

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

Área de Derecho

**Programa de Maestría
en Derecho Constitucional**

La acción de protección frente a particulares

Richard Honorio González Dávila

TUTOR: Dr. Ramiro Ávila Santamaría

Quito-Ecuador

2010

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previstos para la obtención del grado de magister de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Richard Honorio González Dávila

Quito, Enero del 2010.

ABSTRACT

El Art. 88 de la Constitución de la República ha previsto la <<acción de protección frente a particulares>> como una garantía contra la vulneración de los derechos de los ciudadanos, pues en determinadas circunstancias: -subordinación, indefensión y discriminación-, éstos podrían ser vulnerados por otros ciudadanos, que válidos del poder que han alcanzado en virtud de ciertas circunstancias fácticas cometan arbitrariedades, que la parte más débil de la relación no puede contrarrestar, teniendo la posibilidad de acudir a un tercero, el juez constitucional, a fin de prevenir, hacer cesar o reparar la vulneración de derechos constitucionales.

Es así que la presente investigación tiene por objeto determinar el alcance y necesidad de la acción de protección frente a particulares en el ordenamiento constitucional y su aplicación en nuestro sistema jurídico. Su primer capítulo analiza algunos requisitos procedimentales que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales ha previsto para la acción de protección y algunos parámetros que deberían observarse para elegir entre la vía ordinaria y la vía constitucional, tales como: el tiempo de duración y las circunstancias fácticas del caso concreto, el juicio dual o doble procedencia en el caso de las personas que el Estado declara de atención prioritaria y la capacidad de ofrecer o actuar prueba.

En tanto que en el segundo capítulo se analizan los actos justiciables, esto es, se trata de definir que implican las circunstancias de: subordinación-indefensión, indefensión y discriminación-indefensión, mediante un análisis de casos de la jurisprudencia colombiana contrastada con la de nuestro ex Tribunal Constitucional en cada situación de procedencia.

DEDICATORIA

A mis padres y familia, que siempre me han apoyado y ayudado para que pueda superarme y finalmente cristalizar mis metas propuestas.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a los distinguidos profesores de la Universidad, Dr. Agustín Grijalva, Dr. Julio César Trujillo, Dra. Vanesa Aguirre que han sabido atender cordialmente las diferentes consultas académicas que les he planteado y especialmente al Dr. Ramiro Ávila Santamaría por haberme ayudado con sus sugerencias y observaciones al desarrollo de la presente investigación. Así mismo, quiero agradecer a mis amigos Dr. Rómulo Salazar Ochoa, Vladimir Salazar, Vinicio Bravo, Juan Pablo Córdova, Freddy Tapia, Juan Chávez, Fausto Flores, Carlos Cueto, Evita Paredes y Consuelito Báez por los ánimos, ayuda y amistad que me brindaron desde que me conocen.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción

CAPÍTULO PRIMERO: ¿VÍA ORDINARIA O CONSTITUCIONAL?

1.1.- Requisitos para decidir entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional

1.1.1.- La subsidiariedad de la acción de protección

1.1.2.- ¿No procede la acción de protección cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho?

1.1.3.- Violación de un derecho constitucional; o, cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. ¿Requisito de admisibilidad o de fondo de la acción de protección?

1.2.- ¿Son los derechos patrimoniales susceptibles de amparo de la acción de protección?

CAPÍTULO II: ACTOS JUSTICIABLES

2.1.- Subordinación-Indefensión

2.2.- Indefensión

2.3.- Discriminación-Indefensión

Conclusiones

Bibliografía

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN FRENTE A PARTICULARES

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación trata sobre la <<acción de protección>> que es una de las garantías constitucionales establecida en el Art. 88 de nuestra actual Carta Magna. Su estudio se ha centrado en tratar de definir y analizar las circunstancias en las que esta garantía se puede activar por parte de particulares en contra de otros particulares y en consecuencia, tratar de responder la pregunta: ¿Cómo y cuándo los particulares pueden vulnerar derechos constitucionales de otros particulares?

Con la positivización de esta posibilidad en nuestra Constitución se rompe con el paradigma que solamente reconocía que el Estado puede violar los derechos de sus coasociados y que por lo tanto la Constitución era únicamente un freno para éste. El constituyente ha reconocido que la Constitución no solamente es un freno de poder para el Estado, sino también para él mismo y para todos los ciudadanos que en determinadas circunstancias: -subordinación-indefensión y discriminación-, en vista de la superioridad fáctica que ostentan puedan violar derechos constitucionales de otros que en virtud del principio de igualdad material requieren la intervención del juez constitucional para hacer cesar o reparar un daño.

Para el estudio del problema hemos recurrido a fuentes bibliográficas, hemerográficas y de internet, a la Constitución y a la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional recientemente promulgada, así como a la experiencia expuesta en la jurisprudencia colombiana, pues este país lleva desde 1991 aplicando y resolviendo problemas de esta índole mediante la acción de tutela y, en consecuencia, ha logrado desarrollar de forma progresiva tanto teórica como jurisprudencialmente los supuestos en los que procede esta acción.

De igual modo, se analizan casos dados y resueltos por la jurisprudencia de nuestro ex Tribunal Constitucional conforme a nuestra Constitución de 1998, en los que se presentaron situaciones de vulneración de particulares contra particulares; casos en los que se puede notar claramente la diferencia de paradigma.

Con esta investigación se pretende aportar al inicio del debate socio-jurídico en nuestro país respecto del tema y de esta forma poder ir todos descubriendo y configurando las circunstancias y presupuestos en los que se pueden reclamar, con esta novedad, la declaración de la vulneración de nuestros derechos constitucionales ante el juez constitucional.

Resulta importante destacar que esta garantía puede ser presentada sin el patrocinio de un profesional del derecho, por lo tanto, se vuelve urgente encontrar herramientas de tipo didáctico y pedagógico que ayuden al aterrizaje de esta temática en la sociedad. Es así, que la presente investigación está estructurada en dos capítulos y conclusiones finales.

En el primer capítulo, se analiza algunos requisitos procedimentales que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha previsto para la acción de protección y algunos parámetros que deberían observarse para elegir entre la vía ordinaria y la vía constitucional, tales como el tiempo de duración y las circunstancias fácticas del caso concreto, el juicio dual o doble procedencia en el caso de las personas que el Estado declara de atención prioritaria y la capacidad de ofrecer o actuar prueba. También se revisa la distinción entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales que la Corte Constitucional para el periodo de Transición ya ha venido adoptando para separar la jurisdicción ordinaria de la jurisdicción constitucional.

El segundo capítulo analiza los actos justiciables, en el sentido de definir lo que implican las circunstancias de subordinación-indefensión, indefensión y discriminación-indefensión mediante un análisis de casos de la jurisprudencia colombiana contrastada con la de nuestro ex Tribunal Constitucional en cada situación de procedencia.

Las realidades estudiadas nos han llevado a darnos cuenta que en la sociedad existen poderes fácticos que deben ser controlados para evitar la arbitrariedad y que la acción de protección frente a particulares no es nada más que el reconocimiento de que la Constitución es el manual democrático de convivencia que todos debemos respetar y acatar, incluidos los particulares.

Así mismo, se observa la importancia de la interpretación sistemática y progresiva cuya gran responsabilidad estará a cargo de los guardianes de la eficacia y vigencia de los derechos, es decir, los jueces constitucionales, cuyos fallos constituirán el magma que irradie los derechos sobre todo el ordenamiento jurídico y el convivir diario de la sociedad.

CAPÍTULO I: ¿VÍA ORDINARIA O CONSTITUCIONAL?

El objeto de la acción de protección es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos y su finalidad¹ es convertirse en el vehículo que permita hacer cesar o reparar los daños que producto de las violaciones contra estos derechos se produzcan.

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante LOGJCC, en sus artículos 40, 41 y 42 ha previsto los requisitos que deberán cumplirse para acudir a la acción de protección, entre ellos están los de carácter general, los de procedencia y legitimación pasiva y los de improcedencia, respectivamente. Cabe observar que algunos de estos requisitos se repiten, por ejemplo: el núm. 3 del Art. 40² con el núm. 4 del Art. 42³; o, el núm. 1 del Art. 40⁴ con el núm. 1 del Art. 42⁵, circunstancia que dificulta una fácil comprensión.

Este defecto de composición de la ley puede causar serios problemas a los técnicos del derecho a la hora de interpretarlos y aplicarlos. Entonces, por un momento, imaginemos el aprieto que enfrentarán los no especialistas cuando requieran plantear una acción de protección sin asesoría jurídica y patrocinio de un abogado conforme lo autoriza la Constitución. En la práctica será con menos posibilidades de triunfo.

A continuación examinaremos algunos requisitos establecidos en la LOGJCC que deberán tenerse en cuenta al momento de plantear una acción de protección frente a particulares.

¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 6 y 39.

² LOGJCC, Art. 40, núm. 3: “inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”.

³ LOGJCC, Art. 42, núm. 4: “cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”.

⁴ LOGJCC, Art. 40, núm. 1: Violación de un derecho constitucional

⁵ LOGJCC, Art. 42, núm. 1: Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.

1.1.- Requisitos para decidir entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional.

1.1.1.- La subsidiariedad de la acción de protección

La Constitución 2008 estableció en su Art. 88 la garantía de la acción de protección con el ánimo de ser el camino inmediato y eficaz para proteger los derechos humanos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos. Así se desprende de su texto:

Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y **cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.** (El resaltado es mío).

Con la lectura de esta norma podemos distinguir claramente que mediante la acción de protección solo se garantiza directamente el amparo de derechos constitucionales, mas no derechos legales.

No obstante, al ser las leyes el desarrollo de principios y derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, las vías ordinarias brindan una protección indirectamente constitucional, -legal-, pero también directamente constitucional porque en todo tipo de proceso ordinario, los jueces se encuentran obligados a observar y aplicar directamente las normas constitucionales, aun cuando las partes no las hubieren invocado expresamente⁶. En consecuencia, separar la constitucionalidad de la legalidad se torna un asunto de difícil realización.

Es necesario observar que nuestro sistema jurídico ha sido diseñado para la protección de los derechos y está cimentado sobre los mecanismos ordinarios o vías

⁶ Constitución 2008, Art. 172 y Art. 426.

legales del ordenamiento y no sobre las garantías constitucionales, las cuales se constituyen en la válvula de escape que el sistema ha previsto para el caso del mal funcionamiento o ineficacia de la justicia ordinaria, que vuelve urgente la intervención directa de la justicia constitucional.

Es por esto, incluso, que la Constitución ha previsto que la Corte Constitucional sea un órgano de cierre del sistema, mas no una instancia más, -ya que dentro de sus competencias se encuentran la expedición de sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de garantías jurisdiccionales, en casos que ésta seleccione discrecionalmente para el efecto. Por estos motivos es que el legislador ecuatoriano mediante la nueva LOGJCC delimitó el acceso a la acción de protección, ya que como se indicó no es fácil distinguir o separar la constitucionalidad de la legalidad y es más, en las vías ordinarias están previstos caminos para que sean tutelados la mayoría de derechos.

El legislador, en su afán de dar las pautas para poder distinguir entre constitucionalidad y legalidad y promovido por el temor de que esta garantía fuese utilizada indiscriminadamente provocando el desplazamiento de la justicia ordinaria y se cree caos y saturación en los juzgados de primer nivel y en las Cortes Provinciales de Justicia que son quienes conocen y sentencian en primera y segunda instancia, respectivamente, procedió a subsidiarizar la acción de protección.

Este mismo temor ya llevó a la ex Corte Suprema de Justicia, a quien la ley de ese entonces le confería facultades normativas, a restringir la acción de amparo constitucional cuando rigió la Constitución de 1998⁷, restricción y aplicación de triste

⁷ La Corte Suprema de Justicia, con facultades interpretativas y legislativas, mediante una Resolución s/n publicada en el Registro Oficial No. 378 de julio del 2001, interpretó la Ley de Control Constitucional en cuanto a la procedencia de la acción de amparo; restringiendo su alcance y eficacia.

remembranza por haber sido convertida en una pantomima que disimulaba que en el Ecuador existía una acción eficaz para la protección de derechos constitucionales. Pero, ¿este temor del uso indiscriminado y el colapso de los despachos judiciales fueron y es fundado? No, sin duda, pues en todo el país en el año 2006 existieron 121.095 causas, de las cuales 3.342 fueron de amparo; esto es 2,76% del total de causa presentadas⁸, muestra que refleja su limitado uso.

En consecuencia, esta acción no tuvo ni tiene la culpa de la lentitud de los procesos judiciales ordinarios y, en general, de la justicia y más bien es un remedio contra esto. Basta recordar que criterios análogos se esgrimieron para la imposición de tasas judiciales en materia civil, ya que se argumentaba que con esta medida se iban a frenar los litigios y que así se iba a descongestionar la justicia. No ocurrió lo esperado.

En realidad, los jueces no aplicaron con energía las sanciones que el Código de Procedimiento Civil imponía a los que litigaban con malicia y temeridad y presentaban testigos falsos o con sus peticiones retardaban el desarrollo normal del proceso, etc., lo que en realidad sí ha venido causando perversión y congestión del sistema. La correcta imposición de estas sanciones hubiera coadyuvado y coadyuvará a que los litigantes piensen dos veces antes de utilizar el sistema judicial de esta forma y lo entorpezcan, sin que sea necesario privar a las personas del acceso a la justicia con lo onerosidad de las mencionadas tasas judiciales que por fortuna fueron abolidas.

Así como las tasas judiciales no fueron la solución para el exceso de causas, tampoco lo será la restricción extrema de la acción de protección. Y para que la acción de protección constituya, en la práctica, un salto cualitativo y cuantitativo respecto del

⁸ Ramiro Ávila Santamaría, “El Amparo Constitucional entre el diseño liberal y la práctica formal” en *Un cambio Ineludible: La Corte Constitucional*, Quito-Ecuador, edit. Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007, p. 389.

amparo constitucional se requiere que no sea el legislador el que determine abstractamente las reglas de distinción entre constitucionalidad y legalidad, sino que conforme las circunstancias del caso concreto sean los operadores judiciales los encargados de establecer tales presupuestos, para lo cual deberán poseer muy altos niveles interpretativos y argumentativos que aseguren jurisprudencialmente la vigencia de los derechos.

Claro es también que, por lo lento que resulta el sistema judicial ordinario en nuestro país, todos los ecuatorianos quieren resolver sus problemas mediante la acción de protección, ya que es rápida, sin <<formalismos fundamentales>> e incluso está previsto que sea impulsada de oficio, lo cual obliga al juez a tener la responsabilidad de llevar los procesos hasta su conclusión.

Por lo tanto, dejar abierta la posibilidad para que la acción de protección pueda ser utilizada a discreción y, en consecuencia, en cualquier situación, que como vimos no fue la intención del constituyente –pues, la acción solo protege derechos constitucionales y no derechos legales-, provocaría el desgaste, la pérdida de eficacia y el poder de la acción, convirtiéndola en la práctica en una vía ordinaria más como el juicio ejecutivo, laboral, verbal sumario, etc., por lo que tampoco puede permitirse su erosión y consecuente infertilidad.

Pero tampoco somos partícipes de que se restrinja la garantía en abstracto como ocurrió con el amparo constitucional previsto en la Constitución de 1998, ya que esto atendería contra las particularidades y circunstancias que exige la justicia en el caso concreto, por lo tanto, le correspondería al máximo intérprete constitucional delimitar jurisprudencialmente la procedencia de la acción de protección, es decir, dotarla de

contenido y no permitir el menoscabo de su goce o ejercicio por parte de los ciudadanos.

Por todo lo dicho anteriormente, considero que el legislador al estipular en la LOGJCC como requisito de procedencia de la acción de protección la “Inexistencia de *otro mecanismo de defensa judicial adecuado*⁹ y *eficaz*¹⁰ para proteger el derecho violado”¹¹ y como requisito de su improcedencia que: “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, **salvo que se demuestre que la vía no sea adecuada ni eficaz**”¹², subsidiarizó la acción, pero más que nada dio pautas para que el intérprete diferencie entre los derechos legales y constitucionales.

Al respecto, Néstor Pedro Sagúes indica que ésto no es algo negativo necesariamente, pues, “la opción entre una y otra alternativa (el amparo como vía principal o como vía subsidiaria) depende de las posibilidades y realidades concretas de la comunidad forense, y sobre todo de las experiencias habidas”¹³.

Como indiqué en líneas anteriores, todo dependerá del compromiso político-axiológico que tenga el intérprete constitucional con la vigencia y eficacia de los derechos constitucionales, pues, si el intérprete no posee dicho compromiso, bastaría

⁹ La Corte Constitucional de Colombia ha definido el concepto de idóneo que es sinónimo de adecuado sosteniendo que: “un medio idóneo es aquel que garantiza la definición del derecho controvertido y que en la práctica tiene la virtualidad de asegurar la protección del derecho violado o amenazado. En otras palabras, un medio es idóneo cuando en la práctica, éste es el camino adecuado para el logro de los que se pretende”. (Catalina Botero, La acción de tutela, p. 107, 108, pdf.).

¹⁰ La Corte Constitucional de Colombia ha dicho que para que sea eficaz un medio: “se debe valorar si el medio existente es adecuado para proteger **instantánea y objetivamente** el derecho que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una acción u omisión de una autoridad pública o de particulares en las casos señalados por la ley. En este sentido, la eficacia del medio de defensa judicial existente está relacionada con la protección oportuna del derecho, mientras la idoneidad se refiere a la protección adecuada del mismo”. (Catalina Botero, La acción de tutela, p. 107, 108, pdf.).

¹¹ LOGJCC, Art. 40 núm. 3.

¹² LOGJCC, Art. 42 núm. 4.

¹³ Francisco Pinochet Cantwell, “La naturaleza directa o subsidiaria de la acción de amparo desde la óptica del garantismo”, p. 3, pdf., en www.egacal.com/upload/AAV_FranciscoPinochet.pdf, visitado el 03-10-2009.

con indicar en la mayoría de los casos que los derechos reclamados son de orden legal y no constitucional, ya que como se ha observado las leyes son fruto del desarrollo de los derechos y preceptos constitucionales y en tal virtud en la mayoría de casos existe una vía de carácter legal para su reivindicación. De esta forma se podría anular y restringir a la acción de protección, sin que se necesite que se encuentren previstas las circunstancias y salvedades previstas en los Art. 40 núm. 3 y Art. 42 núm. 4 de la LOGJCC.

Del mismo modo se vuelve necesario precisar la confusión y hasta contradicción a la que puede dar lugar la falta de técnica de redacción legislativa, cuando existe en el Art. 40 núm. 3 un requisito general de procedencia y, en cambio, en el Art. 42 núm. 4 también se ha establecido un requisito específico de improcedencia que hace referencia a los actos administrativos; veamos:

1.- ¿Qué es necesario para que proceda la acción de protección? Para responder a esta pregunta, la persona que pretenda instaurar una acción de protección, a más de los otros requisitos previstos en el Art. 40 de la LOGJCC, debe cerciorarse de lo prescrito en el núm. 3 del mismo, esto es de: “la inexistencia de otro mecanismo adecuado y eficaz para proteger el derecho”. Es decir, que para que no sea procedente la acción de protección debe existir otro mecanismo de defensa judicial que posea estas dos características –adecuado y eficaz-. Si dicho mecanismo de defensa solo posee una de estas dos características o en el peor de los casos ninguna, la acción de protección se torna procedente. (El subrayado es mío).

