocimiento. iii) Esta decisión arbitraria manifestada por escrito vulneró el derecho constitucional al debido proceso y a ser juzgado por un juez competente. Esto se desprende al haberse el demandado arrogado la atribución de sancionar sin corresponderle.

cuanto se indicaba que lo que se discutía era un asunto de naturaleza eminentemente contractual, para lo cual existían otras vías diferentes a la constitucional.

b) Análisis: Se observa que en esta relación laboral existe: i) una autoridad que es la institución deportiva representada por sus directivos y una parte subordinada que son los futbolistas; ii) un contrato suscrito entre las partes que origina la relación de subordinación; y iii) vulneración de los derechos constitucionales a la libertad de escoger profesión y oficio, así como al trabajo en condiciones dignas y justas de los accionantes, dada por una obligación contractual de no poder jugar en ningún otro club que no sea el demandado, así este no los utilice ni les pague un salario por mantenerlos sin actividad.

c) Conclusión: En cambio, la Corte Constitucional de Colombia, en sede de revisión, expresó que al verse obligados los deportistas en virtud del principio *pacta sunt servanda*⁷⁴ a tener que cumplir la cláusula contractual que les impedía jugar en otro club de fútbol, mientras no lo autorice su empleador, vulneraba sus derechos constitucionales, pues, de persistir esta situación se cosificaría a los jugadores en mercancía y degenerar en esclavitud y trata de personas; por ende, confirmó la decisión del juez de primer nivel que ordenó al club deportivo que en el término de 48 horas entregara los derechos deportivos a dichos jugadores y comunicara tal situación a las instituciones correspondientes para que procedieran al respectivo registro.

En este caso los derechos patrimoniales en juego adquirieron relevancia constitucional al estar en peligro la supervivencia y dignidad de los deportistas y su familia, a pesar de provenir el problema de relaciones contractuales que, en circunstancias normales, le corresponderían solucionar a la jurisdicción laboral. Esta, en este caso, no sería la vía adecuada ni eficaz al no poder evitar que se continúen violando los derechos del actor y su familia, debido al tiempo que tardaría en declararse mediante sentencia ejecutoriada la nulidad de tal cláusula al haberse presentado estas circunstancias que generan la inconstitucionalidad de la misma.

INDEFENSIÓN

La situación de indefensión como causa de protección frente a particulares puede definirse para efectos del presente trabajo como la posición dominante que, producto de las circunstancias fácticas o jurídicas determinantes de la relación, ostenta un particular respecto de otro, lo que ocasiona la impotencia del dominado para reivindicar sus derechos constitucionales. Esto por la inexistencia de recursos materiales,

74. Es una locución latina que significa que “lo pactado obliga”.

físicos o legales que sean rápidos y eficaces o por la inoperancia de las autoridades públicas llamadas a intervenir.

Entonces, para que se dé este presupuesto se identifican los siguientes elementos:

- a) poder, producto de la posición dominante proveniente de las circunstancias fácticas o jurídicas, pero no de normas, que determinan la relación;
- b) impotencia del dominado para compeler la violación de sus derechos constitucionales; y,
- c) falta, idoneidad, ineficacia de medios de carácter material, físico o legal que sean adecuados y eficaces, o, en su defecto, por la inoperancia o negligencia de las autoridades administrativas.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado que esta circunstancia deberá siempre ser analizada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso; por lo que no existe una definición única de este concepto.⁷⁵ Pero, ¿cuál es la razón para que se produzca la intervención del juez en las situaciones de indefensión derivadas de las relaciones entre particulares? La Corte colombiana ha contestado este interrogante en su jurisprudencia, manifestando que:

Al igual que en el caso del servicio público, esta facultad tiene su fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular. Por ello, el Estado debe acudir a su protección —en caso de haberse violado un derecho constitucional fundamental—, la cual no es otra cosa que una compensación entre el perjuicio sufrido y el amparo inmediato del derecho.⁷⁶

En general, se presume que las relaciones entre particulares se dan en términos de igualdad; producto de la libertad de que gozan. Mas, cuando se dan los supuestos mencionados, un tercero —el juez— tiene que intervenir para restablecer la igualdad que se perdió producto del abuso del derecho a la libertad de una de las partes. Ronald Dworkin, en razón de esto, ha propuesto que

los derechos fundamentales a diferentes libertades solo deben ser reconocidos cuando se puede demostrar que el derecho fundamental a ser tratado como igual los exige. Si esto es correcto entonces el derecho a diferentes libertades no entra en conflicto con ningún supuesto derecho concurrente a la igualdad, sino que, por el contrario, se sigue de una concepción de la igualdad reconocidamente más fundamental.⁷⁷

75. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 227 de 1999.

76. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-134 de 1994.

77. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 390.

Para analizar los elementos constitutivos de esta situación, revisaremos un caso de acción de amparo constitucional resuelta por nuestro ex Tribunal Constitucional.

Caso No. 0008-2004-RA

a) Hechos: Un ciudadano, por un lapso de dos años y ocho meses, desempeñó las funciones de jefe comercial del Banco del Pichincha, en su agencia ubicada el cantón Montecristi, provincia de Manabí. El 4 de octubre de 2000 fue separado definitivamente de su cargo por medio de un Visto Bueno concedido por la Inspectoría del Trabajo.

