

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Doctorado en Derecho

**La vinculación de los derechos constitucionales en la relación entre
privados en Ecuador**

La acción de protección y sus presupuestos de justiciabilidad

Richard Honorio González Dávila

Tutor: Marco Tulio Navas Alvear

Quito, 2024



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Richard Honorio González Dávila, autor del trabajo intitulado “La vinculación de los derechos constitucionales en la relación entre privados en Ecuador: La acción de protección y sus presupuestos de justiciabilidad”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctor en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

25 de abril de 2024

Firma: _____

Resumen

La investigación aborda uno de los temas más relevantes y contemporáneos en el campo del derecho: la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Este fenómeno apareció una vez que la Constitución tomó el carácter de norma jurídica, se transformó directamente en exigible e irradió sus efectos hacia otras ramas del derecho, a través del fenómeno denominado “constitucionalización del derecho ordinario”. Este proceso de transformación no es menor, pues cambia, o al menos pone en duda, el que por mucho tiempo era el único mecanismo de protección de los derechos en las relaciones entre particulares: la tutela contractualista o civil, y hace surgir un nuevo régimen de tutelaje, uno de carácter constitucional, mediante garantías específicas.

En este marco, la tesis desarrolla varias líneas argumentales: primero, estudia la naturaleza y fundamento jurídico de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; luego revisa, tanto desde el punto vista histórico como institucional, la forma en la que el sistema jurídico ecuatoriano diseñó la garantía específica más importante de protección de los derechos fundamentales entre particulares, a saber, la acción de protección, acudiendo en este punto también al derecho comparado. Finalmente, analiza el papel de los jueces, tanto de las altas cortes, como de los jueces de primera y segunda instancia en la aplicación de esta garantía, sobre todo en las causales de justiciabilidad de discriminación, indefensión y subordinación. Para ello, se utiliza el análisis de la doctrina, la normativa y la jurisprudencia relacionada. Esta investigación logra una panorámica, fundamentada y profunda, de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en el sistema ecuatoriano, develando sus debilidades y contradicciones.

Palabras clave: constitucionalización del derecho privado, efecto directo, efecto indirecto, deber de protección, eficacia de los derechos fundamentales

Agradecimientos

Agradezco a todas las personas que han colaborado en la realización de este trabajo, en especial a mi compañera de vida Eva Paredes Aveiga y a mi tutor Marco Navas Alvear.

Tabla de contenidos

| | |
|---|-----|
| Introducción..... | 17 |
| Capítulo primero: Vinculación de los particulares a los derechos constitucionales: Marco comprensivo y elementos fundamentales | 27 |
| 1. El contractualismo y el advenimiento de la Constitución como norma jurídica ... | 28 |
| 1.1. El constitucionalismo de los antiguos..... | 28 |
| 1.2. El constitucionalismo medieval | 31 |
| 1.3. El constitucionalismo moderno | 35 |
| 1.4. El constitucionalismo contemporáneo. Los derechos fundamentales y la Constitución como norma jurídica en Europa | 50 |
| 2. El constitucionalismo y las restricciones al poder privado | 54 |
| 3. Efectos del proceso de constitucionalización sobre el derecho privado, desde la teoría del efecto horizontal de los derechos | 68 |
| 3.1. El efecto directo o inmediato | 68 |
| 3.2. El efecto indirecto o interpretación constitucional del derecho privado..... | 72 |
| 3.3. El deber de protección | 74 |
| 3.4. Complementariedad de la eficacia directa, indirecta y el deber de protección de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares | 83 |
| Capítulo segundo: La constitucionalización de las relaciones entre privados en Ecuador | 87 |
| 1. La constitucionalización del ordenamiento jurídico en Ecuador..... | 88 |
| 1.1. Rigidez constitucional..... | 89 |
| 1.2. Garantía jurisdiccional de la constitución..... | 91 |
| 1.3. La fuerza vinculante de la constitución | 95 |
| 1.4. La sobreinterpretación de la Constitución | 98 |
| 1.5. La aplicación directa de las normas constitucionales | 100 |
| 1.6. La interpretación conforme de las leyes | 103 |
| 1.7. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas | 105 |
| 1.8. La centralidad de los derechos fundamentales..... | 107 |
| 1.9. Las garantías constitucionales frente a los particulares en el sistema jurídico ecuatoriano | 109 |

| | |
|---|-----|
| 2. El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (deber de protección) y la acción de protección como mecanismo procesal rápido, sencillo y eficaz para proteger derechos fundamentales..... | 118 |
| 3. La acción de protección como principal mecanismo procesal de constitucionalización del derecho privado en Ecuador | 127 |
| 3.1. De la acción de amparo a la acción de protección | 128 |
| 3.2. La acción de protección | 135 |
| 3.2.1. La acción de protección en la regulación constitucional y legal | 136 |
| 3.2.2. Procedimiento de la acción de protección | 162 |
| 3.2.3. Causales de justiciabilidad de la Acción de Protección frente a terceros..... | 176 |
| 4. Jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la acción de protección .. | 201 |
| Capítulo tercero: Análisis de la acción de protección como mecanismo procesal de constitucionalización del derecho privado en Ecuador | 233 |
| 1. Marco metodológico | 234 |
| 2. Descripción general cuantitativa de las causas de acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional respecto de las acciones de protección entre particulares | 237 |
| 3. Desarrollo de parámetros para dotar de contenido a las causales de justiciabilidad en acciones de protección contra particulares | 240 |
| 4. Análisis cualitativo de las sentencias de la Corte Constitucional..... | 242 |
| 4.1. Sentencia 065-15-SEP-CC. Desplazamiento comunidad de manglar por camaronero particular..... | 242 |
| 4.2. Sentencia 381-16-SEP-CC. Utilidades de trabajadores tercerizados de OTECEL | 244 |
| 4.3. El reenvío y la cuestión de mera legalidad | 245 |
| 4.4. El efecto indirecto | 246 |
| 5. Análisis cuantitativo y cualitativo de las acciones de protección frente a particulares. El caso de las provincias de Pichincha y Guayas..... | 247 |
| 5.1. Análisis cuantitativo de los procesos de la Corte Provincial de Justicia de Guayas | 249 |
| 5.1.1. Acciones de protección aceptadas y rechazadas en la provincia del Guayas | 251 |
| 5.1.2. Tipo de legitimados activos en la acción de protección en contra de un particular | 255 |