2.- ¿Qué es necesario para que no proceda la acción de protección? Para responder esta pregunta, en cambio, la persona que pretenda instaurar una acción de protección contra un acto administrativo, debe observar el requisito de improcedencia

de la acción previsto en el Art. 42 núm. 4 de la LOGJCC que dice: “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, **salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz**”. (El resaltado es mío).

Es decir, en esta circunstancia al accionante no le basta con demostrar para que proceda la acción de protección que la vía ordinaria no es eficaz o no es adecuada, sino que se encuentra en la obligación de demostrar que la vía judicial no posee las dos características juntas, esto es el ser adecuada y eficaz. Así, visto de esta forma, este requisito sí restringiría el contenido esencial de la acción de protección, porque prácticamente anula su ejercicio y, en consecuencia, la aplicación de este requisito de improcedencia sería inconstitucional.

De esta forma, observamos aquí una contradicción o antinomia entre estas dos reglas que tiene que ser resuelta conforme los métodos y reglas de interpretación previstos en el Art. 3 de LOGJCC y procurando que la solución hallada sea en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. A continuación veremos algunos parámetros que deben ser observados para determinar si un mecanismo de defensa judicial ordinario posee las características de adecuado y eficaz:

a) Uno de los parámetros a considerar, sin duda, es el tiempo que en la práctica demoran en culminar los mecanismos de defensa judiciales ordinarios, pues esto puede determinar la ineficacia de esta vía ya que ante una urgencia o emergencia y necesidad de intervención inmediata, este se vuelve un factor decisivo de evaluación cuando se trata de proteger los derechos de personas y especialmente cuando se trata de personas o grupos que la Constitución reconoce como de atención prioritaria.

Así mismo, resulta evidente que en la vía ordinaria no habrá acción que supere a la acción de protección; por lo cual, no puede ser este el único elemento para ser tomado

en cuenta. Por lo tanto, tendrán que establecerse los requisitos para que este parámetro sea considerado decisivo en la evaluación. De esto se deduce que no pueden existir requisitos fijos para determinar los conceptos “adecuado y eficaz”. Es así como, a la luz del caso concreto y conforme sus peculiaridades y circunstancias en que se encuentren las partes, se tendrán que ir determinando qué implican estas características¹⁴.

b) También se debe tener en cuenta la capacidad de ofrecer y/o actuar prueba para determinar la vía a seguir. Francisco Pinochet, quien cita a Néstor Pedro Sagúes, indica que éste “entiende que la idoneidad de la acción de amparo se halla determinada, entre otros aspectos, por la índole de la pretensión intentada. Si ésta requiere mayor amplitud de debate o prueba, la vía ágil, eficaz y sencilla del amparo no será el medio procesal adecuado para hallar la tutela del derecho supuestamente vulnerado y sí, en cambio, el juicio ordinario”¹⁵.

Por ejemplo, si lo que se busca es dilucidar si existió relación laboral o el tiempo de la misma o el derecho a que un inmueble de su propiedad sea reivindicado, declarar la nulidad de cláusulas contractuales que sean presuntamente inconstitucionales, determinar la indemnización por daño moral o que se declare el derecho al cobro de una letra de cambio, la acción de protección no será el camino adecuado y eficaz sino la acción ordinaria, pues presta las facilidades para mayor debate, contradicción y práctica de pruebas. Obviamente, esto siempre tendrá que apreciarse en el caso concreto; y sin tampoco absolutizar este criterio de distinción.

Al respecto, el Art. 16 de la Ley de la materia regula la prueba en las garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales e indica que en virtud de la celeridad y

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-342 de 1995, T-434 del 2008.

¹⁵ Francisco Pinochet Cantwell, “La naturaleza directa o subsidiaria de la acción de amparo desde la óptica del garantismo”, p. 7, pdf., en www.egacal.com/upload/AAV_FranciscoPinochet.pdf, visitado el 03-10-2009.

rapidez del proceso constitucional, se podrán ordenar pruebas por parte del juez, pero para que se practiquen se señalará un término no mayor a ocho días que excepcionalmente podrá extenderse de manera justificada por su complejidad.

Por lo tanto, no existe amplitud para solicitar la gama de pruebas a que se tiene derecho en el proceso ordinario, ya que sólo se dispone de la que ya está actuada y a discreción del juez la que éste crea pertinente para su mejor óptica del conflicto. Lo contrario, o sea la libertad de petición de prueba, significaría que las partes tendrían el poder para ordinarizar la acción de protección.

Es preciso notar que en los casos en los que el accionado sea un particular, la ley establece 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 naturaleza¹⁶. 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 en el núm. 2 del Art. 76 de la Constitución, el cual dispone que toda persona sea considerada inocente mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

Al respecto, cabe recordar que el principio de presunción de inocencia se deriva del principio pro homine, el cual fue establecido como una garantía para que el procesado tenga un escudo contra la voracidad que despliega del poder punitivo del Estado.

Pero el legislador al invertir la carga de la prueba en los casos de discriminación o de violaciones de los derechos del ambiente o de la naturaleza perpetrados por particulares, no atenta contra el derecho a la presunción de inocencia. Es ante la

¹⁶ LOGJCC, Art. 16.

antinomia existente 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, que el legislador pondera y decide que mayor peso tiene el principio de igualdad material y tutela efectiva. Esto 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.

Lo contrario hubiera podido determinar la indefensión de la víctima y la ineficacia de la acción de protección contra estos casos.

c) Otro parámetro para determinar la idoneidad y eficacia de la acción de protección es la consideración de las condiciones fácticas de vulneración, desprotección e indefensión del accionante. Es decir, se tendrá que tener en cuenta si el actor pertenece a las personas y grupos de atención prioritaria establecidos en el Capítulo III del Título II de la Constitución. El Art. 35 de la Constitución establece que:

“Las personas adultas mayores, niños, niñas, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, **recibirán atención prioritaria** y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”. (El resaltado es mío).

Del texto constitucional se deduce que se presume la vulnerabilidad de estas personas, aunque no en todos los casos lo estén, por lo que el juez al evaluar si éstas disponen de otro mecanismo adecuado y eficaz para proteger sus derechos constitucionales, tendrá que tomar en cuenta esta presunción, ya que el tiempo de duración de la acción sí va a jugar un papel preponderante a la hora de examinar el caso.

A este examen, la jurisprudencia colombiana le ha llamado juicio dual o doble de procedibilidad¹⁷. Por ejemplo:

1.- Si tenemos a una persona que es despedida de una empresa privada tras haber sufrido un accidente laboral que le provocó la disminución de un 45% de sus capacidades en sus piernas y además tiene dos hijos menores de 2 y 4 años de edad que dependen de su sueldo, ya que su esposa no trabaja; es claro que un juicio oral laboral no va constituir una vía adecuada y eficaz ante la discriminación sufrida por su discapacidad. Esto en virtud del tiempo que tarda este trámite y a las condiciones en las que ha quedado esta persona de atención prioritaria y vulnerable, por lo que no le va a ser fácil en el estado en que se encuentra conseguir empleo prontamente.

En este caso, el juez tendría que aceptar a trámite la acción y proceder a resolver el fondo del asunto observando que las empresas privadas también deben prestar atención prioritaria a las personas con discapacidad, más aun, cuando esta discapacidad ha sido fruto del trabajo para dicha empresa. Así, se vuelve imperativo la reubicación del trabajador en un espacio laboral en el que con sus condiciones actuales pueda desempeñarse, dado que la Constitución nos impone a todos el deber de promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular; así como practicar la justicia y la solidaridad.

Lo contrario podría ocasionar un perjuicio irremediable, pues podría atentar contra la subsistencia y vida digna de esta persona y su familia. Además, causaría un precedente de exclusión convirtiendo al ser humano en condición de vulnerabilidad en un medio para satisfacer un fin -la prosperidad del negocio-, sin consideración en la función social que toda actividad económica debe cumplir y sin tener en cuenta que el

¹⁷Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-367 del 2009, Sentencia T-484 del 2009

sistema económico considera al ser humano como sujeto y fin del mismo¹⁸. El Estado, en estos casos, está en la obligación de prestar especial protección y hacer efectivo el estado constitucional de derechos y justicia.

2.- Dos cónyuges de 75 años confieren poder a un sacerdote, miembro de la congregación a la que concurren, para que venda una casa de su propiedad, siendo ese dinero el único con el que cuentan para subsistir. El sacerdote realiza la venta y no les entrega el dinero arguyendo que en virtud del testamento que ellos hicieron, la casa vendida se la dejaban a dicha congregación y, por ende, deposita el dinero en las cuentas de la misma¹⁹. ¿Podrán los cónyuges hacer uso de la acción de protección o necesariamente tendrán que utilizar la jurisdicción ordinaria?

Es evidente que un juicio civil llevaría mucho tiempo en resolverse y al verse comprometido el derecho constitucional a la vida y subsistencia digna, así como debido a su avanzada edad, la jurisdicción ordinaria no sería eficaz²⁰.

1.1.2.- ¿No procede la acción de protección cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho?²¹

No, necesariamente.

Esta regla está en conexión con los criterios anteriores. El legislador ha establecido que cuando alguien pretenda que la mera expectativa sea declarada derecho, precisamente porque se presta para la amplitud del debate y la actuación de prueba, tendrá que recurrirse a la jurisdicción ordinaria y no a una acción de protección.

¹⁸ Constitución 2008, Art. 283, inc. 1.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-351 de 1997.

²⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-351 de 1997.

²¹ LOGJCC, Art. 42 núm. 5.

Es decir, la discusión respecto de si se tiene o no derecho a que una deuda reconocida en una letra de cambio le sea pagada, a ser indemnizado por el daño moral causado por una falsa información difundida por un medio de comunicación; a que el arrendatario sea desalojado por falta de pago del canon arrendaticio; a ser indemnizado por el despido intempestivo; a que una promesa de compraventa sea cumplida; etc.; tendrá que ser resuelta generalmente en la vía ordinaria

Esto porque todos los derechos inherentes al ser humano y su dignidad, declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales como por ejemplo: la vida, la salud, el trabajo, la vivienda, la igualdad y no discriminación, la prohibición de tortura, de esclavitud, etc., ya están reconocidos y no necesitan ser declarados por ninguna sentencia. Lo que va a declarar una sentencia de acción de protección es su violación y consecuente reparación.

No obstante, puede suceder como hemos visto en ejemplos anteriores, que se busque indirecta o tácitamente la declaración de existencia de un derecho legal para hacer cesar o reparar la violación de un derecho constitucional, o al contrario, que esgrimiéndose la violación de un derecho constitucional en el fondo lo que se busque sea la declaración de un derecho ordinario, tema que no corresponde a la jurisdicción constitucional.

Por lo tanto, ¿cómo podrá determinar el juez que el accionante lo que en realidad está buscando es la declaración de un derecho ordinario y no la declaración de la vulneración de un derecho constitucional y su consecuente reparación?

Hacer esta distinción no es fácil, por cuanto como se indicó las leyes son el desarrollo de principios y normas constitucionales. Al efecto el juez al realizar el examen de procedibilidad tendrá que observar en el caso concreto la pretensión del

accionante y contrastarla con el objeto y fin de la acción de protección, tomando en cuenta la subsidiaridad de la acción y analizando para el efecto entre otros los presupuestos ya vistos anteriormente: a) el tiempo que en la práctica podría demorar en culminar determinada vía legal ordinaria; b) capacidad de ofrecer y/o actuar prueba y c) las condiciones fácticas de vulneración, desprotección e indefensión del accionante.

Como se indicó, existirán casos excepcionales procedimentalmente, aunque comunes casuísticamente, en donde el juez esté obligado a intervenir para hacer cesar o reparar graves e irremediables daños.

Una pauta de la dimensión del problema que implica descubrir la verdadera pretensión del accionante nos lo brinda el ejemplo dado en la jurisprudencia colombiana que fuera esbozado anteriormente, en el que dos cónyuges de avanzada edad confirieron poder a un sacerdote de la congregación religiosa a la que asistían para que les venda una casa de su propiedad, por la cual estaban percibiendo un canon arrendaticio que constituía el único recurso para su subsistencia, y que en el caso de su venta lo harían con el producto de ésta. La no entrega del dinero del producto de la venta por parte del sacerdote al que le confirieron el poder de tal venta, les llevó a interponer una acción para que se declarara la violación de su derecho a la vida y la salud.

El sacerdote, como se observó, alegó que los actores habían realizado un testamento en donde la casa vendida se la dejaban a la congregación que él representaba y que en virtud de esto procedió a depositar el dinero fruto de la venta en las cuentas bancarias de la congregación de marras, negándose a entregárselo a los actores; quebrantándose el principio de buena fe y solidaridad.

Es evidente que en este caso la pretensión es la declaración de la violación de principios y derechos constitucionales de solidaridad, a la salud y a la vida; sin embargo

se podría también decir que en el fondo lo que se busca es la declaración del derecho a recibir el dinero fruto de la venta por parte del sacerdote que alega que no tiene porque entregárselos por el hecho de haber ellos dictado un testamento en el que le dejaban esta propiedad cuando éstos fallecieran.

En efecto, en primera y segunda instancia se consideró que esto debía discutirse en la jurisdicción ordinaria pero la Corte Constitucional de Colombia, en fase de revisión, entró a conocer el fondo del asunto y ordenó al representante de la congregación religiosa entregar el dinero, fruto de la venta, a los actores en un término perentorio por estarse vulnerando el derecho a la vida y la salud de éstos.

Imaginémonos, entonces, que sucedería si en nuestro país se da un caso con características similares en el que para proteger derechos constitucionales es necesario solicitar que implícitamente se declaren derechos legales de carácter ordinario. Si el juzgador aplica rígida y literalmente el requisito en estudio que establece que no procede la acción de protección cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho, en la práctica este requisito vulneraría el contenido de la acción de protección por lo que su aplicación sería inconstitucional.

Incluso, existiría una antinomia con el requisito previsto en el núm. 3 del Art. 40 de la misma LOGJCC, que establece que cuando la vía ordinaria no sea adecuada y eficaz para proteger el derecho procede la acción de protección, independientemente de que se esté solicitando implícitamente la declaración de un derecho legal-ordinario para poder declarar la vulneración de un derecho constitucional y ordenar su consecuente reparación.

No olvidemos, sin embargo, que el juez está obligado ante este conflicto existente entre normas a utilizar los métodos de superación de antinomias previstos en

el Art. 3 de la LOGJCC, procurando realizar una interpretación sistemática y teleológica antes que literal²² y atendiendo al principio *pro homine* que le compele a intervenir y proteger los derechos.

Invocar esta norma legal, para aplicarla de esta forma, ya sea para no entrar a resolver el problema planteado o con el pretexto de descongestionar el despacho o cualquier otra consideración, en la práctica anularía el ejercicio de esta garantía constitucional, atentando así contra la estructura cualitativa del Estado ecuatoriano, que se declara como un estado constitucional de *derechos y justicia*²³.

1.1.3.- Violación de un derecho constitucional²⁴; o, cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales²⁵. ¿Requisito de admisibilidad o de fondo de la acción de protección?

Este requisito implica que el juzgador al realizar el examen de admisibilidad de la acción debe verificar, prima facie, que se discuta la posible violación de un derecho constitucional. El examen de admisibilidad no debe demandar la misma intensidad que el examen de control del fondo de la acción en el que en cambio debe decidirse si verdaderamente existió o no una violación de derechos constitucionales, pues son dos momentos distintos que no deben confundirse al momento de resolver cada una de las etapas correspondientes.

Así lo ha expresado la Corte Constitucional de Colombia²⁶; advirtiendo además, que sólo si de plano se observa la mera violación de derechos de rango legal la acción

²² LOGJCC, Art. 3, numerales, 5, 6 y 7.

²³ Ramiro Ávila Santamaría, "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia" en Constitución del 2008 en el contexto andino, Quito-Ecuador, edit., Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 19-38.

²⁴ Art. 40, núm. 1.

²⁵ Art. 42, núm. 1

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-222/2004, en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, visitado el 05-10-2009.

de tutela no procede a trámite. Esto lo analizó la Corte al revisar un asunto en el que se pedía la intervención del juez constitucional para que observe un contrato cuyas cláusulas se consideraban violatorias de derechos fundamentales. Además, indicó que solamente de forma excepcional los contratos son objeto de revisión por la jurisdicción constitucional, pues generalmente son asuntos cuyo debate se centra principalmente en obligaciones contractuales definidas legal y convencionalmente.

De igual forma, la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de Transición, guiada por la Convención Americana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁷, ha indicado que en la etapa procesal de admisibilidad a trámite de una acción constitucional solamente es necesario:

“verificar que en la demanda se aleguen presuntas violaciones de derechos constitucionales y que el señalamiento de tales violaciones esté acompañado de una argumentación que explique las razones por las que tales derechos fueron violados. Este análisis tampoco puede caer en el extremo de la simplicidad de analizar únicamente la enunciación de normas constitucionales relacionadas con una argumentación inconsistente, porque no tendría razón de ser la etapa de admisibilidad en los procesos constitucionales”²⁸.

En este mismo auto se tomó como fundamento lo dicho por la Comisión Interamericana en el caso sobre admisibilidad No. 11.277 de Eduardo Carlos Carrillo Hernández y Amalia Wahibe Mariategui Succar contra Perú en el que ésta dijo que debe realizarse “una evaluación *prima facie* para examinar si la denuncia fundamenta la aparente o potencial violación de un derecho garantizado en la Convención y no para examinar la existencia de una violación. Tal examen es un análisis sumario que no implica un prejuicio o avance de opinión sobre el fondo del asunto discutido.”

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Admisibilidad del caso ESMERALDA HERRERA MONREAL vs MÉXICO, No. 15/05, 24 de febrero del 2005.

²⁸ Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de Transición, Auto de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección No. 162-09-EP, de fecha 16 de julio del 2009, a las 17h23.

Por último, cabe acotar que en el examen del caso concreto, la intensidad que demanda la admisibilidad, al momento de ser aplicada por el juzgador, puede generarle a éste dudas al respecto, debiendo en tales casos aplicar el principio *pro homine* y entrar a sustanciar y resolver el fondo del asunto planteado.

1.2.- ¿Son los derechos patrimoniales susceptibles de amparo de la acción de protección?

Depende, en general no. Cuando se busca la declaración de un derecho mediante sentencia, generalmente lo que está en disputa son derechos de carácter patrimonial. Para el efecto existen numerosas vías en la jurisdicción ordinaria como garantía de carácter primario de los mismos. Luigi Ferrajoli ha distinguido entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales²⁹; los primeros que generalmente tendrían que ser discutidos en la jurisdicción ordinaria y los segundos en la jurisdicción constitucional³⁰.

Ferrajoli indica que existe una gran diferencia entre el derecho a ser propietario y disponer de los propios derechos de propiedad, que es un aspecto de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar reconducible sin más a la clase de los derechos civiles constitucionalmente reconocidos, y el concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien. Expresa que esta confusión es fruto de la yuxtaposición de las doctrinas iusnaturalistas y de la tradición civilista romana.