Mediante juicio laboral, este ciudadano impugnó dicho Visto Bueno y la Corte Superior de Justicia de Portoviejo en sentencia declaró que existió despido intempestivo, por lo que ordenó el pago de la indemnización correspondiente. Esta sentencia fue confirmada por la ex Corte Suprema de Justicia. Desde esa fecha, en virtud de las órdenes impartidas por el gerente regional del Banco del Pichincha a los guardias de seguridad de esta sucursal, quienes controlaban el ingreso y egreso del mismo, al actor se le prohibió ingresar a las instalaciones del banco, impidiéndosele de esta forma cobrar los valores que, en concepto de jubilación patronal, le depositaban en su cuenta de ahorros, así como hacer los movimientos bancarios que de acuerdo a sus necesidades requiriera.

La defensa del Banco, contestando a la demanda de amparo solicitada por su ex empleado, dijo que esta era una institución privada y que los clientes de la institución eran seleccionados, siendo potestativa su admisibilidad a cuentas de ahorros, corrientes, inversiones, créditos, casilleros de seguridad, otorgamiento de garantías, tarjetas de crédito y demás servicios financieros, así como también disponía de áreas restringidas de seguridad a las que tenía acceso solo el personal autorizado.

El juez de instancia inadmitió la acción propuesta y el Tribunal Constitucional en apelación señaló que el Banco del Pichincha era una institución privada que no actuaba por delegación o concesión del Estado prestando servicios públicos. Con este fundamento resolvió ratificar la negación al amparo solicitado. Sin embargo, expresó su preocupación por la actitud del banco y dispuso se remitan fotocopias certificadas a la Superintendencia de Bancos para que se le llamara la atención.

b) Análisis: Si este caso sucediera hoy, los elementos fácticos de indefensión serían: i) La posición ventajosa del demandado respecto del actor al prohibir por la fuerza su ingreso y negarle la atención y consecuente cobro de valores que, por concepto de jubilación, le eran depositados mensualmente. ii) El actor no puede hacer nada para impedir que su derecho constitucional a que no se maltratada su dignidad se vea vulnerado, viéndose obligado a acudir a otra sucursal del banco fuera de la ciu-

dad para poder disfrutar de su derecho constitucional a la jubilación, lo cual, obviamente, le resulta gravoso al generar indudablemente un perjuicio económico. iii) La inexistencia de medios materiales-físicos y legales, adecuados y eficaces, para combatir tal afrenta a su dignidad, dejan al recurrente en una situación de indefensión, a la cual el Estado tiene la obligación de atender prioritariamente, al ser parte de un grupo vulnerable –persona adulta mayor–.

c) Conclusión: El ex Tribunal Constitucional hizo caso omiso de la jurisprudencia dictada por este en la acción de amparo No. 0378-01-RA, en la cual se definió qué implicaba la prestación de un servicio público, lo cual, sin duda, prestaban y prestan los bancos, inobservando así el Tribunal su deber de hacer respetar los derechos constitucionales de los ciudadanos y dejando fuera de control constitucional a este ente privado. Con esto, la situación de indefensión quedó completa, pues no existió tampoco un tribunal adecuado y eficaz para la protección de derechos. Más bien, al tibiamente alcanzar el tribunal a recomendar que se realice un llamado de atención al banco por parte de la Superintendencia de Bancos, quedó subordinado al poderío del banco, dejando al actor vejado, por haberse atrevido a reclamar sus derechos laborales, sentándose un mal precedente para que no se animen a hacerlo otras personas que se encontraren en similares condiciones.

Hoy, el juez constitucional, haciendo respetar la Carta Suprema, debería ordenar al banco la reparación integral del daño, disponiendo el libre ingreso del actor a este, debiendo serle prestada la atención preferente que se merece.⁷⁸ Así mismo, para que no se volviera a repetir lo ocurrido, podría ordenar el pago de las costas procesales en las que incurrió el actor para reivindicar sus derechos, así como que se le otorgara una disculpa pública por lo sucedido en uno de los periódicos de mayor circulación de la localidad.

Las circunstancias fácticas que pueden colocar a una persona en estado de indefensión contra otro particular que vulnere derechos son innumerables, pues en la sociedad y en el mercado⁷⁹ se forman poderes que deben ser controlados para que los derechos de los débiles no se vean avasallados por la voluntad de los fuertes.

78. Constitución 2008, art. 38, núm. 4.

79. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-375 de 1997: Un ciudadano que constituyó una microempresa destinada a la fabricación de velas en el Municipio de Florencia, Caquetá, indicó que la materia prima –parafina, indispensable para su funcionamiento–, la adquiría de la empresa Terpel Sur S.A. Para tal efecto, la empresa ha entregado al demandante un código de comprador y explicó que se la vendían en bloques, los cuales, según afirma, se facturaban con un peso de 29.92 kilogramos. El demandante, al notar que varios bloques adquiridos a Terpel tenían un peso inferior al indicado, acudió a la Inspección de Precios, Pesos y Medidas de Florencia, quien comprobó que los 23 bloques que se encontraban en la bodega del microempresario tenían un peso inferior al supuesto, por lo cual Terpel fue sancionada y este hecho fue puesto en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación. A raíz de tales acciones, Terpel decidió suspenderle la venta de parafina, lo cual le ha traído graves perjuicios al vulnerar su derecho a la igualdad y al trabajo, toda vez que es el único distri-

Así mismo, ahora veremos cómo la jurisprudencia colombiana ha tratado el tema en una de sus sentencias de tutela, expedidas en sede de revisión.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-351 de 1997

a) *Hechos*: Una pareja de cónyuges, de avanzada edad y con problemas de salud, demandó a un sacerdote debido a que este, mediante 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.