| | |
|---|-----|
| 5.1.3. Tipos de legitimados pasivos en la acción de protección frente a particulares | 256 |
| 5.1.4. Tiempo para resolver la acción de protección contra particulares entre la sentencia de primera y segunda instancia..... | 257 |
| 5.1.5. Derechos constitucionales que invocan los demandantes han sido vulnerados | 258 |
| 5.1.6. Causal de procedencia de la acción de protección en contra de particulares invocadas por los demandantes | 260 |
| 5.1.7. Razones de rechazo de la acción de protección por no ser la jurisdicción constitucional la vía adecuada o eficaz | 261 |
| 5.1.8. Casos en los que para justificar el rechazo de la demanda de acción de protección la decisión judicial citó jurisprudencia conceptual de la Corte Constitucional | 263 |
| 5.1.9. Argumentos esgrimidos por la segunda instancia en las aceptaciones de las acciones de protección frente a particulares | 263 |
| 5.1.10. Tipo de reparación ordenada en las sentencias que se aceptó la demanda de acción de protección..... | 265 |
| 5.2. Análisis cualitativo de los procesos de la Corte Provincial de Guayas | 265 |
| 5.2.1. Proceso n.º 09208-2015-03321. Devolución de herramienta (grúa) para el trabajo..... | 268 |
| 5.2.2. Proceso n.º 09332-2016-01337. Daños físicos por cirugía estética | 269 |
| 5.2.3. Proceso n.º 09459-2015-00050. Indemnización por pérdida de producción de arroz por desalojo de un terreno | 271 |
| 5.2.4. Proceso n.º 09281-2016-05661. Falta de pago de los aportes y otras obligaciones al IESS..... | 272 |
| 5.2.5. Proceso n.º 09133-2015-00032. Cierre unilateral de cuenta de ahorros | 273 |
| 5.2.6. Proceso n.º 09292-2016-00053. La discusión sobre derechos patrimoniales corresponden a la jurisdicción ordinaria | 275 |
| 5.2.7. Proceso No. 09332-2016-04526. Despido a persona extranjera..... | 277 |
| 5.2.8. Proceso no. 09201-2017-00511. Discriminación a un jugador de fútbol en campeonato organizado por Colegio de Abogados | 279 |
| 5.2.9. Proceso No. 09141-2015-0050. Descalificación lista de candidatos para directorio de Colegio de Contadores de Guayas | 280 |

| | |
|---|-----|
| 5.2.10. Proceso 09332-2015-13177. Estudiante demanda a su Universidad con el fin de que se pueda inscribir tardíamente en Unidad de Titulación..... | 282 |
| 5.2.11. Proceso No. 09965-2015-01617. Impedimento para participar en las elecciones de la Junta Directiva del Aero Club del Ecuador | 283 |
| 5.2.12. Proceso 09284-2015-05419. Retención de haberes de jubilación por Banco para imputar a deuda | 284 |
| 5.2.13. Proceso 09124-2015-00092. Sometimiento a arbitraje internacional en contrato civil..... | 285 |
| 5.2.14. Proceso 09284-2015-03696. Negativa de matrícula a dos adolescentes en unidad educativa privada..... | 286 |
| 5.3. Análisis cuantitativo de procesos de Corte Provincial de Justicia de Pichincha | 287 |
| 5.3.1. Acciones de protección aceptadas y rechazadas en la Corte Provincial de Pichincha | 288 |
| 5.3.2. Tipo de legitimado activo en la acción de protección en contra de un particular en la provincia de Pichincha..... | 292 |
| 5.3.3. Tipo de legitimados pasivos en la acción de protección contra particulares . | 293 |
| 5.3.4. Tiempo para resolver la acción de protección contra particulares entre la sentencia de primera y segunda instancia..... | 295 |
| 5.3.5. Derechos constitucionales que invocan los demandantes han sido vulnerados | 296 |
| 5.3.6. Causal de procedencia de la acción de protección en contra de particulares invocadas por los demandantes | 297 |
| 5.3.7. Razones de rechazo de las demandas de acción de protección contra particulares | 298 |
| 5.3.8. Casos en los que para justificar el rechazo de la demanda de acción de protección, la decisión judicial citó jurisprudencia conceptual de la Corte Constitucional..... | 299 |
| 5.3.9. Argumentos en los casos aceptados en segunda instancia respecto de un particular..... | 301 |
| 5.3.10. Tipo de reparación ordenada en las sentencias que se aceptó la demanda de acción de protección..... | 302 |
| 5.4. Análisis cualitativo de los procesos de la Corte Provincial de Pichincha..... | 302 |
| 5.4.1. Proceso n.º 17154-2016-00005. Amenaza de despojo por falta de pago | 304 |