Resalta además, que este equívoco ha sido responsable de dos opuestas incomprensiones y de consiguientes operaciones políticas: la valorización de la

²⁹ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid-España, edit. Trotta S.A., 2001, p. 29-35.

³⁰ Ramiro Ávila Santamaría, “El Amparo Constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito Ecuador, edit. Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007, p. 360-368.

propiedad en el pensamiento liberal como derecho del mismo tipo que la libertad y, a la inversa, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, desacreditadas como derechos burgueses a la par de la propiedad.

Al respecto, establece cuatro diferencias entre éstos:

| <i>DERECHOS FUNDAMENTALES</i> | <i>DERECHOS PATRIMONIALES</i> |
|--|--|
| <p>1.- UNIVERSALES: Nos atañen a todos en cuanto personas, en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son su titulares, por ejemplo: los derechos de libertad, el derecho a la vida, los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales.</p> | <p>SINGULARES: Están dados a cada uno conforme nuestra capacidad individual de obrar, van desde el derecho de propiedad a los demás derechos reales y también están considerados los derechos de crédito; en el sentido de que para cada uno de ellos existe uno o varios titulares determinados, con exclusión de todos los demás y pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por calidad como por la cantidad.</p> |
| <p>2.- INALIENABLES, INVIOLABLES, INTRANSIGIBLES, PERSONALÍSIMOS: No cabe ser jurídicamente más libres, mientras que si es posible hacerse jurídicamente más ricos.</p> | <p>ALIENABLES, NEGOCIABLES: desde la propiedad privada a los derechos de crédito, éstos se acumulan y son objeto de cambio en el mercado</p> |
| <p>3.- NO TRANSFERIBLES: son conferidos a todos a través de reglas generales de rango generalmente constitucional, es decir, son normas y están sustraídos tanto de las decisiones políticas como del mercado.</p> | <p>DISPONIBLES: Estos derechos están destinados a ser modificados o extinguidos por actos jurídicos como los contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas. Estos son predispuestos por normas</p> |

| | |
|--|---|
| <p>4.- VERTICALES y HORIZONTALES: Son derechos que el ser humano tiene frente al Estado como frente a los particulares.</p> | <p>HORIZONTALES: Son derechos que se discuten entre particulares nada más.</p> |
|--|---|

La Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición ya ha empezado a emplear estos conceptos como criterios para separar la jurisdicción ordinaria de la constitucional. Así, en el auto de admisión de la acción extraordinaria de protección, causa Nro. 0162-09-EP, expresó esta Corte que los jueces constitucionales tienen competencia para conocer sobre garantías constitucionales que versen sobre derechos constitucionales. Pero, expresó que el conocimiento de disputas que versen sobre manifestaciones patrimoniales de estos derechos no le corresponde a la justicia constitucional; argumentando que:

“el derecho constitucional a la propiedad, entendido como la posibilidad de que todas las personas puedan llegar a ser propietarios, reúne las cuatro características; que Ferrajoli, atribuye a los derechos fundamentales. Sin embargo, el derecho constitucional a la propiedad se manifiesta en derechos infraconstitucionales de carácter patrimonial o real, sobre los cuales el legislador o la administración tienen una libertad de configuración mucho más amplia, libertad que se extiende a los particulares a través de la autonomía ejercitada en los contratos”³¹.

Pero, ¿resulta fácil distinguir una situación en donde se estén reclamando netamente derechos patrimoniales y no derechos constitucionales? No necesariamente. En determinadas situaciones subjetivas, puede resultar muy conflictivo hacer la separación de estas categorías. Delia La Rocca, pone como ejemplo el derecho del trabajador a una remuneración justa³², “proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y, en todo caso, suficiente para asegurar a él y a su familia una existencia libre y digna”, previsto en el Art. 36 de la Constitución italiana. Indica que:

³¹ Internet, www.tribunalconstitucional.gov.ec/.../0162-09-EP%2003-06-09%5B1%5D.pdf, visitado el 03-10-2009.

³² Este derecho también está previsto en el Art. 238 de la Constitución del Ecuador.

“el trabajo en cuanto mercancía constituye, en realidad, la primera gran aporía de toda la estructura que pretenda mantener rígidamente diferenciadas las situaciones jurídicas patrimoniales de aquellas no patrimoniales: admitir la disponibilidad jurídica del propio tiempo, de la propia movilidad, de la propia actividad física o de la propia inteligencia a cambio de dinero (salario, estipendio, remuneración, etc.) pone cuando menos una duda sobre la propia construcción de la libertad como esfera inviolable y, sobre todo, indisponible”³³.

Entonces, ¿esta distinción es absoluta para decidirse por una u otra vía? No. La Corte Constitucional de Colombia también ha venido utilizando este criterio para separar la vía ordinaria de la constitucional; pero no lo ha utilizado de forma absoluta, pues, en virtud de las circunstancias del caso concreto y para evitar un daño grave y perjuicio irremediable, ha entrado a resolver el fondo del asunto³⁴, a pesar de la existencia de derechos patrimoniales en disputa.

Al efecto, esta Corte ha distinguido, para conocer asuntos laborales patrimoniales, si existe o no vulneración del salario mínimo vital³⁵; derecho fundamental establecido en su jurisprudencia como un derecho constitucional innominado.

Por estas razones, se debe tener este criterio de diferenciación como guía general, no fundamental. Los jueces en cada caso deben realizar un examen muy cuidadoso, no *prima facie*, tarea nada fácil, para evitar dejar en indefensión y superponer la supremacía de la Carta Magna y el estado constitucional de derechos y justicia. Más bien, esto significaría distinguir entre la patrimonialidad con relevancia constitucional y la mera patrimonialidad.

Finalmente, antes de poner fin al presente capítulo que trata sobre los parámetros de procedibilidad de la acción de protección, se torna de vital importancia expresar que

³³ Internet, www.ugr.es/~redce/REDCE5/.../06delialarocca.htm, visitado el: 03-10-2009.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-423/2003, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador/buscar.php>, acceso: 03-10-2003.

³⁵ Rodolfo Arango, “El mínimo vital como índice de justicia entre particulares”, en Derecho Constitucional, perspectivas y críticas, Colombia, edit. Legis S.A. 2001, p. 237-250.

para se vaya cimentando y consolidando la legitimidad del sistema, es necesario que siempre sean la argumentación y la fundamentación la base de las decisiones judiciales.

De tal forma que, es una obligación de índole constitucional prevista en el lit. 1)³⁶ del núm. 7 del Art. 76 de nuestra Carta Magna que en el momento en el que el juez constitucional inadmita o rechace una acción de protección por considerar que existen en la jurisdicción ordinaria otras vías adecuadas y eficaces, el juzgador deberá indicar cuál es esa vía y fundamentar porqué lo es.

No bastará para el juez que inadmita una acción de protección con señalar la causal de la ley por la que supuestamente no procede, como al parecer daría a entender una lectura *prima facie* del último inciso del Art. 42 de la LOGJCC que dice: “En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma”. Éste también tiene la obligación, en virtud de su deber de motivación, de indicar cuál sería la vía legal ordinaria adecuada y eficaz capaz de proteger el derecho o derechos vulnerados y porqué lo es.

En consecuencia, la palabra <<sucinta>> no deberá malentenderse y convertirse en el escudo legal-formal para que los autos de inadmisión gocen de deficiente fundamentación, pues la Constitución también prescribe que no habrá motivación, si en la decisión no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda <<y *no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho*>>.

³⁶ “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

Por último, cabe resaltar que nuestro ordenamiento no ha previsto la necesidad de agotar la vía administrativa como requisito previo al acceso a la justicia constitucional, pues sólo se habla en los requisitos tanto de procedencia como de improcedencia de la acción de protección, de la necesidad de observar que no existan otros mecanismos de defensa judicial y no se contempla la posibilidad de también tener que observar si existen otros mecanismos de defensa administrativa.

CAPÍTULO II: ACTOS JUSTICIABLES

“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”³⁷.

En este capítulo analizaremos las situaciones de fondo en las que procedería la acción de protección contra los particulares. La Constitución de 1998 previó la garantía de amparo constitucional contra particulares que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública; o, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso³⁸.

La aplicación de estas circunstancias fácticas en las que los particulares podían vulnerar derechos fue muy precaria durante la vigencia de la Constitución de 1998, especialmente por la restricción que implicaba que el amparo sea una acción cautelar y no de conocimiento o de fondo, sumado a que nuestro máximo guardián de la Constitución no definió ni conceptualizó las situaciones en las que un particular: a) prestaba servicios públicos y que implicaba dicha prestación; b) cuando actuaba por delegación o concesión de una autoridad pública y c) cuando su conducta afectaba grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

En la mayoría de sentencias, tanto de jueces como de los vocales del Tribunal Constitucional arguyendo falta de alguna formalidad o que los accionados no son autoridades públicas sino instituciones privadas o de derecho privado, se limitaron a rechazar las acciones indicando que no eran procedentes, por ende no entraron a

³⁷ Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*, Barcelona-España, edit. Paidós, p. 25.

³⁸ Constitución del Ecuador de 1998, Art. 95.

conocer y resolver las situaciones de fondo. No hubo desarrollo de lineamientos ni directrices para hacer efectivos los derechos constitucionales³⁹.

Dentro de esta categoría de entes privados que se libraron del control constitucional se encontraban las fundaciones, federaciones deportivas provinciales, colegios de profesionales, sindicatos de choferes, universidades particulares, colegios particulares, empresas creadas para la prestación de servicios públicos, etc.

De acuerdo al nuevo modelo constitucional garantista adoptado, primero están los derechos; es decir, se catapulta al hombre como sujeto y fin del sistema, estando previsto colocarse el interés general por encima del interés particular con miras a conseguir el buen vivir⁴⁰, no pudiendo escaparse de la irradiación de los preceptos constitucionales las personas privadas.

Para el efecto, el constituyente del 2008 ha previsto en la nueva Carta Magna las situaciones en las que puede ser activada la acción de protección frente a particulares; condiciones fácticas más amplias que las de la Constitución de 1998; teniendo que ser interpretadas en contexto con los principios y demás normas constitucionales en cada caso concreto. Estas condiciones surgen cuando los particulares:

- 1) Prestan servicios públicos impropios;
- 2) Actúan por delegación o concesión del Estado;
- 3) Provocan daño grave; y,

³⁹ Ramiro Ávila Santamaría, “El Amparo Constitucional entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito –Ecuador, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 359-400.

⁴⁰ Constitución 2008, Art. 83 núm. 7.

- 4) En los casos en los que la persona afectada se encuentre en situación de a) *subordinación*, b) *indefensión*; y c) *discriminación*.

Estas situaciones se presentan principalmente en las relaciones horizontales entre particulares, cuando se vulneran derechos constitucionales en virtud de detentar poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otra índole⁴¹.

A lo largo de la historia y conforme se fueron dando las luchas de los grupos invisibilizados que lograron reivindicar sus derechos y obtener su propia legislación⁴² -leyes de trabajadores, inquilinos, menores y adolescentes, mujeres, discapacitados, indígenas, negros, grupos GLBT, etc.- se fue constitucionalizando cada vez más el derecho privado.

Es ilustrador, para darnos cuenta de la constitucionalización del derecho privado producida; el caso que Luigi Ferrajoli recordaba citando a Emilio García Méndez: en Estados Unidos en 1875 la única forma de poner fin al maltrato del que era objeto una niña por parte de sus padres fue recurrir a las normas sobre protección de animales⁴³. Ahora se dispone de herramientas legales directas para estos casos.

Da cuenta también de esta constitucionalización del derecho privado y del terreno ganado poco a poco por los derechos a través del tiempo y las constantes luchas sociales, los logros que por ejemplo contra la discriminación racial se han conseguido; pues, como nos explica Norberto Bobbio:

“El racismo se está volviendo para quien lo ejercita o simplemente lo tolera una marca de infamia. Ningún público estudiantil del mundo podría hoy escuchar sin resolverse

⁴¹ LOGJCC, Art. 41, núm. 4, lit. d).

⁴² Ramiro Ávila, “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-Ecuador, edit. Corte Constitucional del Ecuador, 2008, p. 42,43, 44.

⁴³ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Madrid-España, edit. Trotta S.A., 2008, p. 300-301.

contra ello la lección del hombre negro (<<Hombre natural en su total barbarie y desenfreno>>) que Hegel, el gran Hegel, impartía en su cátedra de Berlín”.⁴⁴

De la misma forma podemos recordar como se materializo en derecho constitucional el triunfo de los obreros al haber logrado se positivase la irrenunciabilidad de sus derechos y una jornada máxima de trabajo de cuarenta horas semanales y ocho horas diarias, el de las mujeres al haber pasado a tener los mismos derechos y obligaciones que los hombres en la sociedad conyugal, el de los menores al haber conseguido que se haya establecido el principio de interés superior del menor como principio de estricta observancia para la vigencia de sus derechos, los cuales incluso prevalecerán por sobre los de los demás.

Esta constitucionalización del derecho privado ha coadyuvado y coadyuvará a construir un sistema económico más justo, democrático, productivo, solidario y sostenible; basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable⁴⁵. De esta manera se establece el principio de solidaridad, que la Carta Magna ha señalado como uno de los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos, siendo obligatorio practicarla en el ejercicio de los derechos y en el disfrute de bienes y servicios⁴⁶.

Es entonces que en las circunstancias en estudio dejará de operar el principio de justicia conmutativa⁴⁷ y prevalecerá el principio de igualdad material⁴⁸ y los derechos que ahora son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual

⁴⁴ Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*, Barcelona-España, edit. Paidós, p. 93.

⁴⁵ Constitución 2008, Art. 276 núm. 2.

⁴⁶ Constitución 2008, Art. 83 núm. 9.

⁴⁷ La justicia conmutativa es la igualdad o equilibrio en el intercambio de bienes entre individuos; es justa la igualdad de trato en las relaciones comerciales, si alguien vende una casa, no sería justo que se le pagase con un par de sandalias. La igualdad de valor de los bienes que se intercambian es una condición básica para que el trato pueda considerarse justo. La palabra proviene del latín *commutare* que significa intercambiar, tomado de internet, http://es.wikipedia.org/wiki/Justicia_conmutativa, visitado el 16-08-2009.

⁴⁸ Constitución 2008, Art. 66 núm. 4.

jerarquía⁴⁹. Además, son fuentes a las que están sujetos obligatoriamente los jueces⁵⁰ para administrar justicia.

Establecido como se ha venido constitucionalizando el derecho privado, revisadas las circunstancias de procedencia se puede observar que la tercera causal, esto es, <<si la violación del derecho constitucional producida por parte de un particular a otro particular provoca daño grave>>, se conecta con las demás ya que toda violación de un derecho implica daño, aunque no siempre sea grave.

La gravedad del daño a la que se refiere esta circunstancia está íntimamente relacionada con la vulneración del contenido esencial de los derechos constitucionales, contenido esencial que corresponde a nuestra Corte Constitucional definirlo. El legislador en el Art. 27 de la LOGJCC, en el capítulo referente a las medidas cautelares, ya nos da una pauta de lo que puede implicar un daño grave e indica que dichas medidas también procederán cuando de modo grave se viole un derecho y explicita que se considerará grave el daño cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

Por lo tanto, le bastará a la víctima con probar que la acción u omisión violatoria de derechos constitucionales de la cual es sujeto, le causa un daño grave para que se torne procedente la acción de protección contra particulares. La subordinación y la discriminación desembocan en la mayoría de las veces en indefensión y estas situaciones necesariamente estarán presentes de una u otra forma cuando los particulares provoquen daño grave, presten servicios públicos impropios o cuando actúen por delegación o concesión, por ende analizaremos únicamente las situaciones de subordinación-indefensión, indefensión y discriminación-indefensión.

⁴⁹ Constitución, 2008, Art. 11, núm. 6.

⁵⁰ Constitución 2008, Art. 11 núm. 5 y Art. 172.

Al ser la primera vez que en nuestro ordenamiento se positivizan estas situaciones, no existe doctrina ni jurisprudencia nacional, lo cual no quiere decir que no hubieran existido casos. Esta realidad obliga a propiciar el debate doctrinario y judicial y estudiar la posibilidad que brinda la acción de protección para declarar la violación de derechos y reparar el daño que se produzca de un particular a otro.

Para efectos de este estudio examinaremos jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia⁵¹; y, casos dados en nuestro ex Tribunal Constitucional, ahora Corte Constitucional para el periodo de Transición⁵², que serán analizados a la luz de nuestra actual normativa constitucional y legal.

2.1.- Subordinación-indefensión:

La subordinación como circunstancia que activa la acción de protección frente a particulares, para efectos de este estudio se da:

- a) 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 conlleve vulneración de derechos constitucionales, generando indefensión.

Esto implica que tienen que existir los siguientes elementos constitutivos:

1. Una autoridad y un subordinado;

⁵¹ [http://: www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co), La jurisprudencia analizada de Colombia ha sido tomada de esta página electrónica.

⁵² [http://: www.tribunalconstitucional.gov.ec](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec), La jurisprudencia del Ecuador es tomada de esta página electrónica.

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.

La creatividad de los jueces para fundamentar y hacer efectivos los derechos mediante los precedentes jurisprudenciales obligatorios, tendrán que ir proporcionando pautas para el debate en la sociedad y su aplicación en el caso concreto. A continuación revisaremos algunos casos resueltos por la Corte Constitucional de Colombia y el ex Tribunal Constitucional del Ecuador en los que se presenta la circunstancia en estudio teniendo en cuenta los siguientes puntos: a) Hechos, b) Análisis y c) Conclusión:

Casos producidos en la jurisprudencia colombiana:

1.- Sentencia T-745 del 2002: a) **Hechos:** A dos futbolistas, tras regresar de jugar para otro equipo al que fueron transferidos en calidad de préstamo, no se les asignó la realización de ninguna actividad en esta entidad deportiva luego de su regreso. Durante un considerable tiempo sin ninguna actividad ni remuneración, peligraba su sobrevivencia y la de su familia, ya que tampoco era posible para los jugadores gestionar su vinculación a otro club deportivo, por no ser ellos, conforme el respectivo contrato, los dueños de su <<pase>>.

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 de los accionantes, 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, ocasionada por una obligación contractual de no jugar en otro club que no sea el demandado; aunque el contratante no los utilice ni les pague un salario por mantenerlos sin actividad.

c) Conclusión: La Corte expresó que al verse obligados los deportistas en virtud del principio *pacta sunt servanda*⁵³ a tener que cumplir la cláusula contractual que les impedía jugar en otro club de fútbol mientras no lo autorizara su empleador, vulneraba derechos constitucionales, ya que de persistir esta situación, se cosificaba a los jugadores en mercancía pudiendo degenerarse en esclavitud y trata de personas; por ende, confirmó la decisión del juez a-quo que ordenó al Club Deportivo que en el término de 48 horas entregara los derechos deportivos a dichos jugadores y comunique tal situación a las instituciones correspondientes para que procedan 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; ésta, 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.

⁵³ Es una locución latina que significa que “lo pactado obliga”, consultado en <http://es.wikipedia.org>. acceso: 24-11-2009.