Los actores solicitaron que se condene a la Diócesis al pago del dinero producto de la venta, pues el no haberlo recibido, y además haber dejado de tener la única fuente de ingresos que significaba el arrendamiento del inmueble, atentaba contra su salud y su vida, ya que era su único medio de subsistencia. En primera y segunda instancia se negó la tutela por cuanto se dijo que existían otras vías judiciales para el efecto, mientras que la Corte Constitucional de Colombia en sede de revisión indicó que por no resultar idóneas ni eficaces las vías civiles, debido a la congestión y a la avanzada edad de los demandantes, la tutela era procedente y entraba a resolver el fondo del problema planteado.

Expresaron que con esta actitud se vulneró el principio de solidaridad que es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a lo cual deben obrar las personas en determinadas circunstancias, así como el principio de buena fe,

buidor del producto en la región. Terpel indicó que, debido al procedimiento adoptado por el actor, le parecía prudente esperar la resolución de la denuncia ante la Fiscalía presentada por él y que encontraba contradictorio que, si creía que le estaban robando, quisiera continuar con sus compras. El juez de primera instancia concedió la tutela como mecanismo provisional de defensa del derecho a la igualdad, al trabajo y a la protección familiar y ordenó a Terpel seguir suministrando la materia prima. La Corte Constitucional, en revisión, consideró que el demandado se presenta en el mercado nacional y en el mercado local como distribuidor mayorista de parafina nacional e importada y que la dependencia que con respecto a esta empresa tiene el pequeño empresario parece ser total pues, es el proveedor de su único insumo y solo con gran sacrificio suyo en términos de costo y esfuerzo, podría ser sustituido por otro. Por lo tanto, expresó que la negativa a contratar, esto es a suministrar parafina a la pequeña fábrica de velas, vulnera el derecho al trabajo, tanto del propietario de la fábrica como de sus operarios. La Corte concluyó que el actor se encontraba en una situación de indefensión material, pues la retaliación tomada por la empresa Terpel tenía como objetivo demostrar su poderío y, con eso, lograr que el actor desistiera de sus reclamos respecto del fraude en el pesaje de la parafina. Expresó que la sociedad demandada es una persona de derecho privado que, en virtud de su derecho a la libertad de empresa y contractual, no se le puede imponer el deber general de contratar, pero, de la misma manera, señaló que la empresa como tal constituye la base del desarrollo del país y, por ende, debe siempre cumplir su función social que implica obligaciones para poder funcionar; por lo que ordenó a la empresa Terpel poner fin a la conducta asumida y continuar suministrando parafina en términos de su propia oferta pública.

colocó en peligro la vida y la salud de los actores, por lo que resolvió ordenar al representante legal de la Diócesis de Cúcuta restituya el dinero producto de la compraventa dentro del término de 48 horas con los respectivos intereses legales.

b) Análisis: Un caso sui generis: i) La Corte expresó 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.

Este predominio se reflejaba en ese momento, en la prepotencia y negativa a entregarles el dinero de la venta arguyendo la existencia del testamento; ii) es clara la imposibilidad de los actores en su condición de personas de la tercera edad de contrarrestar este abuso y consecuente violación de sus derechos a la salud y la vida; iii) coadyuvado por la inexistencia de medios materiales-físicos y legales que sean adecuados y eficaces por el tiempo para obligar al sacerdote y a la congregación a devolver el dinero.

c) Conclusión: Aquí los derechos patrimoniales en juego adquirieron relevancia constitucional al encontrarse en riesgo la dignidad y sobrevivencia de los actores. La pretensión de los actores era la declaración de la violación de su derecho constitucional a la vida y a la salud, pero también implícitamente buscaban se declare su derecho a recibir el dinero fruto de la compraventa de su casa. En este caso la vía constitucional era la única que podía evitar que los actores quedaran en indefensión, quienes al ser un grupo vulnerable de la sociedad, el sistema judicial debía urgentemente atenderlos y reparar el daño producido evitando se produzcan, por la interdependencia que existe entre los derechos, vulneración de su vida.

DISCRIMINACIÓN-INDEFENSIÓN

Norberto Bobbio indicaba que “los derechos humanos por muy fundamentales que sean, son derechos históricos, es decir, nacen gradualmente, no todos de una vez y para siempre, en determinadas instancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes...”.⁸⁰

El constituyente, haciéndose eco de estas luchas que han sido reconocidas por nuestro país en declaraciones y convenios internacionales, instituyó constitucionalmente la acción de protección frente a particulares por motivos de discriminación, la cual garantiza el cumplimiento del derecho a la igualdad y no discriminación de los

80. Norberto Bobbio, *El Tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 17, 18.

seres humanos. En consecuencia, ha quedado proscrita cualquier forma de distinción arbitraria, ya sea por razones de 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 derechos.⁸¹

Pero, como hemos visto, no es suficiente este gran triunfo formal, pues hay que preocuparse ahora por su materialización: en la sociedad todavía existe arraigada la *discriminación solapada*⁸² en lo más cotidiano de la vida, y, más que nada, por los particulares que a lo largo del tiempo no hemos sido sujetos de la misma intensidad de control que el Estado, habiendo tenido, en consecuencia, mayor libertad para discriminar.