| | |
|--|-----|
| 5.4.2. Proceso n.º 17250-2017-00002. Incumplimiento de compra-venta | 305 |
| 5.4.3. Proceso n.º 17204-2016-02157. Suspensión de elecciones en la Junta de delegados de Funeraria Nacional | 308 |
| 5.4.4. Proceso n.º 17371-2014-5482. Violación al derecho a la vivienda digna | 310 |
| 5.4.5. Proceso n.º 17557-2016-00044. Bienes de la sociedad conyugal | 312 |
| 5.4.6. Proceso n.º 17159-2014-0023. Cancelación de cuenta bancaria | 313 |
| 5.4.7. Proceso n.º 17576-2014-1737. Doble juzgamiento en club de fútbol | 315 |
| 5.4.8. Proceso 17954-2014-0016. Suspensión de servicio de agua por falta de pago | 316 |
| 5.4.9. Proceso 17231-2017-00002. Derecho de socio de Club a utilizar sus instalaciones | 317 |
| 5.4.10. Proceso 17151-2015-0174. Propietario impedido de utilizar servidumbre . | 317 |
| 5.4.11. Proceso 17460-2015-01164. Impedimento a vendedoras autónomas de ejercer su oficio en mercado..... | 318 |
| 5.4.12. Proceso 17460-2016-01265. Expulsión de Instituto Superior Privado de educación..... | 319 |
| Conclusiones..... | 321 |
| Bibliografía..... | 335 |
| Postscriptum | 352 |

Tablas y gráficos

| | |
|--|-----|
| Tabla 1. Matriz de variables | 23 |
| Tabla 2. Operacionalización de variables..... | 234 |
| Tabla 3. Cuadro de casos analizados en las provincias de Guayas y Pichincha..... | 236 |
| Tabla 4. Sentencias de acciones extraordinarias de protección en acciones de protección frente a particulares emitidas entre 2008 a 2017 | 238 |
| Tabla 5. Casos aceptados y rechazados en primera y segunda instancia en Guayas.... | 253 |
| Tabla 6. Decisiones confirmatorias y revocatorias de segunda instancia Guayas..... | 254 |
| Tabla 7. Derechos alegados en demandas de acción de protección Guayas | 259 |
| Tabla 8. Sentencias de segunda Instancia de acciones de protección frente a particulares en la provincia de Guayas..... | 266 |
| Tabla 9. Casos aceptados y rechazados en primera y segunda instancia Pichincha..... | 290 |
| Tabla 10. Decisiones confirmatorias y revocatorias de segunda instancia Pichincha.. | 292 |
| Tabla 11. Sentencias se segunda Instancia de acciones de protección frente a particulares en la provincia de Pichincha..... | 303 |
| | |
| Gráfico 1. Legitimado activo..... | 159 |
| Gráfico 2. AP contra particulares en Guayas y Pichincha con relación a AP total | 249 |
| Gráfico 3. Número de AP contra particulares en Guayas 2009-2017 | 250 |
| Gráfico 4. Número de AP aceptadas en primera instancia en Guayas, 2009-2017..... | 251 |
| Gráfico 5. Sentencias AP de segunda instancia en Guayas | 254 |
| Gráfico 6. Legitimado activo por tipo de persona y categoría en Guayas..... | 255 |
| Gráfico 7. Legitimado pasivo por tipo de persona y categoría en Guayas..... | 257 |
| Gráfico 8. Número y Porcentaje de casos y días que se demoró la decisión de segunda instancia | 258 |
| Gráfico 9. Porcentaje de casos por derechos demandados en Guayas | 259 |
| Gráfico 10. Número de casos por causal de procedencia de acción de protección en contra de particulares alegada en Guayas..... | 261 |
| Gráfico 11. Porcentaje de casos por causa de rechazo de las demandas de acción de protección de Guayas..... | 262 |
| Gráfico 12. Porcentaje de uso de la jurisprudencia para rechazar las acciones de protección | 263 |

| | |
|--|-----|
| Gráfico 13. Acciones de protección aceptadas en segunda instancia Guayas..... | 264 |
| Gráfico 14. Número de AP en Pichincha 2009-2017 | 287 |
| Gráfico 15. Número de AP aceptadas en primera instancia Pichincha, 2009-2017 | 288 |
| Gráfico 16. Sentencias de AP de segunda instancia..... | 291 |
| Gráfico 17. Legitimado activo por tipo de persona y categoría en Pichincha..... | 292 |
| Gráfico 18. Legitimado pasivo por tipo de persona y categoría..... | 294 |
| Gráfico 20. Derechos alegados en demanda de acción de protección en Pichincha | 296 |
| Gráfico 21. Número de casos por causal de procedencia en Pichincha | 297 |
| Gráfico 22. Porcentaje de causas por causa de rechazo en Pichincha..... | 299 |
| Gráfico 23. Porcentaje de uso de la jurisprudencia para rechazar las demandas de acción de protección..... | 300 |
| Gráfico 24. Sentencias de acción de protección aceptadas por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha..... | 301 |

Introducción

En el libro *La acción de protección en Ecuador*, Marco Navas y Claudia Storini, después de un exhaustivo examen sobre el funcionamiento de la acción de protección en las principales ciudades del Ecuador, concluyen que la “línea entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria no parece estar [...] bien definida”.¹ Esto, según los autores, se debe principalmente a la falta de diferenciación por parte de los jueces entre una cuestión de constitucionalidad y una de legalidad, lo cual, a su vez, ha llevado a una interpretación limitada del artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que hace que se utilice tal norma como pretexto para negar la acción, utilizando razonamientos “reducidos y simples”.²