2.- Sentencia T- 333 de 1995: a) Hechos: 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 esgrimieron que la Asamblea General no tenía competencia para imponer el servicio de televisión por cable, pudiendo sólo 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.

b) Análisis: Observamos que en esta relación de subordinación: i) la autoridad es la Asamblea General de Copropietarios del conjunto residencial representada por el directorio y el subordinado son los copropietarios; ii) dicha subordinación se origina en el contrato de asociación que suscribieron los accionantes cuando entraron a formar parte del conjunto residencial, documento en el cual se reconoció la autoridad de la mentada directiva; y, iii) se produce una violación de los derechos constitucionales a la libertad e intimidad personal y familiar por una decisión arbitraria tomada por los accionados que rebasó el ámbito de sus atribuciones al imponerles el pago de un servicio contra su voluntad.

c) Conclusión: La Corte analizó 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 así gozar de los derechos que éstos le otorgan.

¿Podría decirse que están en juego derechos patrimoniales nada más o que lo que se está buscando es que se reconozca el derecho a no pagar una obligación? En efecto, podría existir confusión. En este sentido existió un voto salvado que consideraba que en los casos de propiedad horizontal las controversias implican realmente problemas contractuales por lo que no eran susceptibles de control constitucional sino ordinario y que su aceptación conduce a un estado de anarquía, desorden e inseguridad jurídica⁵⁴.

Sostengo, que al contrario de provocarse anarquía, desorden e inseguridad jurídica; se está poniendo orden y haciendo prevalecer los derechos como parte de la propia seguridad jurídica de todos. Es obvio, que la subordinación no les permitía reaccionar y frenar el abuso, terminando ignorados al no querer ser obligados a tomar un servicio que no lo deseaban, ya sea porque no lo quieren; o porque no poseen los recursos para solventar tal servicio; incluso, de ser ésta la razón los hechos podrían degenerar en discriminación en virtud de su situación socio-económica.

Finalmente, la Corte estimó que los demandado 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 se les permitiera la participación con voz y voto en las asambleas que se llegaren a realizar.

3.- Sentencia T-982 de 2001: a) Hechos: Un empleador le ordenó a un trabajador que laborara tres horas los días sábados; esta circunstancia iba en contra de

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-333 de 1995.

sus creencias religiosas 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.

b) Análisis: En esta relación laboral existe: i) una autoridad que es el patrono y un subordinado que es el trabajador; ii) la subordinación nace del contrato laboral que mantienen las partes, la cual le obliga al subalterno a acatar las órdenes que imparta la autoridad so pena de despido; y, iii) se produce la vulneración del derecho constitucional a la libertad de conciencia y práctica de religión del actor por medio de una orden arbitraria escrita. La desigualdad jurídica en la relación no le permite reaccionar como en circunstancias de igualdad lo hiciera, debido al castigo que implicaba desobedecer tal orden.

c) Conclusión: 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 éste. Como parte de la reparación integral al derecho vulnerado, hace una interpretación que armoniza 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

laborar⁵⁵. ¿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. Al efecto, la imaginación jugará un papel muy importante para la reparación. A primera vista, la orden de reintegro a una empresa vendría como un rayo en día soleado, debido a que en nuestra legislación en materia laboral jamás se ha contemplado tal situación.

4.- Sentencia T-593 de 1995: a) Hechos: Una madre soltera que empezó laborando como empleada de una cafetería en Bogotá, fue trasladada a una sucursal de otra ciudad por represalias del empleador al haberle ganado un juicio laboral en el cual dispusieron su reintegro en las mismas condiciones. Debido a su situación económica no pudo exigir el cumplimiento del fallo en el tiempo que la ley le franqueaba.

Indicó que este cambio le imposibilitaba cuidar de sus cuatro hijos menores que estudiaban en la capital y que uno de éstos sufrió un accidente que le provocó graves quemaduras de las cuales todavía se estaba recuperando, necesitando atenderlo y brindarle cuidados para su restablecimiento. En virtud de esto, solicitó a la empresa se le permita laborar nuevamente en Bogotá, lo cual le fue negado. Expresó que no podía renunciar por la situación económica que atraviesa, pues no disponía de otros ingresos.

b) Análisis: En esta situación de subordinación: i) la autoridad es la empresa y el subordinado es la actora; ii) existe un contrato laboral que obliga a la actora a someterse al empleador en razón del salario que percibe; y, iii) debido a que el empleador reintegró al trabajador en el lugar al que quiso y no donde ordenó la

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-982 de 2001.

autoridad, evidenciándose su mala fe y venganza, produciéndose la violación de los derechos constitucionales a la salud y a la vida de los hijos de la actora, como la inobservancia del principio constitucional que indica que toda decisión que deba tomarse en la que estén inmiscuidos menores, se deberá tener en cuenta el interés superior de éstos.

c) **Conclusión:** La Corte precisó que los medios judiciales ordinarios disponibles para la actora no eran eficaces por el peligro que corría la vida de su hijo enfermo y dijo que no actuar y revisar la situación de fondo presentada sería dar cabida al mero formalismo mecanicista y rutinario con olvido de la justicia material. En consecuencia, ratificó la sentencia del juez de apelación que ordenó el traslado inmediato de la actora a Bogotá en el mismo cargo que venía desempeñando.

Se puede apreciar la situación desesperada en la que se encontraba la trabajadora que tenía que acatar la orden recibida para no perder su trabajo, circunstancia que degeneraba en indefensión, pues el débil no podía repeler la venganza del poderoso que le propinaba este castigo al haber osado reclamar sus derechos ante un tribunal.

Casos producidos en la jurisprudencia ecuatoriana en nuestro Tribunal Constitucional, ahora Corte Constitucional para el periodo de Transición.

1.- **No. 1116-99-RA:** a) **Hechos:** Dos ciudadanos, tras haber cursado sus estudios en la Escuela Politécnica Javeriana del Ecuador, se graduaron de ingenieros eléctricos y a consecuencia de esto solicitaron ser afiliados al Colegio de Ingenieros Eléctricos de Loja para poder ejercer su profesión. Su petición fue negada por el presidente del organismo aduciendo que el Directorio del Colegio de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos del Ecuador en sesión de 19 de febrero de 1999, resolvió no afiliar a las personas graduadas de la mencionada universidad hasta que no se aclarara el

pensum de estudios entre los que se graduaran de ingenieros tecnológicos y los que lo hacían de ingenieros académicos.

Los accionantes en su libelo dijeron que al negárseles la matrícula, esta persona jurídica de derecho privado estaba excediendo sus facultades con lo que se les estaba conculcando derechos difusos y por eso solicitaban al juez ordene su inscripción en el respectivo registro de profesionales para poder trabajar en su profesión.

b) Análisis: Los elementos de esta situación son: i) la autoridad que es el Colegio de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos del Ecuador y los subordinados que son los actores; ii) esta situación de subordinación se da, en este caso, en virtud de una norma legal, pues, debido a la delegación que el Estado mediante ley hizo a los colegios profesionales para que llevaran un registro público de los profesionales del ramo y los acreditaran para su ejercicio, éstos se encontraban obligados a acatar las resoluciones que estos colegios emitan para poder ejercer libremente su profesión; y, iii) esta entidad particular de derecho privado con su decisión arbitraria emanada por escrito, la que estaban obligados los actores a acatar, vulneró su derecho constitucional al trabajo y a la educación, desconociéndose y dejándose en la nada toda su carrera universitaria.

El Juez Cuarto de lo Civil de Loja, en primera instancia, negó el amparo por considerar que no existía violación de derecho difuso alguno. El Tribunal Constitucional que conoció en apelación el caso, indicó que el acto impugnado no provenía de autoridad pública por lo que la legitimidad del acto administrativo no debía entrar a estudio; y concluyó que no se vulneró ningún derecho difuso, puesto que el derecho al trabajo es individualizable y recomendó a la Universidad Politécnica Javeriana acredite fehacientemente el pensum de estudios que los educandos deben

cursar para obtener los títulos de ingenieros tecnológicos y académicos con el objeto de que sus graduados puedan ejercer legalmente su profesión.

El Tribunal Constitucional tenía razón al decir que no existía en este caso vulneración de derecho difuso alguno, pero, no la tenía al decir que rechazaba la acción por este motivo, pues su deber es la protección de los derechos constitucionales.

La Constitución de 1998 preveía que cuando un particular actuara por delegación del estado y violara derechos constitucionales como en este caso, la acción de amparo constitucional era la cura, entonces, el Tribunal debía fundamentar su criterio de porque consideraba que el acto no provenía de autoridad pública, si este ente particular representaba al Estado, tal fundamentación no se dio.

De la misma forma el Tribunal olvidó que en la justicia constitucional no prima la justicia conmutativa, que es aplicada en materia civil y, según la cual, se presume que ambas partes se encuentran en igualdad de condiciones. Ante una violación de derechos constitucionales debe reinar el principio de igualdad material y por ende el principio *iura novit curia*, el cual presume que el juez conoce el derecho y, en consecuencia, que el recurrente se hubiere equivocado al señalar el derecho violado, siendo esto una formalidad, no enervaba la obligación del Tribunal de entrar a conocer y resolver el fondo del problema protegiendo los derechos conculcados.

c) Conclusión: Con este fallo, tanto el juez de instancia como el Tribunal Constitucional que en esos momentos era juez de apelación, al avalar esta decisión se convirtieron en cómplices de la arbitrariedad e injusticia dejando en total indefensión a los actores ya que el amparo constitucional era el único mecanismo jurisdiccional capaz de reivindicar sus derechos. Solo les quedaba mendigar al <<todopoderoso Colegio>> para que los acredite o buscar un empleo donde no sea necesaria su profesión o esperar

a que la agremiación obligatoria a los colegios de profesionales sea declarada inconstitucional como sucedió en el año 2008.

Actualmente, un juez constitucional en este caso, al encontrar la situación de subordinación y la posible afectación del derecho constitucional al trabajo, debe entrar a revisar el fondo del asunto y una vez determinada la arbitrariedad y declarada la violación del derecho al trabajo, ordenar que en un término de 24 horas el Colegio de Profesionales proceda a la inscripción y acreditación de los actores; así como disponerle a la máxima autoridad universitaria nacional⁵⁶ informe sobre el problema existente y de ser necesario proceda a realizar los correctivos del caso.

2.- N^o 1030-2004-RA: a) Hechos: El Presidente del Club Deportivo Juventus y sus directivos fueron sancionados con un año calendario de suspensión por el Presidente de la Asociación de Ligas Rurales del cantón Quito, por haber protagonizado actos beligerantes en contra de éste en el estadio de la Liga Parroquial del Quinche el 22 de agosto del año 2004.

Los demandantes consideraron que se les había irrespetado el debido proceso, ya que el órgano que tiene esa facultad sancionadora es la Comisión de Calificación, Premiación y Sanciones de la Asociación y no el directorio, debido a que éste es un juez de apelación, no de conocimiento directo.

El juez de primera instancia consideró que se había vulnerado un derecho difuso como es el deporte y concedió el amparo, mientras que el Tribunal Constitucional en apelación indicó que el demandado no es autoridad pública sino persona jurídica de derecho privado por lo que no procedía y revocó la decisión del *a-quo*.

⁵⁶ La máxima autoridad universitaria nacional en ese entonces era y sigue siendo el Consejo Nacional de Educación Superior del Ecuador (CONESUP).

b) Análisis: En este caso i) la autoridad es el Presidente de la Asociación de Ligas Rurales del cantón Quito y el subordinado son los directivos del Club Deportivo Juventus; ii) esta subordinación se origina en las normas jurídicas deportivas que le otorgan la competencia al Presidente de la Asociación de Ligas Rurales del cantón Quito para conocer, en sede de apelación, los casos que se pongan a su conocimiento; y, 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.

c) Conclusión: La subordinación hacia la autoridad deportiva, producto de una norma jurídica y la violación del debido proceso, constituyen elementos para interponer ahora una acción de protección, para lo cual no sería necesario agotar la vía administrativa ante la Concentración Deportiva de Pichincha.

El juzgador al rechazar el amparo, por no ser el demandado supuestamente autoridad pública, no tomó en cuenta que el ordenamiento jurídico delegaba esta potestad estatal a estos entes públicos de derecho privado, que reciben financiamiento del presupuesto nacional y que a la hora de ser controlados han esgrimido que son privados para evitar el control constitucional, sin darse cuenta que por esta causa tampoco podían hacer lo que ellos quisieran.

El juzgador, una vez que ha verificado la situación de subordinación, la violación del derecho constitucional por el particular que acarrea indefensión, así como la no existencia de otro mecanismo para reivindicar y reparar los derechos constitucionales, deberá declarar la violación del debido proceso y el derecho a ser juzgado por un juez competente; dejando insubsistente esta sanción. Si los demandantes

merecían ser objeto de una sanción administrativa, debía ser discutida respetando el debido proceso y su juez no podía ser jamás el supuesto agredido.

3.- N° 874-2000-RA: a) Hechos: Un ciudadano interpuso acción de amparo constitucional en contra de los Miembros del Tribunal de Merecimientos del Colegio de Médicos de Loja, en razón de que este Tribunal declaró al demandante como no idóneo para participar en el concurso de méritos y oposición que se iba a llevar a efecto para llenar las vacantes de médicos residentes del Hospital “Manuel Monteros V.” del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en la ciudad de Loja, resolución que fuera confirmada por el Tribunal de Apelaciones de este cuerpo colegiado.

El Tribunal Constitucional, al conocer de la acción de amparo a raíz del recurso de apelación que interpusiera la víctima, resolvió inadmitirla por considerar que “el acto impugnado no provenía de autoridad pública ni de representante legitimado de una colectividad Además, que no se había configurado un "acto ilegítimo de autoridad pública" del que nos hablaba el Art. 95 de la Constitución de 1998, y que, finalmente, este trámite le correspondía conocer exclusivamente a la justicia ordinaria.

b) Análisis: En este caso: i) El Tribunal de Honor y de Apelaciones del Colegio de Profesionales es la autoridad, y el subordinado es el accionante que se considera víctima de la arbitrariedad que conculca sus derechos constitucionales al trabajo y a desempeñar empleos y funciones públicas con base a méritos y capacidades, así como su derecho al debido proceso cuando sea sujeto de una sanción⁵⁷ como la que se le ha impuesto.

⁵⁷ Ley 27 (Registro Oficial 211, 14-VI-89). Ley de la Federación Médica del Ecuador, Art. 25: El Tribunal de Honor podrá imponer las siguientes sanciones sin perjuicio de las responsabilidades de otra índole: a) Amonestación verbal; b) Censura escrita; c) Suspensión temporal en el goce de los derechos de afiliados, y d) Expulsión del Colegio, lo cual conlleva la separación en el cargo que estuviere desempeñando el médico.

ii) La subordinación del demandante le obliga a acatar las decisiones de este ente privado y ésta nace a raíz de que mediante la Ley de la Federación Médica Ecuatoriana vigente a esa fecha, el Estado delegó a este Colegio de Profesionales que llevara un registro público de los antecedentes de la vida profesional de sus afiliados⁵⁸, los cuales necesariamente tenían en ese entonces que estar agremiados para poder ejercer su profesión⁵⁹. Es decir, este ente privado prestaba un servicio público.

iii) Con ésta decisión arbitraria, además de los derechos constitucionales mencionados, este ente privado vulneró el derecho del accionante a que las resoluciones de los poderes públicos -que en este caso fueron delegados-, sean motivados, pues no constaba la fundamentación por la que el aspirante no era idóneo para participar en tal concurso.

De esta manera, otra vez más, el Tribunal Constitucional no consideró que el Estado le había delegado su autoridad y funciones a este ente privado por lo que era procedente la acción; así mismo, el amparo constitucional era el único medio capaz de restaurar los derechos del actor a participar, pues, hasta que se resolviera la impugnación que se pudiera hacer ante un Tribunal Contencioso Administrativo ya se habría designado al ganador del concurso, designación que tampoco podría variar ante una sentencia del tribunal ordinario porque, en cambio, ahí se vulneraría los derechos constitucionales del proclamado ganador.

c) Conclusión: Al no resolver el fondo del asunto y escudarse en la falta del acto de una autoridad pública, el Tribunal Constitucional dejó en la indefensión al recurrente

⁵⁸ Ley 27 (Registro Oficial 211, 14-VI-89). Ley de la Federación Médica del Ecuador, Art. 7, lit. g): Fijar los derechos de inscripción de los títulos de médicos y los de renovación de registros, así como las cuotas mensuales y las de inscripción de los Colegios y Art. 19, lit. c): Llevar los antecedentes de la vida profesional de los afiliados al Colegio, mantenerlos actualizados y remitir a la Comisión Ejecutiva los datos pertinentes.

⁵⁹ Ley 27 (Registro Oficial 211, 14-VI-89). Ley de la Federación Médica del Ecuador, Art. 21: La afiliación a un Colegio Médico Provincial, es requisito indispensable para el ejercicio de la Medicina.

y, por tanto, se violó uno de sus derechos de participación previstos en la Carta Suprema, el cual es el poder desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades dentro de un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático⁶⁰.

Hoy ya no existen este tipo de excusas para dejarlo en indefensión al ciudadano y el juzgador, en razón de verificar los elementos que permiten identificar que la víctima se encuentra en una situación de subordinación y consecuente indefensión, y que además se le está provocando un daño grave, tendrá que resguardar los derechos del subordinado, declarando en sentencia la violación de los derechos constitucionales mencionados y la nulidad de la resolución del Tribunal de Honor por no estar fundamentada, disponiendo que el actor continúe en el concurso y se le repare económicamente por las costas y perjuicios que le ocasionó este acto arbitrario de la autoridad pública delegada, sentando un precedente para el respeto de los derechos.

4.- N° 0775-2004-RA: a) Hechos: Una ciudadana indicó que hace más de cuatro años es socia activa de la Cooperativa de Transporte “Río Amazonas Ltda.”. En virtud de esto, tenía una unidad automotor tipo bus laborando en la transportación pública de servicio urbano de la ciudad de Guayaquil. En mayo del 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 fue devuelto por lo que procedió a solicitar a la Cooperativa se le permita continuar con sus recorridos, petición que le fue negada por el Gerente. Dada tal negativa, concurrió a la Subsecretaría de Bienestar Social, cuya autoridad ofició a los dirigentes de la Cooperativa disponiendo que se le

⁶⁰ Constitución 1998, Art. 61. - Constitución 2008, Art. 61 núm. 7.

permita continuar prestando sus servicios en la transportación pública, a lo que se hizo caso omiso. Posteriormente, 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 existe acto ilegítimo de autoridad de la administración pública o de quien hace sus veces por delegación de ésta, o que esta conducta afecte un derecho colectivo.

b) Análisis: En el caso i) la autoridad es el Presidente y Gerente de la Cooperativa “Río Amazonas Ltda.” y el subordinado, es la ciudadana que se ve obligada a acatar sus decisiones; ii) subordinación originada en virtud de una norma jurídica, esto es, los Estatutos de la Cooperativa, los cuales le confieren autoridad a sus representantes; y, iii) mediante esta arbitrariedad y retaliación, incluso desobediencia a la autoridad administrativa estatal, a la actora se le vulneró el derecho a procurarse una vida digna mediante el trabajo y al libre desarrollo de actividades económicas⁶¹.