Para cumplir con este objetivo, en los casos que el accionado sea un particular, la ley ha establecido que se presumirán ciertos los hechos alegados por la víctima, cuando se trate de discriminación o de violaciones de los derechos del ambiente o de la naturaleza.⁸³

Esta inversión de la carga de la prueba, *prima facie*, parecería atentar contra el principio de presunción de inocencia previsto como una garantía en todo proceso.⁸⁴ Mas, no es así. El legislador, para tomar esta decisión, ante la colisión entre el principio de presunción de inocencia y el principio de igualdad material y de tutela efectiva, que también se derivan de la dignidad humana, realizó un ejercicio ponderativo y decidió que mayor peso, para estos casos, tenía el principio de igualdad material y tutela efectiva, en razón de que para la víctima en la práctica le es muy difícil, en el desnivel en el que se encuentra, probar sus aseveraciones y porque estos hechos no son de sencilla demostración.⁸⁵

Pero, ¿qué significa la palabra igualdad? Bobbio indicó que la dificultad de establecer el significado descriptivo de la *igualdad*, descansaba en su indeterminación, de tal modo que decir que dos entes son iguales no significaba nada si no se respondían las preguntas: a) ¿igualdad entre quiénes?, y b) ¿igualdad en qué?⁸⁶ En tal vir-

81. Constitución 2008, art. 11 núm. 2, inc. 2.

82. Diario *El Universo*, “Negritud sufre por racismo solapado entre la sociedad”, sección Noticias, 5 de julio del 2009, en: [<http://www.eluniverso.com>], acceso: el 10-10-2009.

83. LOGJCC, art. 16.

84. Constitución 2008, art. 76, núm. 2.

85. Es de observar que, en Colombia, la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación se ha establecido jurisprudencialmente.

86. Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 53, 54.

tud, estas preguntas junto a la de si ¿la distinción es fundamentada o arbitraria?, tendrán que ser contestadas en el caso concreto para establecer si existe o no discriminación y violación del principio de igualdad.

Ejemplos comunes de discriminación entre particulares en nuestro país han sido y siguen siendo: 1. Que la administradora del bar de un colegio de mujeres le diga a una aspirante a conseguir trabajo que, porque es casada, no es idónea para el mismo; 2. Que un servicio de transporte no se detenga porque el pasajero que le hace señales es de la tercera edad y, por ende, paga la mitad; por lo tanto, no lo lleva por no convenirle económicamente; 3. Que se publiquen anuncios que requieran profesionales para trabajar pero que sean de una determinada universidad; 4. Que una empresa solicite como requisito una certificación médica de no estar en estado de embarazo para dar empleo a personas de sexo femenino; 5. Que una empresa despidiera a un trabajador por haber sufrido un accidente laboral que disminuyó sus capacidades motrices;⁸⁷ 6. Que el dueño de un restaurante llame a la policía por pensar que lo van a asaltar, cuando se acercan al mismo una familia de personas negras a consumir sus servicios;⁸⁸ 7. Que a una persona o grupo de personas no se los deje entrar en un lugar

87. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-216 del 2009: El 18 de enero de 2006, un ciudadano sufrió un accidente de trabajo que consistió en una caída de 50 metros, la cual le ocasionó un severo trauma en los miembros inferiores. La empresa de Molino ROA S.A, empresa para quien prestaba sus servicios, el 14 de septiembre de 2007 le informó que ya no se le podía continuar renovando el contrato. El trabajador interpuso acción de tutela en contra de la empresa por cuanto esta, al despedirlo, estaba vulnerando su derecho al trabajo, la salud y la seguridad social y a no ser discriminado, ya que venía laborando en la empresa en varios oficios mediante sucesivos contratos de trabajo por un término de 13 años. El actor mediante certificación correspondiente demostró que tenía una discapacidad del 32,63%, por lo que consideró que la empresa terminó la relación laboral producto de la invalidez que padece debido a la ocurrencia del accidente laboral, circunstancias que lo colocan en una situación grave por cuanto no logra obtener empleo debido a su accidente. En virtud de esto, solicitó que se ordene el reintegro al cargo que venía ocupando o uno acorde con la incapacidad que soporta en la actualidad y, adicionalmente, exigió el reconocimiento a la indemnización por la ilegitimidad del despido del que fue víctima. El juez de primera instancia negó la solicitud de tutela. En segunda instancia, se confirmó tal decisión indicando que las reivindicaciones planteadas son solamente sobre meras expectativas, mas no sobre derechos fundamentales, puesto que el asunto planteado requiere primero el agotamiento de las vías ordinarias en donde se decidirá la titularidad de los derechos subjetivos infringidos supuestamente. La Corte Constitucional en revisión, en cambio, señaló que, en virtud del principio de solidaridad, igualdad, dignidad humana y de la declaratoria de Estado social que hace la Constitución, la jurisprudencia de la Corporación en sentencia C-531 de 2000 indicó que: “Carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación, sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constata la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”. Resaltó, además, que cuando el empleador no obtenga el visto bueno de la autoridad administrativa se presumirá que la causa de terminación de la relación es la invalidez del trabajador, pues la Corte ya había indicado que endilgar al actor la carga de la prueba respecto del ánimo discriminatorio del empleador es una carga desproporcionada que afecta a una persona que se encuentra en situación de debilidad manifiesta. En virtud de estas consideraciones revocó las decisiones inferiores y ordenó al gerente de la empresa que, en el término de 48 horas, reintegre al actor en el cargo que desempeñaba o que le proporcione un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios y, además, ordenó el pago de la indemnización en razón de la discriminación sufrida.