Ese es el contexto judicial general en el cual se desenvuelve la acción de protección en el país, y en él se inscribe la acción de protección contra particulares, objeto principal de este estudio. A esto se debe añadir el bajísimo porcentaje de acciones de este tipo, pues según la misma fuente, para el período estudiado, llega a apenas el 7,6 % del total de las acciones revisadas.³

Con este antecedente, el presente trabajo tiene como objetivo revisar cómo han influido los derechos constitucionales en las relaciones entre privados en Ecuador y, en tal medida, determinar cuál ha sido el tratamiento que a estos casos le han dado los jueces ordinarios en sede constitucional que conocen acciones de protección, así como los términos en los que se ha pronunciado al respecto la Corte Constitucional. De este modo, la meta central es analizar los criterios interpretativos que jurisdiccionalmente han sido aplicados para hacer eficaces los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares, mediante la acción de protección y sus causales de justiciabilidad.

Esta investigación tiene relevancia tanto académica como práctica, ya que existe una grave falencia en el debate teórico respecto a asuntos fundamentales en la acción de protección, cuestiones que han repercutido en la eficacia de la acción en la práctica. Dichos asuntos aluden a la diferencia entre la constitucionalidad y la legalidad, que han quedado inconclusas o han sido tratadas con bastante superficialidad, o más

¹ Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 179.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, 125.

concretamente relacionado con el objeto de investigación: existe un déficit teórico sobre los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, que la normativa trae como criterios de justiciabilidad de la acción de protección frente a particulares.

Por otro lado, también hay una ausencia de estudios específicos en cuanto a la eficacia de la acción de protección frente a particulares. De hecho, en el país existen varios trabajos empíricos acerca de la acción de protección en general, pero no sobre la que se ejerce en contra de particulares.⁴ Este trabajo también resulta de suma importancia para el ejercicio profesional, pues la interpretación restringida de las normas jurídicas que regulan la acción de protección ha significado una restricción en la tutela judicial efectiva, lo que obliga a las personas a activar vías judiciales poco idóneas y eficaces para la protección de los derechos constitucionales. La confusión que muestran los jueces en la interpretación de los requisitos generales como específicos de la procedencia de la acción estrecha, cada vez más, el camino de la garantía constitucional y hace patente la necesidad de una serie de reformas a nivel legal.

En definitiva, tanto la falencia doctrinaria como la hermenéutica de los jueces de todos los niveles ha conducido al ciudadano hasta la imposibilidad de saber con claridad qué exigencias tiene la procedencia de la acción de protección frente a terceros. Por eso, este estudio pretende ofrecer algunas luces sobre los puntos a debatirse con profundidad para mejorar el funcionamiento de esta institución jurídica.

El marco teórico utilizado en este trabajo estuvo conformado por dos líneas bastante consolidadas dentro del derecho: la primera, la teoría de los derechos fundamentales, principalmente desde autores como Robert Alexy,⁵ Luigi Ferrajoli,⁶ Maurizio Fioravanti,⁷ Giovanni Guastini,⁸ Julio Estrada,⁹ Rafael Saraza Jimena,¹⁰ entre otros, quienes han abogado por la vigencia de la constitución como norma jurídica y, consecuentemente, que los efectos jurídicos de esta también impregnan a las relaciones

⁴ Álex Valle, *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2012), 13.

⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 607.

⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2001).

⁷ Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones* (Madrid: Trotta, 1996).

⁸ Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional* (Ciudad de México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016).

⁹ Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000).

¹⁰ Rafael Saraza Jimena, *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares* (La Rioja: Universidad de la Rioja, 2008).

entre privados, superando la tesis que sostiene por el contrario que los derechos constitucionales solamente son exigibles frente al poder público.

La extensión de la obligación de respeto a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares sólo fue posible con la transformación del constitucionalismo clásico, al constitucionalismo contemporáneo, y en ese contexto, el tema de la validez de los derechos fundamentales como límite al poder privado tuvo que ser abordado por la teoría. Alexy señala tres niveles de posible configuración de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: el efecto directo, el efecto indirecto y el deber de protección.¹¹ Aunque cabe aclarar que para Mendoza la propuesta del deber de protección no sería una respuesta general al problema de la eficacia, sino una obligación del juez.

Ahora bien, la cuestión se fija entonces en saber si la eficacia de los derechos fundamentales se realiza directamente por el efecto normativo del derecho fundamental que ordena, prohíbe o permite una conducta, siendo que el desarrollo normativo puede precisarlo o delimitarlo con lo que queda integrada la norma constitucional. O, indirectamente, cuando los derechos fundamentales son normas de segundo grado y tienen una función interpretativa. En cuanto al deber de protección, se entiende como una extensión del efecto indirecto, en cuanto obliga al Estado y al juez a utilizar todas las herramientas para proteger dichos derechos.

Esta nueva concepción del constitucionalismo, donde los derechos fundamentales son centrales, tuvo su correlato en la extensión de las garantías secundarias o jurisdiccionales desde aquellas diseñadas solamente para oponerse al Estado a algunas — todavía pocas — oponibles a los particulares. En este punto se acudió a los desarrollos doctrinarios ecuatorianos que dan cuenta de este recorrido.