Es evidente, que llevándose a efecto un juicio en la vía ordinaria transcurriría mucho tiempo y no podría ordenarse el reintegro de ésta, pues en el mejor de los casos lo que se podría aspirar es al pago de daños y perjuicios. Observamos de la misma manera, que con 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 la celeridad del procedimiento de la acción de protección.

⁶¹ Constitución 1998, núm. 16, Art. 23 y Art. 35-Constitución 2008, Art. 66, núm. 15.

Pero, al continuar con el examen de admisibilidad, tras haberse superado el que no exista otro mecanismo de defensa adecuado y eficaz, hay que examinar que la pretensión no sea la declaración de un derecho legal u ordinario⁶².

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 y que fruto de esto se le observen los derechos que como socia de ésta 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.

Pero, al observar 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, así como que la víctima ha sido sancionado con la exclusión de la Cooperativa sin respetar su derecho al debido proceso, el juez tiene que intervenir para proteger los derechos constitucionales mencionados por la actora, así como por la transgresión del principio de solidaridad y la evidente arbitrariedad y, por ende, abuso de su posición de superioridad.

c) Conclusión: Así, aplicar exegéticamente la causal de improcedencia prevista en el núm. 5 del Art. 42 de la LOGJCC y decir que en razón de estarse buscando implícitamente la declaración de derechos ordinarios-legales, la acción de protección se torna improcedente, sería inconstitucional, pues, evidentemente las vías ordinarias no son adecuadas ni eficaces.

⁶² LOGJCC, Art. 42, núm. 5.

Es aquí, en estos casos, cuando la acción de protección iguala fuerzas y se convierte en un arma eficaz contra el poder, logrando que salgan a flote y no se ahoguen los sueños y aspiraciones de justicia y evitar de esta forma que una familia, sino son más, no puedan alimentarse debido a la falta de su fuente de ingresos.

Cabe recalcar que los juzgadores al examinar el problema y administrar justicia están sujetos a los derechos⁶³ que se encuentran establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales y, en caso de existir varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se tiene que elegir ante la duda la decisión que más proteja los derechos de la persona⁶⁴.

2.2.- Indefensión:

La situación de indefensión como causa de protección frente a particulares, puede definirse para efectos del presente estudio como:

La posición dominante, que producto de las circunstancias fácticas o jurídicas determinantes de la relación, ostenta un particular respecto de otro y que ocasiona la impotencia del dominado para reivindicar sus derechos constitucionales. Esto por la inexistencia de recursos materiales, físicos o legales que sean rápidos y eficaces o por la inoperancia de las autoridades públicas llamadas a intervenir. Entonces, para que se de 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;

⁶³ Constitución 2008, Art. 172.

⁶⁴ LOGJCC, Art. 2 núm. 1.

- b) Impotencia del dominado para compeler la violación de sus derechos constitucionales;
- 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.

Cabe resaltar que la Corte Constitucional de Colombia ha expresado que también esta circunstancia deberá siempre ser analizada de acuerdo a las peculiaridades de cada caso; por lo que no existe una definición única de este concepto⁶⁵. En su jurisprudencia ha dicho que la situación de indefensión puede consistir en:

- a) “La falta, ausencia o ineficacia de medios de defensa de carácter legal, material o físico, que le permiten al particular que instaure la acción, contrarrestar los ataques o agravios que, contra sus derechos constitucionales fundamentales, sean inferidos por el particular contra el cual se impetra la acción;
- b) La imposibilidad del particular de satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada como otro particular activa o pasivamente ejerce una acción o un derecho del que es titular;
- c) El uso de medios o recursos que buscan, a través de la presión social que puede causar su utilización, el que un particular haga o deje de hacer algo a favor de otro”⁶⁶.

Y, ¿por qué se produce la intervención del juez en estas situaciones de indefensión derivadas de las relaciones entre particulares? La Corte colombiana ha contestado este interrogante diciendo 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”⁶⁷.

⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 227 de 1999.

⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 227 de 1999.

⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-134 de 1994.

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

“los derechos fundamentales a diferentes libertades sólo 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”⁶⁸.

A continuación, analizaremos algunos ejemplos resueltos por la Corte Constitucional de Colombia y ex Tribunal Constitucional del Ecuador referentes a esta circunstancia, tomando en cuenta de igual forma las siguientes pautas: a) hechos, b) análisis y c) conclusión:

Casos producidos en la jurisprudencia colombiana:

1.- Sentencia T- 412-1992: a) Hechos: Una ciudadana era codeudora de la empresa CRESISTEMAS S.A, en razón de un préstamo que ésta le otorgara a su esposo, crédito que se encontraba garantizado por cheques y letras de cambio suyos. Por haber sufrido dificultades patrimoniales no habiendo podido cumplir con su obligación de codeudora, la empresa acreedora decidió enviar a su lugar de trabajo a un cobrador, el cual profirió una amenaza consistente en que si ésta no cumplía, aquél se colocaría su ropa de trabajo y la intimidaría en presencia de sus compañeros de labores.

El atuendo intimidatorio consistía en un traje de sacoleva, sombrero y maletín color negro que lleva la inscripción “deudor moroso”, cuyo fin era colocar a la persona –que tiene una obligación pendiente- en ridículo frente a los demás para de esta forma

⁶⁸ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona-España, edit. Ariel S.A., 1995, p. 390.

obligarla a cumplir con sus créditos. El cobrador intimidador volvió al lugar de labores dos veces, una de civil y otra vestida de “chepito”, despertando la curiosidad de las personas que ingresaban al lugar de trabajo.

El Juez de instancia negó la tutela solicitada por la actora por cuanto consideró que no se estaban vulnerando el derecho al honor ni a la honra. La Corte Constitucional con la facultad de revisión que tiene, escogió este caso y precisó que “cuando la persona es constreñida, mediante una conducta ilícita, a realizar el pago de una obligación, se encuentra en una clara situación de indefensión, pues ante un cobro extraproceso, no puede ejercer su derecho de defensa ni las garantías consagradas en el ordenamiento jurídico, como si ocurre ante un juez, quien velará por el respeto del debido proceso como derecho constitucional fundamental”.

Expresó, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 17 prevé: a) que nadie será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación; y b) toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias y esos ataques.

b) Análisis: Se constata: i) la posición dominante del acreedor sobre la deudora al tener ésta que soportar amenazas y actos bochornosos; b) la impotencia de la deudora al ser ridiculizada y ser coaccionada psicológicamente, infundiéndole temor para que realice el pago; así como c) la inexistencia de un proceso legal para repeler este ataque, correspondiéndole al juez constitucional frenar el abuso del derecho que ejercen los accionados; derecho que encuentra sus límites en el honor y la honra del deudor.

c) Conclusión: El poder, de quien quiera que sea, estatal, particular y hasta del constituyente, cuando se vuelve arbitrario es ilegítimo y debe ser controlado y reprimido

para hacer prevalecer la Constitución que se constituye en el faro a observar antes de actuar. El juez está obligado a ponderar los derechos de las partes en juego y nivelar la desigualdad fáctica producida.

En consecuencia, la Corte consideró que el derecho subjetivo al pago que tiene el acreedor por la obligación jurídica, contiene un límite que son los procedimientos legales para lograr la efectividad, esto es, los mecanismos que el ordenamiento jurídico le otorga para hacer eficaz el cumplimiento de la obligación por parte del deudor; por ende, revocó la decisión del juez de instancia y advirtió a la empresa demandada que se abstenga de incurrir en los hechos que dieron lugar a esta acción.

2.- Sentencia T-357-1995: a) Hechos: Una persona de la tercera edad demandó a los propietarios de un lugar de diversión llamado “El Cerro Musical”, ubicado en frente de su vivienda. Acción incoada debido al alto volumen de la música fuera de las horas permitidas al establecimiento, el escándalo continuo por la conducta de las personas borrachas y las escenas indecorosas protagonizadas por éstas.

La actora manifestó que por la inacción de las autoridades de policía en adoptar medidas eficaces, a pesar de haber realizado varias solicitudes para que intervinieran y cese la violación de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la paz y a la armonía social, también dirigía la demanda contra tales autoridades.

El Juez de primera instancia negó el amparo solicitado por considerar que la quejosa no se encontraba ni subordinada ni indefensa ante el propietario del local y por considerar que existen otros medios de defensa judiciales como las inspecciones de policía. El Tribunal de Segunda Instancia en cambio ordenó al Alcalde de Manizales, en su calidad de primera autoridad de policía del lugar, adopte la orden pertinente para la

estricta y cumplida ejecución de las normas jurídicas sobre control y sobre sanciones y emisiones de ruido.

b) Análisis: Se observa en esta situación i) la posición dominante de los dueños de la discoteca respecto de la actora, pues hacen lo que quieren transgrediendo los principios de solidaridad y responsabilidad social y ambiental, b) la actora, que se trata de una persona adulta mayor que requiere consideración especial por los particulares y protección por parte del Estado⁶⁹, se encuentra sin armas para hacer cesar la violación de sus derechos, y c) la ineficacia e inoperancia de las autoridades administrativas ha configurado la indefensión, pues ya no le quedan más opciones para que la respeten que activar esta garantía constitucional.

c) Conclusión: La Corte Constitucional observó que la negligencia en el actuar de la autoridad dejó en indefensión a la afectada ante la posición dominante y actitud vulneradora de derechos de los demandados, entonces, al adquirir relevancia constitucional el problema, y dado que la única forma de defender mejor los derechos es la acción de tutela, concluyó que el juez estaba autorizado y obligado a intervenir para hacer cesar el agravio.

La Corte tras revisar la prueba obtenida estableció que el accionado no cumplía con los horarios y, por ende, existía injerencia arbitraria en la intimidad personal y familiar de la actora, violándosele el derecho al libre desarrollo de la personalidad debido a que se obligaba a la afectada a escuchar un sonido en contra de su voluntad. Por lo tanto, confirmó la sentencia del Tribunal de segunda instancia y dispuso a los propietarios del establecimiento comercial se abstengan de continuar con estas actitudes ilegítimas.

⁶⁹ Constitución 2008, Art. 35.

El daño continuado, sus efectos, la inacción de la autoridad y la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho, le dieron respuesta a la pregunta: ¿Cómo se defienden mejor los derechos? La respuesta es mediante la acción de protección y la labor garantista del juez.

3.- Sentencia T-222-2004: a) Hechos: Un ciudadano de 73 años percibe una pensión jubilar que al descontársele distintos valores dentro de los cuales se encuentra los aportes que realiza a la Cooperativa COOPSERP y una deuda con la misma entidad, no llega a obtener el salario mínimo vital mensual, impidiéndole tener una subsistencia digna. En noviembre del 2002 solicitó a la Cooperativa que se hiciera un cruce entre el total de sus aportes a la misma y el valor del crédito adeudado, pues, el primero superaba el segundo, ello con el objeto de poder aumentar el saldo neto de su pensión y lograr una existencia digna.

En diciembre del 2002, la Cooperativa le respondió que el cruce de cuentas únicamente es posible cuando existe la pérdida de calidad de asociado, por lo cual fue negada la solicitud. La accionada, ante el requerimiento del juez de primera instancia, indicó que se había negado al cruce de cuentas solicitado por cuanto los aportes sociales de los asociados quedarán directamente afectados desde su origen a favor de la Cooperativa como garantía de las obligaciones que contraiga con ella.

El Juez de instancia concedió la tutela. En segunda instancia el juez revocó la sentencia del a-quo por considerar que no se había vulnerado el derecho de petición y que la contestación de la empresa estaba amparada en la normas de la Superintendencia de Economía Solidaria. La Corte Constitucional mediante revisión consideró que el derecho de petición no se había vulnerado, pues el accionado respondió a la solicitud realizada de manera seria y completa.

b) Análisis: En el caso se comprobó la existencia del requisito de fondo, es decir, indefensión, para que opere la acción de protección frente a particulares: i) posición dominante de la Cooperativa fruto del contrato de asociación y préstamo que estaba obligado a cumplir, lo cual observando todas las circunstancias violaba su derecho innominado al ingreso mínimo vital, b) impotencia del dominado para contrarrestar la violación, pues su deber de cumplir lo pactado en las circunstancias actuales, no en las que lo firmó, lo dejaban en indefensión al no autorizarse el retiro de la Cooperativa y el respectivo cruce de cuentas; y, iii) ineficacia de los medios materiales-físicos empleados (petición de retiro) para evitar la vulneración de su derecho.

c) Conclusión: La Corte concluyó que es posible que por necesidad de proteger derechos fundamentales, el juez constitucional pueda alterar una relación contractual y que la distinción entre lo público y lo privado se ha desvanecido. Así mismo, dijo que podrán existir situaciones excepcionales en los cuales el medio de defensa judicial no resulta eficaz o idóneo para proteger los derechos constitucionales afectados o violados por la ejecución (cumplimiento interpretación) de contratos, por lo que se volvería factible la intervención del juez constitucional.

Por otro lado, indicó que el Estado ha abandonado una visión estrictamente liberal y contractualista de la sociedad y de los derechos constitucionales, en la cual tales derechos se entendían como meros mecanismos de defensa frente al orden estatal. Así mismo, dijo que existen situaciones excepcionales en las cuales el medio de defensa judicial no resulta eficaz o idóneo para proteger los derechos constitucionales afectados o violados por la ejecución del contrato, por lo que es posible demandar la intervención directa del juez constitucional.

Estableció que los derechos fundamentales no son disponibles vía cláusulas contractuales⁷⁰ y que si la amenaza o violación surge de manera directa de alguna de las cláusulas contractuales originadas en la desigualdad negocial, se ha de admitir una intervención más intensa. Pero si se trata de consecuencias inconstitucionales derivadas del ordinario cumplimiento del contrato, la intensidad disminuye y la carga probatoria y argumentación exigible al demandante aumenta.

De la misma manera, especificó que la indefensión en este caso provenía del principio *pacta sunt servanda* que le obligaba a la persona a cumplir con el contrato. Además, advirtió que no necesariamente el ingreso inferior a un salario mínimo implica afectación del derecho al mínimo vital, pero indica que será fundamental todo derecho constitucional que esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.

Por último, la Corte no encontró en el proceso prueba alguna de que el demandante haya solicitado la desvinculación de la Cooperativa, pero indicó, así mismo, que no es posible negar el retiro voluntario de un afiliado de una Cooperativa y que tal retiro aparejaba la devolución de aportes, aunque si se trataba de anomalía económica para la Cooperativa era posible diferir o suspender la devolución de los mismos. Entonces, confirmó la decisión de negar la tutela pero observó que el demandante podía solicitar la desvinculación de la cooperativa, en cuyo caso se procedería a la devolución de aportes y la compensación con la deuda pendiente.

Nuestra Constitución de la misma manera establece que todos debemos observarla, personas, autoridades e instituciones⁷¹. No podríamos pactar en contra de la Constitución, teniendo en cuenta que los derechos son inalienables, irrenunciables,

⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 374 de 1993.

⁷¹ Constitución 2008, Art. 426.

indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía⁷²; ni mediante contratos, de ser así, el juez constitucional en nuestro país también estaría en la obligación de intervenir excepcionalmente y llegar a modificar el contrato para evitar un daño grave.

4.- Sentencia T-375 de 1997: a) Hechos: 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 notó que varios bloques adquiridos a TERPEL tenían un peso inferior al indicado, por lo que acudió a la Inspección de Precios, Pesos y Medidas de Florencia y dicha dependencia 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 vulnerando su derecho a la igualdad y al trabajo, toda vez que es el único distribuidor 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, quiera 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,

⁷² Constitución 2008, Art. 11 núm. 6.

consideró que el demandado en el mercado nacional y en el mercado local se presenta 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, es el proveedor de su único insumo y sólo 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 es discriminatorio y vulnera el derecho al trabajo, tanto del propietario de la fábrica como de sus operarios, 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.

b) Análisis: Podemos en el caso vislumbrar i) el poder del vendedor mayorista para obligar al minorista a sucumbir ante el abuso de venderle menos de lo real, aprovechándose del monopolio de parafina que mantiene, ii) la imposibilidad de poder repeler la violación de sus derechos constitucionales al trabajo y la igualdad por no existir, iii) a su alcance, ningún medio legal, material-físico que pudiera contrarrestar la venganza de la que es objeto y así evitar quebrar debido a la falta de materia prima.

c) Conclusión: La Corte concluyó que el actor se encontraba en una situación de indefensión material, pues la retaliación tomada por la empresa TERPEL tenía con objetivo demostrar su poderío y con eso lograr que el actor desista 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 y por ende debe siempre cumplir su función social que implica obligaciones para poder funcionar.

Esta actitud vengativa contradecía los principios de solidaridad y responsabilidad social que impone a todos, incluyendo a los particulares, la Carta Suprema. La empresa estaba abusando de su derecho a la libre contratación y de su posición monopólica en el mercado en donde la mano invisible que, supuestamente debía regular esto, era sólo un fantasma que no podía hacer nada ante la humillación a la que estaba siendo reducido el actor. La Corte, haciendo respetar la Constitución, igualó la situación y evitó un grave daño para muchas familias que dependían de esta actividad.

5.- Sentencia T- 263 de 1998: a) Hechos: Un profesor de un establecimiento educativo que se creyó aludido por determinadas expresiones y opiniones del párroco de la Iglesia San Judas Tadeo de Antioquia, interpuso acción de tutela contra éste por considerar que se le habría estado vulnerado sus derechos fundamentales a la honra, al buen nombre, a la tranquilidad y a no ser molestado por sus convicciones y creencias al haberse producido los siguientes hechos:

El 21 de Agosto de 1997 el párroco dictó una conferencia a los estudiantes del Colegio Cooperativo del Municipio de El Santuario. Esta conferencia, en principio, debía tratar temas relativos a los valores y en especial al respeto, la tolerancia y el crecimiento personal, pero el presbítero centro su discurso en la prohibición bíblica de las prácticas mágicas, la hechicería y el carácter pecaminoso de éstas para consiguientemente referirse a un profesor del Colegio Cooperativo que tenía pactos satánicos y estaba ejerciendo influjos diabólicos sobre los estudiantes de ese centro de educación.

El sacerdote, en tal charla, expresó que existían alumnos que habían caído en las garras del anotado profesor, a quienes este les había enseñado “innovaciones de

espíritus infernales y los había intimidado con sus poderes mentales” y dijo conocer a una estudiante que se volvió loca producto de estas prácticas. Concluyó su intervención, indicando que el profesor en mención constituía un peligro y una amenaza para la comunidad educativa, motivo por el cual se hacía necesario que los otros docentes tomen las medidas necesarias para sacarlo del colegio.

Así mismo, el domingo siguiente en la misa de las 10 de la mañana, el sacerdote retomó el discurso en su contra, intimidando a los estudiantes que asistían al acto religioso a quienes les dijo que en el colegio había un profesor satánico que estaba enseñando a los estudiantes a invocar espíritus de vivos y de muertos. Como consecuencia de esto, sus estudiantes se mostraban atemorizados ante su presencia e incluso, a algunos de ellos sus padres les aconsejaron no abordarlo.