88. Diario *El Universo*, sección Noticias, 5 de julio del 2009, en: [<http://www.eluniverso.com>], acceso: 10-10-2009.

público por se de raza negra; 8. Que a una persona no se le quiera arrendar o dar trabajo por ser extranjero, madre soltera, homosexual o de raza negra. Respecto de este último caso de discriminación encontramos en el diario *El Universo* de la ciudad de Guayaquil el siguiente testimonio:

María Elena Castro se enfurece al recordar la desagradable experiencia que vivió hace nueve días. Había escuchado por radio Cristal que, en un restaurante de la terminal terrestre de Guayaquil, necesitaban dos empleadas. Invitó a una vecina de la cooperativa Santiaguito Roldós, en el sur de la ciudad, y ambas acudieron en busca del empleo. “No. Ya conseguimos personal”, fue la respuesta cortante del administrador del local, quien no les dio opción a más preguntas. Castro señala que la actitud de aquel hombre dejaba notar su incomodidad porque ellas eran de tez negra. La mujer de 35 años afirma que, para comprobar su sospecha, fue a una cabina telefónica y llamó al número del restaurante. El mismo hombre le respondió que sí había vacantes. “Como nos vio negras, nos rechazó. Esa discriminación la vivimos en todo lado”.⁸⁹

Al respecto en la jurisprudencia colombiana se presentó el siguiente caso.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-131 del 2006

a) *Hechos*: La empresa multinacional de finanzas Deloitte envió una Comisión de personas para trabajar en Colombia y, una vez terminadas las labores, la actora, una ciudadana colombiana de tez morena, profesional en contaduría y coordinadora regional en Centro América y el Caribe de dicha empresa, se dedicó a enseñarles a sus compañeros de trabajo la belleza de la ciudad de Cartagena y, aproximadamente a las 10 de la noche, se dirigieron a la discoteca La Carbonera, en la que el guardia de seguridad les negó el acceso informándoles “que para poder entrar tenían que tener una reservación y que además la discoteca se encontraba llena”. Luego se dirigieron a la discoteca Qka-Yito en donde, con el mismo argumento, también les negaron la entrada. Regresaron entonces a La Carbonera para ver si más tarde podían ingresar y, ante su insistencia, el guardia les confesó: “Aquí los dueños del establecimiento nos tienen prohibido dejar ingresar a personas de tu color a menos que sean personas que tengan mucho reconocimiento o con mucho dinero”.

Expresó la actora que la vergüenza ante sus colegas fue muy grande al sentirse discriminada en su propio país por el hecho de ser negra. Los representantes de La Carbonera respondieron que no era cierto que tuvieran criterios de tipo étnico o religioso para limitar la entrada al establecimiento y que la discoteca no permitía la

89. Diario *El Universo*, “Negritud sufre por racismo solapado entre la sociedad”, sección Noticias, 5 de julio del 2009, en: [<http://www.eluniverso.com>], acceso: 10-10-2009.

entrada por razones de seguridad cuando esta ya estaba llena. En cambio, los representantes de la discoteca Qka-Yito respondieron que los únicos parámetros que tienen para permitir el ingreso son el vestuario y el calzado, esto es, revisan que las personas que ingresan lo hagan en óptimas condiciones. En primera instancia se denegó la tutela por cuanto la actora no demostró los hechos narrados, otorgándole credibilidad al testimonio del portero de la discoteca que indicó que solo revisaban que no entraran a la discoteca en chanclas o pantaloneta. En segunda instancia se revocó la sentencia al considerarse que el usar parámetros como el color de la piel para permitir el ingreso implica que los dueños intentan, en virtud de sus prejuicios y aires de superioridad, que solo ingresen personas blancas (apartheid), o que, si son de raza negra, sean famosas o de mucho dinero. Por esta razón, el fin que se persigue con esta medida era contrario a la Constitución.

La Corte Constitucional de Colombia mediante revisión confirmó la decisión de segunda instancia y expresó que el testimonio del guardia, debido a su relación de dependencia, no podía tener más credibilidad que el de la actora, por lo que ordenó a las empresas demandadas que en próximas oportunidades se abstuvieran de impedir el ingreso a estos lugares públicos de diversión nocturna por razones de raza, tutelando así los derechos de la actora a la igualdad y a la dignidad humana.

A continuación, por la similitud que podría darse al ser planteada contra un particular, revisaremos una acción de protección por discriminación, incoada en contra del rector y un profesor de un establecimiento educativo estatal de la parroquia “La Naranja”, cantón Espíndola de la provincia de Loja de nuestro país.