La segunda aproximación doctrinal está en lo que podríamos llamar la evolución del constitucionalismo, desde sus más iniciales apariciones hasta lo que en la actualidad se denomina neoconstitucionalismo (s), en sus diversas versiones. En este punto partimos del contractualismo, con autores clásicos como Hobbes,¹² Locke,¹³ Rousseau¹⁴ hasta arribar a los más contemporáneos como Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, Ricardo

¹¹ *Ibíd.*, 236.

¹² Thomas Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2009).

¹³ John Locke, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, (Madrid: Alianza, 2014).

¹⁴ Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, (México: Partido de la Revolución Democrática, 2017).

Guastini, José Antonio Estévez¹⁵ y Tomás Domingo.¹⁶ Esto en razón de que entendemos que fue esta abstracción llamada contractualismo, junto con el naturalismo racional, lo que permitió las bases de lo que posteriormente serán los derechos fundamentales.

El pacto social viabilizó la creación del Estado como el ente que entregará leyes, que permitan la existencia digna del ser humano, a cambio de la limitación de ciertas libertades de los individuos. Precisamente por esto, aparecen una serie de caminos (versiones del contractualismo)¹⁷ las que intentarán a su vez explicar cómo se ha de realizar el control del Estado por parte de aquellos ciudadanos que aceptaron la limitación de sus libertades. Así se va construyendo el control del poder. En un primer momento se lo hizo a través de la legislatura, en Europa y a través de los jueces en Estados Unidos. Posteriormente, con la aparición de la idea de que la constitución es norma y de los derechos humanos como normas universales ese control del Estado se convierte en control de constitucionalidad ejercido principalmente por los jueces.

En este devenir fueron claves las nociones de constitución y de constitucionalismo. El constitucionalismo que nació en Europa, en el siglo XVIII, de la mano del reconocimiento de libertades propias del ser humano, rápidamente cede ante el proceso del Estado legal de derecho, que poco a poco relega a la constitución a un segundo plano, anteponiendo la ley, hecho histórico que se produce como resultado del parlamentarismo. En ese sentido, no fue la constitución la que racionalizó la vida en sociedad, con un grupo de libertades y derechos, sino el Código. Así la constitución terminó siendo un pacto político, nada más. Esto por supuesto tiene un desarrollo distinto en Estados Unidos de América donde tempranamente, en el siglo XIX, se creó la noción

¹⁵ José Antonio Estévez, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil* (Madrid: Trotta, 1994).

¹⁶ Tomás de Domingo, “El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: Una aproximación desde la filosofía del Derecho”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas* 11 (2002), <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1528>.

¹⁷ Hobbes asegura que esa cesión de derechos al soberano es irrevocable Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*; Locke señala que es posible oponerse al soberano, si éste ha incumplido el pacto, a través de la rebelión, que permitirá a los seres humanos recuperar aquéllas libertades entregadas al Estado John Locke, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*; y, por su parte Rousseau, partiendo del reconocimiento de la bondad del ser humano, plantea que es la voluntad general la que debe regir sus acciones, en ese sentido, sostiene que la democracia directa, asamblearia, permitirá el control sobre el Estado. El contractualismo actual pone el énfasis en otros aspectos hasta ese momento olvidados Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*. Rawls plantea que la toma de decisiones justas se garantiza por el velo de ignorancia que tienen todos los componentes del contrato social, al desconocer el lugar que ocupan en la sociedad John Rawls, *Teoría de la Justicia* (México: Fondo de Cultura Económica, 1979), y, Habermas en cambio se adentra en la necesidad de asegurar los condicionantes del diálogo social, ya que eso haría que la toma de decisiones sea justa Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 2010).

de la *judicial review*, como mecanismo para limitar el poder de la ley sometiéndola a los principios constitucionales, convirtiendo al juez en un actor político de relevancia.

Para los países que venimos de la tradición europea continental esta idea de constitución que somete a las otras normas del Estado, vía material y formal, solo se produce después de la Segunda Guerra Mundial, pues durante mucho tiempo fue el positivismo legalista el que se impuso. Después de ese acontecimiento que transformó el mundo apareció el llamado neoconstitucionalismo, que entre otras cosas pretende reconocerle la calidad de norma a la constitución y la centralidad de los derechos de las personas como elemento de validez de todo el sistema jurídico.

La evolución del constitucionalismo implica que el control previsto ha experimentado cambios, pues ha dependido de las diferentes concepciones con las que se lo ha implementado en distintas etapas históricas. Así, resulta importante poder responder la siguiente pregunta: ¿cuál ha sido el papel del derecho constitucional al momento de realizarse el control constitucional entre particulares? Sobre el control jurídico, Manuel Argón Reyes señala que constituye un canon de valoración, impone un determinado tipo de razonamiento, caracteriza el agente de control, regula el procedimiento y exige una sanción o consecuencia cuando el resultado es adverso a estos,¹⁸ de tal manera que el conjunto de garantías jurídicas existentes, para realizar el control, caracterizan el Estado de derecho vigente.

Las tesis que se han podido derivar de este análisis teórico-doctrinario hacen relación sobre todo al rol de los derechos fundamentales en el Estado moderno como límite frente al poder. Dicho papel se transforma desde ese punto, que fue propio de la construcción del contractualismo liberal, hasta una protección extendida frente a otros poderes no estatales, sino particulares, que hacen su aparición derivados de los procesos propios del capitalismo tardío como la globalización, en una constante lucha entre libertad e igualdad —como diría Norberto Bobbio—. ¹⁹ La evolución de la tesis del contractualismo fundamentó un control jurídico diferente al que existía cuando este surgió.