A consecuencia de estas expresiones, al rector de la institución le hicieron llamadas dándole plazo de siete días para que ordene su traslado so pena de sufrir las consecuencias, tanto él como el actor. Por lo tanto pide se ordene al sacerdote aclarar ante la comunidad los hechos y devuelva la tranquilidad para evitar que se realice una interpretación indebida y se vea amenazada su vida por parte de algún fanático.

El actor indicó que las reuniones que se llevan a efecto en su casa son organizadas por su hijo adoptivo y que la oración que dio lugar a este mal entendido fue entregada por su hijo a sus amigos porque creyó que era apropiada para meditar y ser mejor y que en ningún momento existió la intención de enseñar cosas satánicas.

El sacerdote accionado, en respuesta a la demanda, dijo que había recibido muchas quejas de padres de familia porque indicaban que existía un profesor en el colegio que les estaba enseñando doctrinas religiosas diferentes a las de la Iglesia Católica y que incluso una madre le dijo que el comportamiento espiritual de su hijo

había cambiado desde que asistió a reuniones en la casa de un alumno del Colegio Cooperativo y que le llevó una oración que le habían hecho escribir a su hija. De esta manera se dio cuenta de que no se trataba de ningún grupo cristiano sino más bien de gnósticos.

El sacerdote expresó que en sus intervenciones jamás se refirió a un profesor en particular, y que si el actor resultó identificado luego de la conferencia ello no era debido a sus palabras. Manifestó no sentirse culpable de haberle quitado la fama, la honra y el buen nombre al actor y que, más bien, se la quitaron los amigos que le dijeron que de él se trataba el asunto.

El Juez de primera instancia negó la tutela y luego en segunda instancia se confirmó esta sentencia. La Corte Constitucional conoció de este caso mediante revisión y consideró que a pesar que el sacerdote no se refirió por su nombre al actor, los asistentes a la conferencia estudiantil y a las misas dominicales entendieron claramente que las acusaciones del sacerdote se dirigían contra éste. Existió un voto salvado en el sentido de que no existiría afectación porque no se hizo mención explícita del nombre del profesor por el sacerdote y por cuanto tampoco resulta claro que debe expresar el sacerdote con el fin de acatar el fallo y si debe nombrar al actor.

b) Análisis: i) Se observa la posición ventajosa que tiene el sacerdote respecto del actor debido a su gran presencia social, proveniente de la confianza depositada por la mayoría del pueblo en la religión católica de la cual el demandado es su representante. ii) El actor no puede contrarrestar por sí mismo las declaraciones apologéticas realizadas en su contra, pues no posee la misma autoridad ni credibilidad social que pudieran hacer cesar y evitar la violación de sus derechos constitucionales.

iii) Tampoco el actor posee a su disposición, un proceso legal adecuado y eficaz para remediar la situación, tornándose urgente la intervención del juez constitucional.

c) Conclusión: La Corte concluyó, luego del análisis extenso de las pruebas aportadas, que al actor le fue socialmente imputada de forma injusta la responsabilidad de haber causado traumatismos y enfermedades mentales a estudiantes y que estas imputaciones podrían originarle amenazas a la vida y a la integridad personal como ha venido ocurriendo. Por lo tanto, revocó las sentencias y ordenó al sacerdote que en el término de diez días procediera a aclarar, corregir o rectificar sus afirmaciones, a fin de garantizar la integridad de los derechos fundamentales del actor y explicó que el estado de indefensión especialmente provenía del poder del que el sacerdote se hallaba investido como Ministro de la Iglesia Católica y el monopolio religioso que ésta ha ostentado en esta comunidad.

A continuación, revisaremos algunos casos resueltos por nuestro ex Tribunal Constitucional, que dan cuenta de la realidad y la necesidad de haber impuesto la indefensión como causal de activación de la acción de protección para la defensa de los derechos constitucionales contra los particulares:

1.- No. 0215—01-RA: a) Hechos: Esta acción fue planteada 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 se ubiquen en otros

colegios, iniciándose una constante persecución y acoso que desembocó con una carta circular de 12 de enero del 2001 donde se les comunicó que se les negaba la matrícula a sus representados, lo cual consideraron 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, y menos aún, un difuso como lo indicaban los demandantes.

b) Análisis: Se puede ver: i) La arbitrariedad y prepotencia derivada del poder con el que obligan a los actores a tener que buscar otro colegio por no haber querido pagar una pensión exorbitante y reclamar por ello. ii) La imposibilidad de contrarrestar estos actos. iii) La inexistencia de un medio legal, material-físico adecuado y eficaz, que abonado por la negligencia e inoperancia del ente administrativo ante el cual se interpuso el reclamo configuran la situación de indefensión ante el ente particular.

c) Conclusión: El Tribunal no examinó en este caso la posibilidad facultada por la Constitución de 1998, de accionar contra un particular que preste un servicio público, por ende, tampoco fundamentó porque la educación no contenía estas características.

Con esta resolución, el Estado no cumplió con su obligación de hacer respetar los derechos constitucionales de los actores que quedaron indefensos sin que nadie pudiera precautelar sus derechos y su dignidad. Los derechos patrimoniales en juego en este caso adquieren relevancia constitucional y, en consecuencia, el Tribunal debió ordenar al Colegio Americano de Guayaquil les conceda la matrícula a los menores; así como que la Junta Reguladora de Costos del Ministerio de Educación vigile el cobro de

los valores permitidos por parte de dicho Colegio e imponga las sanciones correspondientes por las contravenciones efectuadas.

2.- No. 0378-01-RA: a) Hechos: Esta solicitud de amparo se produjo por las mismas circunstancias del caso arriba indicado en contra del Rector y Presidente de la Asociación del Colegio Americano de Guayaquil, pero por otros padres de familia perjudicados.

De la misma manera, debido a los reclamos realizados ante el incremento desmesurado del 90% de las pensiones, se les negó la matrícula a sus hijos, se les prohibió la entrada al plantel, no se les entregó los boletines de notas aduciendo que no estaban al día en sus pagos e incluso se les impidió participar en la elección del Comité de Padres de Familia al declarárseles personas no gratas para la institución e iniciárseles juicios penales por injurias.

Los accionados indicaron que a los recurrentes se les negó la matrícula de sus hijos porque se encontraban en mora de sus obligaciones, pues, la aprobación de aumento del 25% por parte de la Junta Reguladora de Costos de Educación Particular y no del 90% realizado, se encuentra suspendida, ya que ellos apelaron de tal resolución, por lo que está vigente esta última. Indicaron que algunos padres de familia no presentaron solicitud de reserva de matrícula para el año lectivo 2000-2001, y por tal motivo se les asignaron varios cupos a nuevos aspirantes.

Manifestaron que estaban amparados, para negar la matrícula, en el derecho a libre contratación previsto en la Constitución, y que los padres de familia, en virtud de este derecho, también podrían separar a sus hijos de este establecimiento, sin que la institución pueda obligarles a contratar sus servicios educativos. El juez de instancia negó el amparo considerando que no se impugnó un acto administrativo de un

funcionario público sino de un particular y que el Reglamento General a la Ley de Educación concede a los establecimientos educativos la facultad de negar la matrícula a un estudiante.

b) Análisis: El Tribunal Constitucional, en apelación, mediante una excepcional decisión hizo un análisis del fondo del asunto y dijo que:

1) Un servicio público es una actividad que el Estado lleva a cabo para lograr la satisfacción de necesidades colectivas de interés general y que es una actividad técnica, directa o indirecta de la administración pública activa o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada para asegurar de manera permanente, regular, continua y sin propósito de lucro, la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de Derecho Público.

2) Que la Constitución establece que la educación es un derecho irrenunciable de las personas y un deber inexcusable del Estado, la sociedad y la familia, área prioritaria de la inversión pública, requisito de desarrollo nacional y garantía de la equidad social.

3) Que existe el servicio público propio e impropio. El primero de ellos es aquel que el Estado u otras entidades públicas prestan directamente o lo conceden, mientras que el segundo lo prestan los particulares, con o sin concurrencia del Estado, pero siempre con regulaciones legales y control por parte de la Administración Pública, debido a su trascendencia colectiva o al impacto e interés general que pueden producir.

4) Que la educación particular es un servicio público impropio y que el legislador ha previsto la procedencia de la acción de amparo contra particulares que presten servicios públicos, es decir, se aplique tanto a los propios como a los impropios sin que le corresponda al juez distinguir donde aquél no lo ha hecho.

5) Que no podía decirse que siendo la educación un servicio público sujeto a normas de derecho público, la autonomía otorgada al Colegio pueda dejarla al margen de control, que tenga independencia absoluta del Ministerio de Educación y libertad omnímoda en cuanto a la concesión de matrículas y cobro de pensiones, expresa que pensar lo contrario sería apartarse de los grandes objetivos de la Constitución.

6) Estableció que la autonomía concedida a la institución educativa particular se refiere a lo administrativo, organizativo y técnico, más no al aspecto económico, por lo tanto, el Colegio Americano de Guayaquil no está autorizado a elevar el costo de matrículas y pensiones arbitrariamente, y peor aun si se dice ser un plantel “sin fines de lucro”.

c) Conclusión: El Tribunal Constitucional concluyó finalmente que la institución educativa particular abusó de su autonomía y se basó en ella para negar la matrícula a los hijos de los accionantes por lo que revocó la decisión de primer grado y tuteló el derecho a la educación de los menores⁷³. Aún más, cuando dentro de los principios fundamentales constitutivos del Estado, la Carta Fundamental de 1998 estableció como deberes primordiales de éste, el garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos en particular la educación⁷⁴.

Dos decisiones contradictorias en el mismo año, sobre unos mismos hechos y un mismo demandado. Una de las atribuciones de la Corte Constitucional es expedir sentencias con carácter vinculante sobre las acciones de protección⁷⁵, lo que ayudará a mantener armonía y que el derecho a la igualdad no se vea morigerado, precisamente,

⁷³ La acción de amparo No. 307- 2001RA resuelta el 08/10/2001, también por la Primera Sala del Tribunal Constitucional, que fuera instaurada por otros perjudicados fue resuelta con idénticos resultados y con argumentos parecidos.

⁷⁴ Constitución 2008, Art. 3, núm. 1.

⁷⁵ Constitución 2008, Art. 436, núm. 6.

por el guardián de la Constitución, como ocurrió ahora, lo que sí provoca inseguridad jurídica.

En este caso los elementos de la situación de indefensión estaban cumplidos para accionar como se explicó en el caso anterior en el que se dieron los mismos hechos. Resoluciones como éstas, desarrolladoras de conceptos y en donde se aplican normas y principios constitucionales hicieron mucha falta. Con esto se demuestra que se pudieron tutelar derechos en muchos casos que fueron rechazados porque supuestamente el acto no emanaba de una autoridad pública.

3.- N° 0008-2004-RA: a) Hechos: Un ciudadano desempeñó funciones por dos años, 8 meses, como Jefe Comercial de la Agencia del Banco del Pichincha en el cantón Montecristi, provincia de Manabí, hasta que el 4 de octubre del año 2000 fue separado definitivamente de su cargo por medio de un Visto Bueno concedido por la Inspectoría del Trabajo.

Se impugnó tal decisión y la Corte Superior de Justicia de Portoviejo declaró el despido intempestivo, la misma que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia, mandándose a pagar la indemnización correspondiente que fue cancelada por el Banco cuando se emitió el auto de pago. Desde esa fecha, se le ha prohibido el ingreso al Banco del Pichincha, sucursal Manta, por parte de los guardias de seguridad que controlan el ingreso y egreso del mismo, impidiéndosele de esta forma cobrar los valores que le corresponden por jubilación patronal o hacer movimientos de acuerdo a sus necesidades en su cuenta de ahorros.

Al respecto, el Jefe Regional de Seguridad le indicó que por disposición del Gerente Regional del Banco del Pichincha se había prohibido el ingreso del demandante. La defensa del Banco dijo que ésta es una institución privada y que los

clientes de la institución son 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 y que dispone de áreas restringidas de seguridad a las que tiene acceso solo el personal autorizado.

El Juez inadmitió la acción propuesta en contra del Banco y el Tribunal Constitucional en apelación señaló que el Banco del Pichincha es una institución privada que no actuaba por delegación o concesión del Estado prestando servicios públicos por lo que resolvió ratificar la negación del amparo planteado. Sin embargo, expresó su preocupación por la actitud del Banco y dispuso se remitan fotocopias certificadas a la Superintendencia de Compañías para que le llamen la atención al Banco.

b) Análisis: Vemos que: i) La posición ventajosa del demandado respecto del actor al prohibir por la fuerza su ingreso y negarle la atención y el consecuente cobro de los valores, que por concepto de jubilación, le son depositados. ii) No puede el actor hacer nada para impedir el agravio, viéndose obligado a acudir a otra sucursal del Banco fuera de la ciudad para poder disfrutar de su jubilación. iii) La inexistencia de medios materiales-físicos ni legales adecuados y eficaces dejan al recurrente en una situación de indefensión, agravada por ser una persona de la tercera edad.

c) Conclusión: El Tribunal hizo caso omiso de la jurisprudencia dictada por ellos mismos en el caso anterior en la que se definía que implicaba la prestación de un servicio público e hizo prevalecer una formalidad sobre los derechos a la igualdad y no discriminación del actor al no permitirle el ingreso a cobrar los valores por concepto de jubilación o realizar alguna otra gestión o transacción bancaria.

De esta manera, hasta el Tribunal se subordinó al poderío del Banco, desconociendo lo que implicaba la prestación de un servicio público que en efecto el Banco brindaba, por lo que sólo alcanzó a recomendar se realice un llamado de atención por la Superintendencia de Compañías, dejando al actor discriminado y con su resolución indefenso, todo por haberse atrevido a reclamar sus derechos laborales, sentándose un mal precedente para que no se animen a hacerlo otras personas que se encontraran en similares condiciones.

El juez constitucional debió ordenar al Banco la reparación integral del daño, disponiéndole que no prohíba el ingreso del actor y, al contrario, le preste la atención preferente que se merece. Así mismo, para que no se volviera a repetir lo ocurrido, también debió ordenar el pago de las costas procesales en las que incurrió el actor para reivindicar sus derechos y se disculpara públicamente por los hechos en uno de los periódicos de mayor circulación de la localidad.

4.- N° 862-2004-RA: a) Hechos: Un ciudadano interpuso amparo constitucional en contra de dos ciudadanos, por cuanto éstos habían construido unas torres de aproximadamente 20 metros de altura en las que instalaron cuatro altoparlantes, en los cuales se difundía publicidad de toda índole, a muy alto volumen y a toda hora, incluso por la noche, lo cual afectaba a los que habitaban en dicha localidad por el ruido ensordecedor que ocasionaba.

Indicó la víctima que esta situación, además, le afectaba porque es propietario de una estación radiodifusora denominada “La Voz de San Fernando”, que se encontraba a muy corta distancia y que cumplía con los permisos legales correspondientes. Por lo tanto, solicitó se disponga el retiro de los altoparlantes y la prohibición expresa de su funcionamiento.

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 por lo que resolvió ratificar la decisión de primera instancia por falta de legitimación activa del proponente.

b) Análisis: Se constata: i) La arbitrariedad y falta de respeto hacia los demás al producir contaminación ambiental –ruido- fuera de los niveles permitidos. ii) Arbitrariedad y preponderancia que se asienta en la impotencia del afectado en poder repeler tal actitud vulneradora de sus derechos a la libertad de trabajo y emprendimiento y a estar protegido contra la contaminación ambiental que en este caso genera el ruido a muy alto volumen. iii) Todo esto debido a la falta de medios materiales-físicos y legales, adecuados y eficaces y a la falta de control de las autoridades municipales que es a quien corresponde vigilar y sancionar este tipo de contravenciones, generándose así la situación de indefensión del ciudadano.

c) Conclusión: La acción de protección es el único medio que le queda al actor para dar solución al problema por medio del derecho de manera civilizada. El demandado tiene derecho a emprender actividades económicas pero con responsabilidad social y ambiental. En este caso, el abuso de su derecho ocasiona que otros tengan que escuchar obligados sus propagandas produciendo contaminación auditiva por el excesivo ruido, vulnerando derechos difusos de la población. Hoy, ya no es posible inhibirse de resolver estos conflictos arguyendo falta de legitimidad activa, pues basta que una persona se encuentre conculcada en sus derechos para que pueda proponer la acción.⁷⁶

⁷⁶ LOGJCC, Art. 9.

En el presente problema colisionaron el derecho a la libertad de empresa del demandado contra la paz, la tranquilidad y la libertad de empresa del actor. Luego de ponderar entre éstos, el juez debió ordenar al demandado, que mientras no presente el respectivo permiso para realizar estas actividades, se abstuviera de realizar esta actividad publicitaria, y en el caso de que lo tuviera, no lo haga fuera de horario y más allá del volumen permitido.

También, el juez debió ordenar a la Municipalidad que luego de realizar la investigación correspondiente para determinar si se ha cometido alguna contravención ambiental a las ordenanzas municipales sea sancionado y que los resultados de tal proceso le sean informados. Por último se debió condenar al pago costas al demandado.

5.- N° 0007-2004-RA: a) Hechos: Una ciudadana interpuso amparo constitucional en contra del representante legal de la fábrica SUPER HIELO por cuanto dijo que desde la instalación de dicha fabrica, la cual colindaba con la casa de habitación de la víctima, se le venía causando a ésta un daño grave a su salud y la de su familia debido a la humedad de origen químico amoniacal que corroe las paredes, techos, cimientos de su casa, hasta donde penetra el gas de amoniaco, manteniéndola esta situación en constante peligro de muerte.

Además, indicó que las instalaciones producían un ruido ensordecedor lo que le afectaba emocionalmente manteniéndola en constante zozobra y que producto de una fuga de amoniaco en la fábrica había fallecido recientemente un trabajador. Por este motivo, solicitó la suspensión de las actividades de la empresa que colinda con su casa de habitación.

El Juez inadmitió la acción por improcedente y el Tribunal Constitucional, en apelación, estableció que la empresa demandada se encontraba afectando el medio

ambiente y poniendo en peligro la vida de los habitantes conforme los certificados médicos de los hijos de la accionante y a las denuncias a diferentes instituciones gubernamentales que solicitaban la clausura de esta fábrica debido a la emanación de gas de amoníaco, que obraban del expediente.

Entonces, revocó la decisión de instancia y concedió el amparo disponiendo el cese de actividades de la fábrica SUPER HIELO hasta que las autoridades competentes comprueben que las actividades por ella desarrollada observan plenamente las normas de protección del ambiente o dispusieran su reubicación.

b) Análisis: La indefensión se configura de esta manera: i) Las circunstancias descritas muestran como la fábrica ejerció su derecho a la libre empresa de forma irresponsable, sin tomar las precauciones y seguridades del caso poniendo en peligro vidas humanas. ii) La impotencia de la actora al no poder hacer nada para contrarrestar el ataque. iii) Por no tener a su alcance medios materiales-físicos ni legales adecuados y eficaces ni tampoco dado resultado las denuncias realizadas a diferentes autoridades administrativas para que tomaran decisiones urgentes en el asunto.

c) Conclusión: Esta situación –indefensión-, en realidad, estaba obligando a la actora a tener que salir de su vivienda o venderla para ponerse a salvo. Claro está, a un bajo precio debido al gravamen vecino que soporta, incumpliendo el demandado con la responsabilidad social y ambiental que debe observar en el emprendimiento de actividades económicas, como producto de su derecho a la libre empresa y al trabajo. Esta también fue una decisión excepcional al común de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

6.- N° 0516-2004-RA: a) Hechos. El Director del periódico La Hora de Manabí, invitó a un ciudadano a colaborar con un artículo semanal para ser publicado en la

página editorial, colaboración que era libre y voluntaria, trabajo por el cual recibía un ejemplar diario del periódico.