Acción de protección No. 055/2009

a) *Hechos*: La madre de un menor con discapacidad visual señaló que, a principios del año lectivo 2009-2010, realizó una solicitud al Colegio Nacional Mixto “Técnico Ecuador” para que se le concediera a su hijo matrícula en el 8° año de educación básica. A dicha solicitud de matrícula, que fue discutida en sesión del Consejo Directivo del Colegio, el vicerrector de la institución se opuso, pues indicó que, al ser el establecimiento apto para *personas normales*, no existiría la posibilidad de aceptarlo al ser el menor uno especial, por lo que tenía, si quería educarse, que ir a la ciudad de Loja, en donde sí existía establecimientos educativos para niños especiales. No obstante, por resolución de mayoría adoptada por el Consejo Directivo, se lo aceptó.

Luego, durante el transcurso del primer trimestre, el mencionado vicerrector fue profesor de su hijo en la materia de Lenguaje y Comunicación, espacio donde continuó con su actitud discriminatoria, pues no le recogía los deberes porque, según él, no podía recibirlos en sistema braille en que los presentaba el menor. Así mismo, en clase, delante de los demás compañeros, había procedido a aislarlo, a no tomarlo en

cuenta y a decirle cuando solicitaba la participación de los alumnos: “vos no, vos no puedes”, causándole inseguridad, malestar y daño psicológico al niño. En razón de que el profesor no le recibía los trabajos directamente al niño, la madre del menor procedió a hablar con el profesor y a dejarle personalmente los deberes, de los cuales el profesor se llevó dos y hasta esa fecha no se sabía la calificación de estos.

Por último, la actora indicó que, unos quince días antes de finalizar el trimestre, a petición de ella, su hijo fue cambiado de paralelo y, por ende, de profesor, pero al recibir la nota final del primer trimestre en la indicada materia tenía diez puntos sobre veinte (10/20), sin que existieran calificaciones parciales que la sustentaran. Tras haber preguntado al actual profesor, este le supo indicar que el anterior profesor le había proporcionado esa nota y que lo único que él hizo fue pasarlas a Secretaría para que se pudiera hacer la entrega de las libretas de calificaciones.

El juez de primera instancia, al aceptar la acción de protección planteada, dispuso como reparación integral:

1. Se declara nula la resolución impugnada, esto es la libreta de calificaciones que obra a fs. 42 del expediente y del acta del octavo año de educación básica que obra a fs. 39 a 41;
2. Que el rector del Colegio Mixto “Técnico Ecuador”, de la parroquia 27 de Abril del cantón Espíndola en el término de ocho días conforme una comisión para que proceda a la recalificación de la nota del primer trimestre del presente año lectivo de la asignatura de Lenguaje y Comunicación y que corresponde al alumno (...) del 8 año de educación básica;
3. Se dirija oficio al señor Alcalde del cantón Espíndola, en calidad de Presidente de la Junta Cantonal de la Niñez y Adolescencia a fin de que adopte las medidas de protección en beneficio de todas las niñas, niños y adolescentes con discapacidades;
4. Oficiese a la Dirección de Educación Provincial de Loja a fin de que proceda a dar cursos de capacitación al personal docente del Colegio Mixto “Técnico Ecuador” con temas relacionados a Técnicas y Metodologías a aplicar en la educación de estudiantes que adolecen de discapacidades;
5. Oficiese a la Dirección Provincial de Educación de Loja para que garantice el pleno ejercicio del derecho de educación del niño (...) y para todos los niños con discapacidad del cantón Espíndola; y,
6. Oficiese al Rector del Colegio Mixto “Técnico Ecuador” a fin de que convoque una reunión de padres de familia y alumnos para que en forma pública haga conocer la presente resolución. Sin costas ni honorarios que regular (...).

En apelación la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Loja reformó la sentencia y, a más de lo dispuesto por el juez de primera instancia, ordenó en concepto de reparación material el pago de trescientos dólares por honorarios profesionales que la madre tuvo que sufragar para poder reivindicar los derechos de su hijo.⁹⁰

90. LOGJCC, art. 18, inc. 2.

b) *Análisis*: Para determinar que en el presente caso se vulneró el principio de igualdad y no discriminación se dará respuesta a las siguientes interrogantes:

- i) ¿Igualdad entre quienes? Entre todos los menores estudiantes con alguna *capacidad especial* que se educaban en el colegio, pues: “Las personas y los grupos sociales tienen el derecho de ser iguales cuando la diferencia los inferioriza y el derecho a ser diferentes cuando la igualdad los descaracteriza”. En este caso, al no existir en el colegio ningún otro menor con capacidad especial estudiando, precisamente por las consideraciones inicialmente expuestas por el vicerrector para negarle la matrícula al hijo de la accionante, debieron tomarse las correspondientes medidas pedagógicas y metodológicas para que la diferencia existente con el resto de sus compañeros de estudio no lo descaracterice y lo termine distinguiendo arbitrariamente respecto de estos, privándolo de la posibilidad de educarse.
- ii) ¿Igualdad en qué? En el derecho a acceder a la educación al igual que sus demás compañeros: entre otras cosas, que le sean recibidos los deberes y sea tenido en cuenta a la hora de aprender y participar en clase sin ningún prejuicio, preferencia o distinción; así como obtener notas conforme a parámetros evaluativos objetivos fundamentados y no en criterios subjetivos justificados en su diferencia con respecto de los demás alumnos.
- iii) ¿Es fundamentada o arbitraria la metodología adoptada por el profesor con respecto del hijo de la actora? Totalmente arbitraria, pues el no haber fundamentado la nota final con los parámetros que el profesor utilizó para la evaluación de los demás alumnos, el no quererle dar respuesta a las solicitudes de la actora, el no recibirle los deberes al niño porque él los llevaba en lenguaje braille e ignorándolo cuando este le pedía que se los recibiera, denotan el prejuicio y distinción que, debido a su posición de superioridad, tomó con el niño, degenerando en una situación de *indefensión* y sometiéndolo ante la imposibilidad de una reacción que hiciera cesar el hostigamiento.