Este avance implicó una modificación de concepción. El contractualismo partió de la premisa que señala que se realiza un pacto para generar la convivencia civil a través del Estado, pacto con el que se renuncia a los derechos naturales, para precautelar la vida,

¹⁸ Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder: Introducción a una teoría constitucional del control* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), 145-6.

¹⁹ Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad* (Barcelona: Paidós, 1993).

la propiedad y la libertad, que no están garantizados en el estado de naturaleza. A cambio de la protección de estos derechos, los miembros del pacto se comprometen a obedecer y se establecen garantías a través de leyes para contener el poder que se ha cedido al Estado. Esto evolucionó principalmente cuando Montesquieu señaló que el poder debe tener límites para precautelar que no se atente desde el Estado contra los miembros del contrato social. Para minimizar el poder entregado al Estado se debía dividir el poder y separarlo en funciones.

Sobre la base de esta misma premisa, Ferrajoli señala que es necesario reconocer que la sociedad civil, esfera del derecho privado, es una sociedad donde el estado de naturaleza se reproduce y por tanto es necesario que los poderes emergidos sean controlados por el Estado y así se salvaguarden los derechos fundamentales. Explica que la minimización de los poderes privados, como lo fue la minimización de los poderes públicos, equivale a la maximización de la libertad, de la igualdad y del valor de las personas. Se constitucionaliza el derecho privado y algunos espacios de la vida privada que antes eran intocables, ahora quedan sometidos a los derechos.

Es necesario especificar, en este punto, que esa variación en el sistema económico-político trajo aparejada también una respuesta en el derecho que operó a nivel de la transformación de la naturaleza de la constitución: pasó de ser una mera carta política que organizaba el poder a una norma jurídica, con todas las características de obligatoriedad que le caracterizan frente al Estado y los particulares. Dicho fenómeno se denomina “irradiación constitucional”, pues anteriormente había una clara distinción entre el régimen de tutela orientado a los asuntos públicos y los privados: en el primer caso estaba la estructura de las competencias de los poderes generalmente contenido en la Constitución y, en el segundo, el del Código Civil orientado a regular derechos, pretensiones y, en general, tutela de los derechos de los particulares.

En la actualidad, se acepta de manera general que existe eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, debido a que los sujetos privados cuando actúan lo hacen tomando en cuenta los mandatos, permisiones o prohibiciones derivadas de los derechos fundamentales, dependiendo de si tiene configuración legal plena, exhaustiva o parcial. Desde este punto de vista, la discusión ahora se centra en la forma que tiene dicha eficacia.²⁰

²⁰ Mijail Mendoza Escalante, “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *Pensamiento constitucional* 11 (2005): 235, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7683/7929>.

A partir de este marco conceptual se pasó a revisar los datos empíricos. Para ello se construyó una matriz de operacionalización de variables que permitió realizar el análisis antedicho.

La hipótesis planteada es: En Ecuador, la eficacia de derechos fundamentales entre privados, por medio de la acción de protección, se ha visto enervada por parte de los jueces constitucionales, debido a la ausencia de parámetros interpretativos significantes de las causales de justiciabilidad: discriminación, indefensión y subordinación, que posibilitan el ejercicio de la garantía constitucional y por problemas de diseño de la propia norma legal.

Para avanzar en el testeo de la hipótesis debemos primero aclarar: ¿qué debemos entender por eficacia de la acción de protección frente a terceros?, por ella entendemos la posibilidad del acceso y ejercicio de la garantía de la acción de protección frente a particulares. Ahora bien, para medir este “acceso y ejercicio” hemos escogido ciertas variables: descripción cuantitativa y cualitativa del ejercicio de las acciones de protección; parámetros interpretativos de los jueces constitucionales de las causales de justiciabilidad de las acciones de protección frente a terceros; jurisprudencia de la corte constitucional sobre la procedencia de la acción de protección.

Por otro lado, como hemos mencionado otra dimensión que nos permitirá verificar la hipótesis tiene que ver con las dificultades que ofrece el diseño mismo de la acción de protección frente a particulares.

Tabla 1
Matriz de variables

| Hipótesis | Variables |
|---|--|
| Eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados | Diseño normativo de las acciones de protección |
| | Descripción cuantitativa y cualitativa del ejercicio de las acciones de protección |
| | Parámetros interpretativos de los jueces constitucionales de las causales de justiciabilidad de las acciones de protección frente a terceros |
| | Jurisprudencia de la corte constitucional. |

Fuente: Elaboración propia.

Metodológicamente hablando, se utilizaron como métodos el dogmático-jurídico, el hermenéutico y el histórico. Con el primero pudimos realizar un análisis lógico jurídico de la aplicación de la normativa conforme a la dogmática señalada, estableciendo si la interpretación judicial se ajusta al *telos* del sistema constitucional vigente. También se

apoyó en el método hermenéutico para analizar la corrección del diseño normativo, así como las decisiones judiciales; en cuanto al método histórico, se revisó cómo evolucionó a nivel teórico, pero también normativo y jurisprudencial, el debate en torno a la constitucionalización del derecho privado, aterrizándolo al caso ecuatoriano.

Para establecer cuál es el universo de fallos con el que se trabajó, se consideraron dos parámetros: tiempo (posteriores a la vigencia de la Constitución de 2008) y materia (discriminación, indefensión y subordinación). Es necesario aclarar, en cuanto a la materia, que se escogieron esos tres parámetros de justiciabilidad de la acción de protección frente a particulares: discriminación, subordinación e indefensión, porque se considera que son los más puramente oponibles a particulares.