El actor, en su artículo semanal, realizó una crítica al accionar de los reporteros del diario al no cubrir un evento cultural y la desidia con que se los trata a tales actos. En virtud de esto, su artículo recibió la censura del periódico y no fue publicado, por lo que solicitó al juez constitucional se ordene realizar al periódico la publicación de su artículo en la misma página editorial en la que por más de cuatro años ha venido escribiendo y que además se disponga la continuación de la relación de colaboración con el diario.

El accionado en su defensa dijo que el clasificar, seleccionar y evaluar la información, no significaba violación del derecho constitucional a la libertad de expresión u opinión o coartar el derecho a la libertad de prensa. Que en varias ocasiones no se publicaron todos los editoriales por falta de espacio y que sería inoportuno publicarlos con posterioridad, en razón de que el hecho sobre el cual se escribe perdió el interés actual y que así mismo existe un Consejo Editorial que aprueba la publicación.

El Tribunal de instancia negó el amparo en votación dividida y el Tribunal Constitucional consideró que los accionados no prestaban un servicio público por delegación o concesión de autoridad alguna. Del mismo modo, expresó que con sus actos tampoco se estaba vulnerando un interés colectivo, comunitario o difuso por lo que confirmó la decisión del Tribunal de instancia.

b) Análisis: i) Se siente el poder del accionado al tener la capacidad de decidir la no publicación del artículo del accionante, claro está, debido a la crítica que éste le propinó en el mismo. ii) La impotencia del actor se manifiesta al no poder hacer nada contra la decisión arbitraria. iii) No tiene a disposición medios materiales-físicos ni

legales, no quedándole otro remedio que acudir ante el juez constitucional para tratar de reivindicar su derecho a la libertad de expresión.

Pero, ¿es éste un derecho difuso? Sí, sin duda. El derecho a la libertad de expresión es un derecho de doble vía, esto es, puede ser reclamado tanto por el sujeto activo como por los sujetos pasivos de la relación informativa⁷⁷. En consecuencia, son un número indeterminado de personas las posibles afectadas. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional no podía dejar de entrar a resolver el fondo del problema planteado alegando su improcedencia.

c) Conclusión: El Tribunal debió disponer al periódico la publicación del artículo y también ordenar junto a éste las respectivas disculpas del medio por haber conculcado el derecho a la libertad de expresión del actor. En este caso por ser evidente la discriminación, se debió, así mismo, disponer la continuación en calidad de editorialista por el término de un año o el pago de una indemnización por si no se quiere cumplir con lo ordenado.

Pronto tendrán que resolverse casos en los que se debata sobre ¿cuándo procede que los medios de comunicación social rectifiquen⁷⁸, o concedan réplica o respuesta de forma inmediata, obligatoria y gratuita en el mismo espacio u horario a una persona agraviada por informaciones o pruebas inexactas? Así mismo, ¿los ecuatorianos que no simpatizan con ciertas visiones de los medios podrán expresarse en éstos?

Esto es, se tendrá que definir cuando se han transmitido informaciones sin pruebas y cuando son inexactas y se llegará a resolver si ¿se puede obligar a un medio

⁷⁷ Criterio expresado por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia de tutela T- 512 de 1992.

⁷⁸ Un ciudadano interpuso acción de tutela contra la revista semana de Colombia, que la Corte Constitucional resolvió mediante sentencia T- 074/1995, y en la que se obligó a la revista a rectificar con el mismo despliegue e importancia y por los mismos conductos, la información falsamente proporcionada, en a que se afectaba el derecho al buen nombre y a la honra del actor, internet, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-074-95.htm>, visitado el 18-10-2009.

de comunicación social a que entreviste a una persona para que replique o de respuesta a alguien que mediante entrevista dio pruebas o informaciones inexactas? En este mismo sentido, ¿se podría decir también que los medios de comunicación deben respetar el principio de inocencia? Es decir, ¿cuándo presentan la detención de una persona en delito flagrante y la identifican como autora del delito? ¿Deben rectificar? Sí. Así lo establece el Art. 66, núm. 7 de la Carta Fundamental.

A continuación analizaremos y veremos casos de la última circunstancia de procedencia de la acción de protección frente a particulares.

2.3.- 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 (...)⁷⁹.

La Constitución al establecer estas nuevas libertades impuso como uno de los deberes primordiales del Estado el garantizar, sin discriminación alguna, el goce de los derechos, en particular, la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes⁸⁰.

El constituyente de Montecristi de esta forma plasmó en el articulado de la Carta Magna las declaraciones y convenios internacionales de los cuales es signatario el Ecuador, mismos que prescriben el derecho a la igualdad y no discriminación de los seres humanos.

⁷⁹ Norberto Bobbio, *El Tiempo de los derechos*, Madrid, edit. Sistema, 1991, p. 17,18.

⁸⁰ Constitución 2008, Art. 3, núm. 1.

Por este motivo quedó proscrita cualquier forma de discriminación, 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 socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos⁸¹.

Entonces, el derecho a la no discriminación -que implica arbitrariedad al realizar una distinción-, es fruto del reconocimiento del derecho de todos a la igualdad formal y a la igualdad material⁸².

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?⁸³ Es así que, estas preguntas junto a la de si ¿la distinción es fundamentada o arbitraria? tendrán que ser contestadas para establecer si existió o no discriminación y violación del principio de igualdad en el caso concreto.

Instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981, ha definido la discriminación contra ésta como:

“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la

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

⁸² Constitución 2008, Art. 66, núm. 4.

⁸³ Norberto Bobbio, Igualdad y Libertad, Barcelona-España, edit. Paidós, p. 53,54.

mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas pública, económica, social, cultural, y civil o en cualquier otra esfera”⁸⁴.

De igual manera lo hizo la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que en su Art. 2 define este tipo de discriminación como:

“cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, civil o de otro tipo”⁸⁵.

La Corte Constitucional de Colombia la ha definido de manera general como:

- a) “Un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica (...).
- b) La conducta, actitud o trato que pretende consciente o inconscientemente anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales (...)

Entonces, toda distinción arbitraria, es decir no fundamentada, que se genere en un acto o sea su resultado se torna inconstitucional y por ende violatoria de la dignidad de la persona. Existe la salvedad de que al Estado, cuya existencia se justifica y legitima con la realización de los derechos, la Carta Fundamental le ha impuesto el deber de adoptar medidas de acción afirmativa o discriminación positiva para conseguir la igualdad material de grupos de personas que se encuentren en situación de desigualdad histórica; esto, en virtud de que “todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime y el derecho a ser diferentes cuando la diferencia descaracteriza”⁸⁷.

⁸⁴ Luis Pasara, *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito-Ecuador, 2008, p. 217.

⁸⁵ Luis Pasara, *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito-Ecuador, 2008, p. 335.

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-098 de 1994.

⁸⁷ Santos Boaventura de Sousa, *La caída del angelus novus: ensayos para una teoría social*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 164, citado por Ramiro Ávila Santamaría, “Los principios de aplicación de los derechos” en *Constitución 2008 en el Contexto Andino*, Quito-Ecuador, edit. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 49.

Es así, que una vez conseguido este gran triunfo formal; hay que preocuparse ya por su materialización; pues, en la sociedad todavía existe arraigada la <<discriminación solapada>>⁸⁸ en lo más cotidianos de la vida, y más que nada por los particulares que no hemos tenido el mismo control que el Estado, teniendo, en consecuencia, mayor libertad para discriminar.

Esta es una libertad perdida en favor de la dignidad humana y la búsqueda de la igualdad en la sociedad. El legislador para reforzar este proceso, punibilizó la discriminación mediante la incorporación de los delitos de odio en el Código Penal, reformas publicadas en el Registro Oficial de 11 de febrero del 2009. Ejemplos comunes de discriminación entre particulares en nuestro país han sido y siguen siendo:

1.- Que por parte de la administradora del bar de un colegio de mujeres se 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 un sacerdote en el púlpito diga que los colombianos son ladrones, terroristas o guerrilleros;

4.- 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 punto de discriminación encontramos en el diario El Universo de la ciudad de Guayaquil el siguiente testimonio:

⁸⁸ Diario El Universo, “Negritud sufre por racismo solapado entre la sociedad”, sección Noticias, 5 de julio del 2009, <http://www.eluniverso.com>, Internet, visitado el 10-10-2009.

“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

5.- Que salga un anuncio en el periódico indicando que se requiere personas para trabajar que sean de determinada provincia;

6.- Que se publiquen anuncios diciendo que se requieren profesionales para trabajar pero que sean de una determinada universidad;

7.- Que una empresa solicite como requisito una certificación médica de no encontrarse en estado de embarazo para emplear a personas de sexo femenino en ésta.

8.- Que una empresa despidiera a una empleada por encontrarse en estado de gravidez.

9.- 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 servicios⁹⁰

10.- Que el rector o director de un colegio o escuela fiscomisional ponga a algún docente a órdenes de la Confederación de Establecimientos Católicos -CONFEDEC-, es decir, despidiera o separe de la institución a un docente debido a su estado de salud, discapacidad física, ideología, identidad de género, etc.

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

⁹⁰ Diario El Universo, sección Noticias, 5 de julio del 2009, <http://www.eluniverso.com>, visitado el 10-10-2009.

En este tipo de establecimientos que son administrados por el clero católico; pero que el Estado invierte recursos económicos para la prestación del servicio público de educación:

¿Existirá discriminación: al separarle a un profesor porque este no profesa la religión católica; o si se expulsa o separa a un estudiante que esté cursando sus estudios en una de estas instituciones, porque se niega a practicar el culto católico como entrar a misa o a adorar a santos o dioses en los que éste no cree debido a que profesa la religión evangélica? Así mismo, ¿podrá haber discriminación si no se da trabajo como profesor o como empleado administrativo en una universidad dirigida por el mismo clero católico por la consideración de ser ateo o de cualquier otra religión?

Es un debate que tiene que abrirse en el país y los jueces en el caso concreto tendrán que en la colisión de derechos existente ponderar y armonizarlos conforme las circunstancias de cada caso, tomando en cuenta que todos los derechos constitucionales son de igual jerarquía y ninguno es absoluto ni superior a otro y que nadie puede abusar de su derecho para perjudicar a otro.

A continuación revisaremos jurisprudencia colombiana en la que se han resuelto casos de esta índole.

1.- Sentencia T-1083 de 2002: a) Hechos: Un ciudadano interpuso acción de tutela en contra del sacerdote de la parroquia “La Sagrada Familia de Cali” para que se protejan los derechos fundamentales de su sobrino que padece parálisis cerebral, el cual se encuentra bajo su responsabilidad. Él lo llevó a la misa que celebraba el sacerdote demandado y llegado el momento de la comunión dicho sacerdote le negó la misma al menor debido a su discapacidad, al considerar que las personas que sufren de este tipo

de enfermedad no merecen recibirla porque son como *animales* y no entienden el significado del sacramento.

Consideró al actor que se vulneró el derecho a la igualdad de su sobrino, pues, éste ya había recibido la primera comunión en el Instituto de Ayuda al Lisiado; por lo que esperaba se ordene suministrar la comunión a su sobrino y a las personas especiales. El sacerdote respondió que obró bajo el amparo de la libertad religiosa y de cultos también garantizada por la Constitución y que jamás profirió insulto alguno al representado del actor.

El Arzobispo de Cali, a petición del juzgado, indicó que en la legislación de la Iglesia Católica existen normas sobre la administración de los diversos sacramentos dependiendo del grado de conciencia, de conocimiento y de preparación de cada persona, puesto que en el Canon 913 se establece que “para que se pueda administrar la Santísima Eucaristía a los niños, se requiere que tengan suficiente conocimiento y hayan recibido una preparación cuidadosa, de modo que entiendan el Misterio de Cristo en la medida de su capacidad y puedan recibir al Cuerpo del Señor con fe y devoción...”.

El juez de primera instancia, acogió la solicitud del actor pero, en segunda instancia, fue revocada. La Corte Constitucional conoció el caso mediante revisión y consideró que el núcleo esencial o el elemento absolutamente protegido en la libertad religiosa es la posibilidad de la persona de establecer, de manera personal y sin intervención estatal, una relación con el (o los) ser (es) que se estima superior (es). La Corte confirmó la decisión de segunda instancia.

b) Análisis: i) ¿Igualdad entre quienes? Entre todos los niños que van a misa y profesan esta religión, ii) ¿Igualdad en qué? En qué todos los niños presentes en la misa que desean comulgar lo hagan sin restricción de ninguna índole, iii) ¿la distinción es

fundamentada o arbitraria? Al respecto, la Corte consideró que no se vio vulnerado el derecho a la igualdad, puesto que la negativa a otorgar el sacramento de la Iglesia Católica no se debió a su condición de discapacitado, sino a un elemento que, dentro del sistema axiológico católico se estima fundamental, cual es que exista comprensión del significado del rito del cual se participa.

Pero, advirtió que el trato denigrante por parte del sacerdote al calificar a un ser humano como “animalito” si implica la violación grave de la dignidad humana lo que conduce a su deshumanización. Explicó, que no se trata de prohibir estas expresiones en general, pero que en el contexto del discurso esta expresión tiene la capacidad de transformar el mundo y convertir a un ser humano en un no ser humano y explica que la condición de discapacitado implica que se tiene disminuidas las facultades o habilidades propias de un ser humano, pero que nunca se pierde la condición de tal.

c) Conclusión: La Corte realizó un ejercicio ponderativo para solucionar el choque de derechos existente. Luego de esto decidió tutelar los derechos del menor respecto del trato discriminatorio que implicaba haberle dicho “animalito” y ordenó que en el término de cinco días el sacerdote realice una ceremonia pública y se disculpe indicando que trató de manera indebida e inconstitucional al menor. Para tal efecto, dispuso que se convoque a los feligreses y a los medios de comunicación a la ceremonia que deberá realizarse en el mismo lugar.

El trato desigual del sacerdote al negarle al menor participación del ritual religioso no fue hallado como arbitrario por la Corte, sino fundamentado, mas, al proferirle el sacerdote, el adjetivo de “animalito”, éste hizo una distinción, en razón de la discapacidad del menor que resultaba peyorativa. Por lo tanto, su dignidad y la de sus familiares se veía conculcada. Es de notar que para estos casos la ley ha establecido la

inversión de la carga de la prueba al presumir la certeza de los hechos narrados⁹¹, debido a lo difícil que resulta para las víctimas probarlos.

2.- 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, se dedicó a enseñarles la belleza de la ciudad de Cartagena y aproximadamente a las 10 de la noche se dirigieron a la discoteca LA CARBONERA, a lo 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 se les negó 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 que la vergüenza ante sus colegas fue muy grande al sentirse discriminada en su propio país por el hecho de ser de raza negra. Los representantes de LA CARBONERA respondieron que no es cierto que tengan criterios de tipo étnico o religioso para limitar la entrada al establecimiento y que la discoteca no permite la entrada por razones de seguridad cuando ésta ya está 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.

⁹¹ LOGJCC, Art. 16.

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 sólo revisaban que no entren a la discoteca en chanclas o pantaloneta. En segunda instancia se revocó la sentencia del a-quo.

b) Análisis: i) ¿Igualdad entre quienes? Entre las personas que entran al centro de diversión nocturna a bailar y divertirse. ii) ¿Igualdad en qué? En tener la posibilidad de poder entrar a estos dos centros de diversión, así como han accedido las personas que ya se encontraban dentro. iii) ¿Es fundamentada o arbitraria la distinción? Totalmente irrazonable.

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 sólo ingresen personas blancas al mismo (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 es contrario a la luz de la Constitución⁹².

Las discotecas al prestar un servicio público no pueden tener este tipo de políticas segregacionistas por ser arbitrarias y atentatorias contra la dignidad humana, pues una persona de raza negra le está garantizado el mismo derecho que a otra de raza blanca para entrar a estos lugares. De la misma manera que lo está para una persona de raza negra con fama y mucho dinero en relación con otra sin fama y poco dinero. En este caso la discriminación se dio en doble vía.

Lo que ambas parejas entre las que se distingue tienen que tener en este caso para poder ingresar a la discoteca -iguales- es el dinero mínimo que se impone para el

⁹² Constitución 2008, Art. Art. 11, núm. 2.

consumo o entrada al lugar, cuestión que es muy distinta a la distinción realizada en el presente caso.

c) Conclusión: La Corte Constitucional mediante revisión confirmó la decisión de segunda instancia ordenando a las empresas demandadas que en próximas oportunidades se abstengan 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.

Desempeñará un rol importante la creatividad que abogados y jueces utilicen para solicitar e imponer las medidas de reparación del derecho de la víctima –ej.: disculpas públicas, publicación de un extracto de la sentencia-. Esto coadyuvará para que los hechos no se vuelvan a repetir y, en consecuencia, sirvan de reflexión, para decidir lo que vamos a hacer, decir o dejar de hacer, haciendo que pensemos en nuestro semejante, como eso mismo, -nuestro igual-.

3.- Sentencia T- 216 del 2009: a) Hechos: Un ciudadano el 18 de enero del 2006 sufrió un accidente de trabajo que consistió en una caída de 50 metros, lo que le ocasionó un severo trauma en los miembros inferiores. La empresa de Molino ROA S.A el 14 de septiembre del 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 ésta, al despedirlo, le 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 dio por terminada 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.

En cambio, la Corte en revisión, 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 la sentencia C-531 del 2000 indicó: “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 constate 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. Concluyó que con frecuencia los motivos que se exponen en las comunicaciones de despido son aparentemente ajustadas a derecho.

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 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.

b) Análisis: i) ¿Igualdad entre quienes? Entre todas las personas que laboran en la empresa. ii) ¿Igualdad en qué? En el derecho a ser tratados iguales todos los trabajadores en el puesto y labores que desempeñan y no ser menospreciados por sufrir una discapacidad. iii) ¿Es fundamentada o arbitraria la distinción? Arbitraria, porque el trato desigual dado se basa en el prejuicio y su objetivo es no tener en su planta personas disminuidas físicamente porque supuestamente desarrollan menos laboralmente que una persona que no lo está.