c) *Conclusión*: En este caso era el profesor quien tenía que adaptarse a la forma de presentar los deberes, lecciones, etc., del menor, mas no al revés; por lo que se tenía que buscar la metodología adecuada para que este pudiera aprender de igual forma que los demás. El no coadyuvar a que el menor se integre en la sociedad y sea apreciado por esta, sino más bien al utilizar su posición de profesor-docente, intentando e incentivando su deserción, atentó gravemente contra su derecho a la educación y su dignidad, actitud que indudablemente dejó en entredicho lo que en la comunidad sucedía con el resto de menores que se encontraban en las mismas circunstancias.

Mediante la tutela de los derechos del menor y las medidas reparatorias dispuestas por parte de las dos instancias judiciales, se estableció un buen precedente para

que no se vuelvan a repetir estos hechos y continúe agravándose esta situación social, teniendo en cuenta que en la parroquia “27 de Abril” este centro de estudios es el único que existe y no hay otro menor en estas condiciones educándose, lo cual no significa que no existan en el lugar más niños con capacidades especiales.

CONCLUSIONES

Bobbio decía: “Se desea la libertad mientras no se tiene aun el poder. Cuando se tiene el poder, se desea el predominio; si no se consigue (si todavía se es demasiado débil para ello), se desea la justicia, o sea, un poder parejo”.⁹¹ Precisamente, con estos deseos de justicia, o sea de igualdad, es que, al reivindicar los principios de dignidad humana, igualdad sustancial o real y supremacía constitucional, los derechos constitucionales y los previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos se han convertido en un freno al poder que detentan los particulares en la sociedad.

Resulta evidente que los efectos de la constitucionalización del derecho privado mediante el efecto directo, indirecto y el deber de protección de los derechos constitucionales frente a particulares, existentes en nuestro ordenamiento jurídico, no son distintos sino complementarios, dando como resultado en su conjunto accionar que la línea fronteriza entre el derecho público y el derecho privado se invisibilice.

En esta línea, la acción de protección frente a particulares constituye, sin duda, un eslabón más de la constitucionalización del derecho privado, la cual tiene a la dignidad humana y a los principios *pro homine* y de igualdad material, así como de supremacía constitucional, como su fundamento. Esta garantía ha sido creada teniendo en cuenta que en la sociedad se han desarrollado poderes fácticos, incluso algunos más fuertes que el propio Estado, como lo son las empresas transnacionales. Su objetivo es controlar la conculcación de derechos que se produce por el despliegue arbitrario de poder que un particular ejerce sobre otro debido a una determinada situación fáctica de supremacía que ostenta.

Estas situaciones fácticas están previstas tanto en la Constitución como en el art. 41, núm. 4 de la LOGJCC y se dan cuando los particulares: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoquen 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; y, d) Se produzca cualquier acto discriminatorio en contra de una persona. En un solo caso pueden presentarse una o más de estas situa-

91. Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*, p. 132.

ciones fácticas a la vez y su resolución implicará siempre entrar a ponderar una colisión o choque de derechos constitucionales que se da entre dos sujetos de protección.

En tal sentido, se vuelve necesario aclarar el mito de que no se puede accionar una garantía constitucional contra la ejecución de un contrato, que se desarrolló con la vigencia de la *acción de amparo constitucional* y que hoy fácilmente se confunde con la *acción de protección*. En realidad, generalmente es así, pero existen excepciones, pues, los derechos constitucionales no son disponibles ni siquiera mediante contrato, ya que tienen la característica de ser inalienables, irrenunciables, indivisibles e interdependientes, por lo que el juez constitucional tiene la obligación excepcional de intervenir para alterarlos si halla que la ejecución del mismo es contraria a los derechos.

Así, imaginemos que en un contrato laboral se establece la renuncia del trabajador a la seguridad social a la cual tiene derecho, y, luego, tras sufrir un accidente laboral, el empleador esgrime que en el contrato se ha estipulado tal renuncia y que, por lo tanto, no tiene por qué asumir los costos que impliquen la atención y la recuperación de su empleado. Si esto se diera, esta cláusula sería nula porque sería contraria a la norma constitucional,⁹² debiendo, en consecuencia, declararse la conculcación del derecho a la seguridad social y a la salud del trabajador por parte del empleador. Por lo tanto, nada es absoluto y, en consecuencia, cada caso tendrá que ser apreciado conforme a sus peculiaridades. La justicia ya no es abstracta sino concreta.