El universo de estudio estuvo conformado por 206 sentencias dictadas entre 2008 y 2017, divididas en dos grupos: las que corresponden a casos tratados por primera y segunda instancia de acciones de protección, en Pichincha y Guayas, que ascienden a: 114 casos que solamente obtuvieron sentencias en primera instancia y 79 casos correspondientes a fallos que tenían primera y segunda instancia. El segundo grupo se conformó por 13 sentencias de la Corte Constitucional de Acción Extraordinaria de Protección en casos de Acciones de Protección en contra de terceros. Estas trece sentencias fueron identificadas después de revisar 641 emitidas en el período estudiado que correspondían a sentencias de acción extraordinaria de protección.

Para el análisis de los datos se recurrió a técnicas tanto de carácter cuantitativo como cualitativo. Se estudiaron cuantitativa y cualitativamente las sentencias de acción de protección frente a particulares en Pichincha y Guayas desde 2009 hasta 2017, conforme a la base de datos proporcionada por el Consejo de la Judicatura, constante en el Sistema Automático del Trámite Judicial Ecuatoriano (en adelante Satje), y todas las sentencias de Acción Extraordinaria de Protección emitidas por la Corte Constitucional de Ecuador, durante el mismo período.

En el análisis cuantitativo se hizo una descripción general del funcionamiento de la acción de protección frente a particulares, atendiendo a los siguientes indicadores:

- No de sentencias total.
- No de sentencias por instancia.
- No de sentencias por tipo de legitimado activo.
- No de sentencias por tipo de legitimado pasivo.
- No de sentencias por aceptación o rechazo.

- No de sentencias por tipo de derecho invocado.
- No de sentencias por causal de rechazo.

El análisis cualitativo puso énfasis en los argumentos de los jueces, sobre todo los relacionados con los conceptos indeterminados seleccionados como requisitos de justiciabilidad: indefensión, discriminación y subordinación. Para esto se revisó una a una las sentencias y mediante la técnica de saturación se fueron identificando los argumentos más utilizados mediante una ficha.

Las sentencias de la Corte Constitucional se estudiaron cuantitativa y cualitativamente. En lo cuantitativo nos remitimos a la descripción general de los datos y características de las sentencias. En lo cualitativo, revisamos el contenido de estas, teniendo en cuenta lo dicho por esta corte sobre las causales de justiciabilidad de las acciones de protección contra particulares.

Las sentencias de segunda instancia de Pichincha y Guayas se estudiaron cuantitativa y cualitativamente. En lo cuantitativo también se realizó una descripción de los datos y en lo cualitativo se revisó el contenido de estas respecto de los principales argumentos contra particulares.

Los hallazgos de esta investigación se dividen en tres capítulos: el primero esboza los elementos conceptuales y teóricos a partir de los que se estudiarán los casos concretos. Allí se revisan las diferentes teorías construidas para determinar la eficacia que despliegan los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Como dijimos, la doctrina ha identificado el efecto inmediato, el efecto indirecto y el deber de protección, que se trataban de forma autónoma cada una; por lo que se plantea, por parte de Robert Alexy, una eficacia de tres niveles que complementa estas tres teorías y no se las tenga como compartimentos estancos, puesto que para este autor lo relevante es determinar cómo y qué nivel de intensidad influyen los derechos en estas relaciones.

El capítulo segundo hace relación al papel de la acción de protección en el sistema jurídico ecuatoriano como mecanismo para garantizar la protección de derechos frente a terceros. Para este fin empezamos por establecer si el ordenamiento jurídico ecuatoriano cumple con los requerimientos que plantea Ricardo Guastini para su constitucionalización. Posteriormente, se revisó el diseño normativo de la acción de protección frente a particulares y analizó los diferentes componentes de esta garantía constitucional para escudriñar si la misma es suficiente para garantizar el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en este sentido, si posee los sustentos normativos para garantizar su eficacia.

El capítulo tercero realizó el análisis empírico de carácter cuantitativo y cualitativo de los fallos de acción de protección y de acción extraordinaria de protección escogidos. En este se puede determinar cómo se han tratado las relaciones entre particulares por parte de los jueces que conocen acciones de protección, que se pueden señalar según las variables identificadas los parámetros interpretativos o justificativos de orden jurídico y fáctico, que han expresado los jueces en sus fallos, tanto de segunda instancia como de la Corte Constitucional.

También se ha dedicado una parte a las conclusiones, destinadas sobre todo a señalar los aspectos que exigen una inmediata atención por parte de la Corte Constitucional para precautelar la eficacia de la acción de protección y el efecto de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares, además de una posible reforma que pueda determinar una mejor tutela judicial efectivo a través de mejorar el acceso a la justicia.

El trabajo que se presenta no intenta de ningún modo agotar el debate, sino señalar algunas cuestiones que deben ser atendidas por la academia y los sectores involucrados con el derecho y la defensa de los derechos constitucionales.

Capítulo primero

Vinculación de los particulares a los derechos constitucionales: Marco comprensivo y elementos fundamentales

En este capítulo se revisará cómo ha evolucionado la doctrina clásica de los derechos fundamentales²¹ como pieza primordial del constitucionalismo. La idea central sobre la que se edifica dicha doctrina es la de control del poder estatal, principio que se mantiene hasta la actualidad, pero ha ido mutando para integrar a otros poderes particulares como susceptibles de ser limitados desde los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales ganaron terreno y ampliaron su margen de acción para controlar no solo el poder público sino también el privado.