De esta forma, este objetivo a la luz de la Constitución no es válido porque va en contra de la responsabilidad social que debe observar la empresa privada en sus actividades ya que al despedirlo deja a una persona en la desocupación, con menos posibilidades de conseguir trabajo y ser el sustento de su familia. Por el contrario, es su deber tenerlo que emplear en actividades que él podría desarrollar sin ninguna limitación. Al respecto, el empleador no se compadeció de la circunstancia de que el accidente lo sufrió el trabajador justamente en su jornada laboral.

c) Conclusión: Se aplicó el principio de solidaridad de forma directa. Aquí podría existir duda respecto de la pretensión del actor: ¿Estará buscando el reconocimiento de un derecho o la declaración de la violación de su derecho a no ser discriminado por su discapacidad? El caso tiene los dos aspectos, pues se busca el reconocimiento de la relación laboral que generalmente tiene que ventilarse en la

jurisdicción ordinaria, así como la declaratoria de violación de su derecho constitucional a no ser discriminado en razón de su discapacidad, vulneración realizada a través del despido intempestivo sufrido.

Esto implica un juez constitucional comprometido seriamente con los derechos y no con las formalidades, éstas existen no para obstaculizar su reconocimiento sino para coadyuvar al mismo.

4.- Sentencia T-022 del 2009: a) Hechos: Un ciudadano en representación de su hija interpuso acción de tutela en contra del representante legal de la institución educativa “GIMNASIO DE CALIMA”, ubicada en el valle del Cauca, por cuanto el rector del establecimiento en el año lectivo 2006-2007 estableció en el colegio la metodología de aulas especializadas, en donde los estudiantes, dependiendo de las asignaturas de turno, deben trasladarse de un salón a otro a lo largo de la jornada educativa mientras los profesores los esperan en el aula.

Expresó que este sistema es incómodo y ha ocasionado traumatismos en las actividades académicas y disciplinarias del colegio, debido a que se congestiona el tránsito de los alumnos de un lugar a otro y se perjudica a los que se encuentran en desventaja física para moverse, como es el caso de su hija, que padece una patología de orden metabólico que se caracteriza por contractura muscular que imposibilita su desplazamiento por el inminente riesgo de caídas debido a la deformidad progresiva en miembros inferiores que no permiten un adecuado equilibrio.

Por lo tanto, este sistema metodológico atenta contra su salud ya que hace más difícil y tortuosa su recuperación obstaculizándole su rendimiento académico por cuanto se atrasa con respecto a sus compañeros, quienes si logran llegar a tiempo al aula de clase. En consecuencia, expresa que se le está violando su derecho a la educación,

igualdad, dignidad y trato justo por lo que solicita se ordene se suspendan los actos que no le permiten recibir la educación a su hija en igualdad de condiciones del resto de los educandos.

El accionado respondió que el demandante conocía de la metodología actual y que en tal caso debió buscar otro colegio con la metodología tradicional, sin que esto signifique que la institución sea enemiga de las personas con impedimentos físicos. Adicionó, que a partir de la implementación del nuevo sistema, el denominado cementerio de pupitres ha desaparecido, pues se ha logrado conservar en un 97% la integridad de éstos, mientras que con la metodología anterior se dañaban entre 40 y 60 pupitres. Que el robo de calculadores, mochilas y cuadernos ha disminuido, así mismo, con esto se ha logrado también que el estudiante llegue a la clase despierto, pues se distrae mientras va de un aula a otra.

En primera instancia, se negó el amparo por cuanto el personal del establecimiento siempre le ha estado ayudando en sus desplazamientos a las aulas a la menor. En segunda instancia, se confirmó la sentencia de primer nivel. La Corte mediante revisión consideró que constituye una necesidad brindar un trato especial a las personas con discapacidad para que alcancen el máximo desarrollo de su personalidad en condiciones de igualdad.

b) Análisis: i) ¿Igualdad entre quienes? Entre todas los menores estudiantes que se educan en el colegio, ii) ¿Igualdad en qué? En el derecho a ser tratados iguales y, en consecuencia, todos tengan las mismas posibilidades de receptor los conocimientos y asistir a las diferentes clases que se imparten en el establecimiento como parte de su formación académica. iii) ¿Es fundamentada o arbitraria la metodología adoptada por el colegio con respecto de la hija del actor? En principio sí.

La Corte analizo y armonizó los derechos en conflicto diciendo que la opción de una silla de ruedas para la menor es una medida sana pero extrema, pues no padece discapacidad motora severa, más bien, ayudaría a que se generen brotes de inseguridad y falta de autonomía frente al resto de sus compañeras.

La ayuda de las amigas, en cambio, puede tener visos de conmiseración y no es una opción válida para una menor que intenta vivir en igualdad de condiciones. La ayuda de un guarda bachiller puede ser una buena opción, siempre y cuando sea de carácter permanente y esté atento a las circunstancias, a los cambios de clase y a la movilización de la menor dentro de la escuela.

En vista de estas consideraciones, se concedió la tutela y para que pueda continuarse con la metodología que se ha venido empleando ordenó al rector de la institución que tome todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pueden impedir el acceso a la educación de la menor, entre otras las siguientes:

1.- Adaptar las clases de la menor en un solo salón y en el primer piso, de manera que el desplazamiento sea el menos frecuente en la jornada diaria. Sugiere la Corte que el grado que cursa la menor se sitúe en un solo salón en un primer piso y de ser posible cerca a las aulas especializadas de manera que exista el menor traumatismo posible en los traslados.

2.- De ser posible y sin que resulte alterada la jornada diaria, ampliar el tiempo permitido entre una clase y otra de manera que la menor con la ayuda del guarda bachiller pueda durante 15 minutos trasladarse al salón siguiente sin que tenga que perderse el contenido de las clases.

3.- Que el guardia bachiller esté atento durante toda la jornada educativa a las necesidades de la menor.

Se ordeno también que el colegio dentro de los dos meses siguientes a este fallo, consulte con la comunidad educativa, padres, docentes, alumnos, sobre la necesidad de modificar el manual de convivencia y el modelo de aulas especializadas para que la decisión sea tomada de manera concertada y unánime. Finalmente, exhortó a la Secretaría de Educación para que verifique el cumplimiento de los requisitos que garanticen la prestación satisfactoria del servicio educativo de los menores de edad discapacitados.

c) Conclusión: La Corte consideró que la niña debía ser protegida para que pueda seguir estudiando y no verse obligada a buscar otro establecimiento educativo, cuyas consecuencias hubieran sido que ella hubiese sido separada del entorno social de amigos y compañeros que la rodeaban y consideraban, para, en cambio, ir a buscar recién otro que le guarde el mismo afecto y respeto a su discapacidad, lo cual hubiera provocado un gran daño psicológico en su personalidad y hubiera lastimado su ánimo de seguir superándose para llegar a tener una vida como los demás seres que no poseen ninguna limitación.

Por último analizaremos un caso de discriminación producido en la parroquia “La Naranja”, cantón Espíndola, provincia de Loja de nuestro país.

Acción de protección No. 055/2009: a) Hechos: La madre de un menor con discapacidad visual indicó que a principios del año lectivo 2009-2010 realizó una solicitud al Colegio Nacional Mixto “Técnico Ecuador” para que se le concediera matrícula en el 8° año de educación básica a su hijo. A dicha solicitud de matrícula, que fue discutida en sesión del Consejo Directivo del Colegio, el Vicerrector de la

institución se opuso a su ingreso debido a la discapacidad visual mencionada; pero por resolución de mayoría se lo aceptó.

Expresó que 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 no recibéndole los deberes porque según él, no podía recibirlos en sistema braille y que en clase delante de los demás compañeros había procedido a aislarlo, a no tomarlo en cuenta y a decirle “vos no, vos no puedes”, cuando solicitaba la participación de los alumnos. Causándole inseguridad, malestar y daño psicológico al niño.

Tampoco el profesor le recibía los trabajos directamente al niño, por lo que 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 éstos.

Por último, 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; y tras haber preguntado al actual profesor le supo indicar que el anterior profesor le había proporcionado esas notas 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 aceptó la acción de protección planteada y dejó sin efecto la nota sentada en la libreta de calificaciones, ordenándole al Rector del Colegio conforme una Comisión para que evalué al menor y éste tenga una nota conforme a parámetros evaluativos y metodológicos que califiquen sus destrezas y conocimientos;

también le ordenó que organice una reunión de padres de familia, alumnos y profesores del establecimiento en donde la sentencia sea leída. En apelación la Corte Provincial de Justicia de Loja reformó la sentencia y a más de lo dispuesto por el juez de primera instancia, ordenó el pago de las costas procesales al profesor.

b) Análisis: i) ¿Igualdad entre quienes? Entre todos los menores estudiantes que se educaban en el colegio. ii) ¿Igualdad en qué? En el derecho a ser tratados iguales y en este caso les sean recibidos los deberes y tomados en cuenta a la hora de aprender y participar en clase sin ningún prejuicio, preferencia o distinción; así como en obtener notas conforme a parámetros evaluativos fundamentados y no criterios subjetivos fundados en su discapacidad. iii) ¿Es fundamentada o arbitraria la metodología adoptada por el profesor con respecto del hijo de la actora?. Totalmente arbitraria

El no haber fundamentado la nota final con los parámetros que el profesor utilizó para la evaluación, no quererle dar respuesta a las solicitudes de la actora y no recibirle los deberes al niño porque él los llevaba en lenguaje braille o ignorándolo cuando éste le pedía 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 sometimiento ante la imposibilidad de una reacción que hiciera cesar el hostigamiento.

c) Conclusión: En este caso era el profesor quién 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 ésta, sino más bien intentado su deserción, atentó gravemente contra su derecho a la educación y su dignidad.

Mediante la tutela de los derechos del menor por parte de las dos instancias judiciales se estableció un buen precedente para que en lo posible no se vuelvan a repetir estos hechos, tomando en cuenta que éste es el único colegio de la comunidad y que el hijo de la actora no es el único menor con alguna discapacidad en el sector.

CONCLUSIONES

La acción de protección frente a particulares se sustenta en los principios pro homine y de igualdad material, así como de supremacía constitucional, el cual obliga no sólo al Estado, sino también al particular e incluso al constituyente a respetar los derechos. Entonces, la eficacia directa de los derechos contra los particulares no es nada más que el reconocimiento de que la Constitución es el manual supremo de convivencia de la sociedad, en la cual se han desarrollado poderes fácticos, incluso algunos más fuertes que los propios estados como lo son las transnacionales, cuya arbitrariedad en determinadas situaciones conculca los derechos garantizados por la Carta Suprema.

Por lo tanto, la acción de protección frente a particulares fue creada con el objetivo de controlar el poder arbitrario que unos particulares ejercen sobre otros, control que implicará entrar a resolver una colisión o choque de derechos constitucionales de dos sujetos de protección, conflictos que tendrán que ser apreciados siempre en el caso concreto, pues sus particulares circunstancias determinarán la idoneidad y eficacia de la acción.

Es así que la Constitución en su Art. 88 ha previsto como situaciones de procedencia a:

a) La subordinación, la cual implica la existencia de una relación jurídica en la que existirá siempre una parte supeditada a otra, ya sea en virtud de un contrato o de una norma jurídica y que dicho desnivel en virtud de tener que acatar una decisión arbitraria o ejecutar lo pactado mediante un contrato, sea generador de la violación de derechos constitucionales. Como se ha visto en el análisis de la jurisprudencia existen casos comunes y de muy variada índole en los que se hace necesaria la intervención de un tercero que nivele la balanza y así evitar que por la condición de inferioridad se cause daño y se irrespete al ser humano transgrediendo los tratados internacionales de los cuales se ha hecho eco nuestro ordenamiento constitucional.

b) La indefensión, en cambio, es una situación generada fácticamente al no poder contrarrestar en igualdad de condiciones el poder que producto de las circunstancias y no necesariamente de normas, viola derechos, mediante arbitrariedades que no son controladas eficazmente por las autoridades administrativas competentes o por no tener a disposición medios de carácter material-físico o legal. Casos como los analizados dan cuenta de los abusos que comúnmente se dan, ante los cuáles los ciudadanos nos encontrábamos indefensos en el estado de naturaleza que ha provocado la voracidad del sistema capitalista al interior de nuestra sociedad.

c) La discriminación, es toda distinción arbitraria que realiza un particular con respecto de otro, provocando de esta forma segregación y relegamiento y violando el derecho a la igualdad material a la que todos estamos en la obligación de contribuir a hacer realidad. Es obvio, que aquí también para el sujeto débil de la relación le resulta imposible por sí mismo reivindicar sus derechos. Por esto y en vista de los casos

analizados es que observamos la necesidad de que exista esta causal de protección de derechos contra los particulares, los cuales al haber estado exentos de total control son los que han vulnerado y vulneran el derecho a la igualdad, incluso, más que el propio estado.

Es así que, por ser de difícil prueba los hechos de esta naturaleza la Ley de la materia ha previsto que se presumirán ciertos los hechos alegados cuando de discriminación se trate, produciéndose así la inversión de la carga de la prueba que denota la protección que el legislador quiere dar a las personas que se encuentren en estas circunstancias.

Entonces, se vuelve necesario, también aclarar que los derechos constitucionales no son disponibles ni siquiera mediante contrato, pues, éstos tienen la característica de ser inalienables, irrenunciables, indivisibles e interdependientes, por lo que el juez constitucional tiene la obligación excepcional de intervenir para alterarlo si halla que la ejecución del mismo es contrario a los derechos.

Al efecto, entonces se volverá necesario para que la garantía sea eficaz y efectiva que no se siga confundiendo la justicia civil que 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; con la justicia constitucional en la que 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 vulnerando a la parte débil de la relación.

Es de esta manera, que los jueces en virtud de la Constitución garantista que hemos adoptado, deben ser activistas en pro de la defensa de derechos, ya que la misma los ha designado su guardián; objetivo que cumplirán utilizando las técnicas

interpretativas que tienen a disposición para convertir en realidad la hoja de papel en la que se encuentran reconocidos nuestros derechos, y 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.

Es entonces, que en estos momentos, se tornará 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 u ordenar que la sentencia que declara la vulneración de derechos sea pegada en lugar público visible de la institución demandada para que todos puedan observarla; o que se ordene que la sentencia sea leída en una reunión de todos los miembros de la institución que sea convocada para el efecto; o que incluso se ordene como pena las disculpas públicas; ahora es posible.

Es preciso indicar, que cada medida reparatoria debe ser tomada conforme las circunstancias de cada caso, pues no en todos serán posibles las mismas medidas, tomando en cuenta que deben dictarse medidas que puedan ser cumplidas, pues la efectividad de la garantía, así como la legitimidad de cada decisión dependerá de esto.

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 si se

restringen, pues, como lo dijo Carlos Cossio “quien sabe que no tiene jueces no tiene porque depositar su fe en las normas”⁹³.

Es así que, mediante una interpretación garantista y efectiva de derechos se tendrá que ir armonizando el sistema para que los requisitos de procedencia, e improcedencia de la acción de protección, no se conviertan y sean utilizados en una excusa para la anulación de su goce y disfrute. Al efecto, se necesitará la constante vigilancia de los actores de la sociedad para no volver a repetir la historia sucedida con nuestro ex Tribunal Constitucional.

Por último, se vuelve necesario observar que fruto de la eficacia inmediata de los derechos constitucionales frente a particulares, la línea divisoria entre el derecho público y el derecho privado tiende a desaparecer, por lo tanto, todos los operadores jurídicos debemos actuar con la máxima responsabilidad, estudiando a profundidad el cambio de paradigma constitucional que tenemos en las manos, el mismo que, una vez materializado, nos ayudará a transformar la realidad en que vivimos.

⁹³ Daniel Herrendorf, *El Poder de los Jueces: Cómo piensan los jueces que piensan*, Argentina, Abelardo-Perrot, 1998, p. 10.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) Acción de Protección No. 055/2009, Juzgado Multicompetente del cantón Amaluza, provincia de Loja, Ecuador.
- 2) Arango Rodolfo, “El mínimo vital como índice de justicia entre particulares”, en Derecho Constitucional, perspectivas y críticas, Colombia, edit. Legis S.A. 2001, p. 237-250.
- 3) Ávila 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-Ecuador, edit. Corte Constitucional del Ecuador, 2008, p. 42,43, 44.
- 4) Ávila Santamaría Ramiro, “El Amparo Constitucional entre el diseño liberal y la práctica formal” en Un cambio Ineludible: La Corte Constitucional, Quito-Ecuador, edit. Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007, p. 389.
- 5) Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia” en Constitución del 2008 en el contexto andino, Quito-Ecuador, edit., Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 19-38.
- 6) Bobbio Norberto, *El Tiempo de los derechos*, Madrid, edit. Sistema, 1991, p. 17,18.
- 7) Bobbio Norberto, *Igualdad y Libertad*, Barcelona-España, edit. Paidós, p. 25.
- 8) Código Orgánico de la Función Judicial
- 9) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informes de admisibilidad, <http://www.cidh.oas.org/default.htm>
- 10) Constitución del Ecuador 2008.
- 11) Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-745/2002, T-333/1995, T-982/2001, T-412/1992, T-357/1995, T-222/2004, T-375/1997, T- 263/1998, T-

- 351/1997, T-1083/2002, T-131/2006, T-216/2009, T-022/2009,
<http://www.corteconstitucional.gov.co>.
- 12) Diario El Universo, “Negritud sufre por racismo solapado entre la sociedad”,
sección Noticias, 5 de julio del 2009, <http://www.eluniverso.com>, Internet,
visitado el 10-10-2009.
- 13) Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona-España, edit. Ariel S.A.,
1995, p. 390.
- 14) Ex Tribunal Constitucional del Ecuador, hoy Corte Constitucional del Ecuador,
resoluciones y sentencias, 215/2001/RA, 378/2001/RA, 1030/2004/RA,
874/2000/RA, 775/2004/RA, 215/2001/RA, 378/2001/RA, 307/2001/RA,
0008/2004/RA, 862/2004/RA, 0007/2004/RA, 516/2004/RA,
www.tribunalconstitucional.gov.ec.
- 15) Herrendorf Daniel, *El Poder de los Jueces: Cómo piensan los jueces que piensan*, Argentina, Abelardo-Perrot, 1998, p. 10.
- 16) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)
- 17) Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Madrid-España, edit. Trotta S.A.,
2008, p. 300-301.
- 18) Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid-
España, edit. Trotta S.A, 2001, p. 29-35.
- 19) Pasara Luis, *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos
en la administración de justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos,
Quito-Ecuador, 2008, p. 217.
- 20) Pinochet Cantwell, Francisco, “La naturaleza directa o subsidiaria de la acción
de amparo desde la óptica del garantismo”, p. 7, pdf., en
www.egacal.com/upload/AAV_FranciscoPinochet.pdf, visitado el 03-10-2009.

- 21) Registro Oficial No. 378 de julio del 2001.
- 22) Santos Boaventura de Sousa, La caída del angelus novus: ensayos para una teoría social, Bogotá, ILSA, 2003, p. 164, citado por Ramiro Ávila Santamaría, “Los principios de aplicación de los derechos” en Constitución 2008 en el Contexto Andino, Quito-Ecuador, edit. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 49.
- 23) Villegas Mauricio y Uprimny Rodrigo, “La reforma a la tutela: ¿Ajuste o desmonte?” en Revista de Derecho Público No. 15 de la Universidad de los Andes, Colombia, edit. Uniandes y Konrad Adenauer Stiftung, diciembre/2002, p. 245-285. Este artículo habla sobre como en Colombia se deseaba restringir la acción de tutela.
- 24) Wikipedia, <http://es.wikipedia.org>.