Al efecto, se volverá necesario para que la garantía sea eficaz y efectiva que no se siga confundiendo la justicia civil con la justicia constitucional; la primera es conmutativa y, por ende, parte de la premisa de que la relación existente entre las partes en conflicto se da o se ha dado en igualdad de condiciones; y la segunda es distributiva, pues el juez, como parte del deber del Estado de hacer respetar los derechos, interviene para nivelar la desigualdad existente en la relación y hacer cesar o reparar los derechos que fruto de esta se han conculcado o están vulnerándose en la parte débil. Así mismo, los jueces, en virtud de la Constitución garantista que hemos adoptado, deberán estar políticamente comprometidos con los derechos, pues deben ser activistas en pro de su defensa y de su integralidad para, así, ir superando la utilización del tenor literal de la norma legal para desconocerlos y dejar en la indefensión y a merced de la *mano invisible* a los ciudadanos.

Se considerará muy importante la iniciativa y creatividad del juez cuando ordene en sentencia la reparación integral del daño, pues lo que hasta hace poco nos podía parecer imposible o insignificante –por ejemplo: ordenar a una empresa particular la restitución de un empleado a su puesto de trabajo como medida reparatoria por haberlo discriminado; ordenar que la sentencia que declara la vulneración de dere-

92. Constitución 2008, art. 34.

chos sea exhibida en lugar público visible de la institución demandada para que todos puedan observarla; ordenar que la sentencia sea leída en una reunión de todos los miembros de la institución convocada para el efecto; ordenar como pena las disculpas públicas–, ahora es posible.

La tarea no es sencilla. La actuación de los jueces constitucionales de primera instancia, que son la base de funcionamiento del sistema constitucional, así como la definición que realice la Corte Constitucional en la revisión de sentencias y unificación de jurisprudencia, van a jugar un rol decisivo, pues de nada servirá el logro obtenido con la positivización de todas estas garantías y derechos contenidos en la Carta Magna si no se aplican o se restringen por quienes les corresponde aplicarlas –los jueces–, quienes, inevitablemente para bien o para mal, tendrán que emprender en la tarea de llenar de contenido las causales de justiciabilidad de la acción de protección frente a particulares: subordinación-indefensión, indefensión y discriminación-indefensión; significados que hasta ahora siguen vacíos.

Para esto se necesitará la constante vigilancia de los actores de la sociedad para no volver a repetir la historia sucedida con nuestro ex Tribunal Constitucional, así como que las instituciones como la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, las facultades de las universidades, los institutos nacionales, etc., actúen en diferentes acciones de protección en calidad de amigos del tribunal-*amicus curiae*, conforme lo permite el art. 12 de la LOGJCC, ya que su aporte doctrinario constituirá una guía que orientará el debate y, en consecuencia, se observen y respeten los derechos, correspondiendo a todos nosotros organizarnos para exigir por todas las formas posibles su cumplimiento, pues, como lo dijo Carlos Cossio: “quien sabe que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas”⁹³ dando por hecho que las normas constitucionales que garantizan derechos valen por su efectividad y no por su existencia.

93. Daniel Herrendorf, *El poder de los jueces: cómo piensan los jueces que piensan*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 10.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Del Estado social de derecho al Estado constitucional de los derechos y justicia: modelo garantista y democracia sustancial del estado”, en *Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2008.
- “Retos de una institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos”, en Ramiro Ávila, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión Panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009.
- Bobbio Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 18/03.
- Courtis Christian, “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, No. 42, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007.
- De Vega García, Pedro, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: El problema de la Drittwirkung der Grundrechte”, en: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/685/19.pdf>], acceso: 15-09-2010.
- Diario *El Universo*, “Negritud sufre por racismo solapado entre la sociedad”, sección Noticias, 5 de julio del 2009, en: [<http://www.eluniverso.com>], acceso: 10-10-2009.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.
- Estrada, Julio Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, resolución s/n publicada en el *Registro Oficial* No. 378 de julio del 2001, mediante la cual se interpretó la Ley de Control Constitucional en cuanto a la procedencia de la acción de amparo, restringiendo legislativamente su alcance y eficacia.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
[<http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro5/rebeca%20smith.pdf>], acceso: 17.09.2010.
- Herrendorf, Daniel, *El poder de los jueces: cómo piensan los jueces que piensan*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

Mendoza Escalante, Mijaíl, “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, p. 3, en: [<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/efectos.horizontal.der.und.pdf>], acceso: 22-09-2010.

Mijangos y González, Javier, *La doctrina de la Drittwirkung Der Grundrechte en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 599, en: [http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional200717&dsID=doctrina_drittwirkung.pdf], acceso: 21-09-2010.

Resoluciones del ex Tribunal Constitucional del Ecuador.

Sánchez, Gonzalo, “Acerca de la Justicia en Santo Tomás de Aquino”, en: [http://www.cepchile.cl/dms/archivo_790_1102/rev28_sanchez.pdf], acceso: 07-11-2010.

Saraza Jimena, Rafael, *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, La Rioja, Universidad de la Rioja, 2008.

Smith, Rebecca, “Derechos Laborales y derechos humanos de los migrantes en estatus irregular en Estados Unidos”, pp. 5 y 6, en: UNED, “Aspectos subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales”, en: [www.uned.es/dpto.../aspectos%20introduccion%20historica.doc], p. 19, acceso: 23.09.2010.

Cuerpos normativos

Código Civil del Ecuador.

Constituciones de la República del Ecuador 1998 y 2008.

Fecha de recepción: 4 de abril de 2011
Fecha de aprobación: 12 de julio de 2011