A lo largo de esta parte se revisarán las diferentes etapas del constitucionalismo poniendo énfasis en el desarrollo de una de sus principales características: los derechos fundamentales. Así nos adentraremos en:

- El contractualismo y el advenimiento de la constitución como norma jurídica
- El constitucionalismo y las restricciones al poder privado.
- Efectos del proceso de constitucionalización sobre el derecho privado.

Una vez realizado este estudio es importante abordar el grado de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, es decir, cabe preguntarse ¿con qué intensidad influyen los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares? ¿los derechos fundamentales son un verdadero límite al poder de los particulares? La doctrina ha intentado dar una respuesta que atienda a los diversos niveles de la afectación, planteando que esos efectos pueden ser mediatos, inmediatos o el deber de protección. Ese tema se abordará en el último punto de este capítulo.

²¹ En este punto se indica que, para efecto del presente trabajo, se utilizará el término *derechos fundamentales* y *derechos constitucionales* como equivalentes, debido a que la Carta Magna reconoce como derechos constitucionales a todos los reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos (art. 11.3 de la Constitución de la República del Ecuador, en adelante CRE). No obstante, no excluye otros derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que no se encuentren presentes en estos textos, pero que sean necesarios para el pleno desenvolvimiento, derechos conocidos por la doctrina como innominados (art. 11, num. 7). Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

1. El contractualismo y el advenimiento de la Constitución como norma jurídica

Aunque no es el objetivo central de la tesis debatir sobre el contractualismo es necesario señalar que esta construcción teórica, que sirvió de base para estructurar la idea de Estado, supuso la idea de pacto o contrato social, es decir, de un lado la cesión de una parte de la libertad de los individuos a cambio de obtener garantía de seguridad y paz. Esta entrega no es total, los seres humanos conservan un núcleo inalienable conformado por ciertos derechos, en el que ni el Estado, ni los otros individuos pueden interferir. Precisamente estos son los derechos fundamentales que fueron recogidos, en un primer momento, en declaraciones y luego introducidos en las constituciones.

Los derechos fundamentales adquieren su importancia actual y grado de desarrollo a partir de que las constituciones son aceptadas como normas jurídicas y, por tanto, de obligatoria observancia y acatamiento. Entramos en la etapa en la que los derechos fundamentales se constituyen en la base del ordenamiento jurídico y se convierten en la sustancia del derecho, adquieren una doble dimensión mediante la que sirven de base para frenar el poder del Estado como el de los particulares. Los derechos fundamentales vinculan u obligan a toda la comunidad jurídica.

Desde este marco, revisaremos el proceso de concepción de los derechos fundamentales, su efecto vertical en las relaciones Estado-ciudadano y su efecto horizontal en las relaciones particular-particular. Así, abordaremos la evolución del constitucionalismo explorando brevemente: a) El constitucionalismo de los antiguos, b) El constitucionalismo medieval, c) El constitucionalismo moderno, d) El constitucionalismo contemporáneo.

1.1. El constitucionalismo de los antiguos

En estricto sentido, no se debe hablar de constitucionalismo en el mundo antiguo, sin embargo, se pueden identificar algunos elementos en la estructura jurídico-política de la *polis* griega o la república romana, que incluyen cuestiones que marcan la evolución del concepto de Constitución hasta el presente, tales como la limitación del poder de los gobernantes y la protección de ciertos privilegios que posteriormente se convertirían en derechos.

En Grecia, sobre todo la clásica, se desarrolló la noción de *politeia*, la cual, de alguna manera, podría ser comparada, guardando las proporciones de tiempo y lugar, con la idea de Constitución, pues aquella hacía referencia al Estado como es en realidad. Es decir, la forma del gobierno y la estructura social y económica. A esta idea central que

básicamente describe el Estado, se agrega un ideal, el de la convivencia pacífica, como parte de *politeia*.²²

Este concepto griego cobra fuerza en un momento histórico de franca decadencia política, a mediados del siglo IV a. C., y justamente en ese contexto se presenta “como ideal para recuperar y valorar” la forma de convivencia pacífica de los griegos. Es decir, constituye un remedio a la *stasis*, entendida como conflicto social y político entre ricos y pobres, que constituía el miedo central de la *polis* griega.²³ De hecho, todos estos ideales se plasmaron en la llamada Constitución de Solón, que creó un nuevo cuerpo jurídico que estableció el derecho de apelación y disminuyó requisitos para votar en la asamblea, por lo que se puede afirmar que la Constitución griega también contenía elementos más allá de la descripción de la estructura jurídica.²⁴

Esta postura asumía el texto constitucional como un mecanismo que podía salvar la unidad de la *polis* y prescribir un futuro político estable, un consenso que no se convierta en una carta que contenga una venganza de los vencedores, sino que haga confluir las aspiraciones medias de la sociedad. Era la constitución de los padres que dejaban el camino trazado para las futuras generaciones y que, según Aristóteles, para seguir funcionando, debía entrar a solucionar el problema de la mercantilización de la vida pública y la división y conflicto entre pobres y ricos.

Por ello se aspiraba que en la constitución se establezca una forma de gobierno: monarquía, aristocracia o democracia; que contenga una respuesta duradera a los problemas mencionados y que busque un punto medio que haga el pacto estable, al no provocar que el extremo lleve a tener algún vencedor absoluto en el continuo conflicto de intereses que se presentan. Es decir, los extremos se limitan en favor de la estabilidad. Por ello Aristóteles expresó: “Donde la clase media es numerosa no se producen facciones, ni disidencias entre los ciudadanos”. En esta etapa, la constitución era la carta que servía para dar estabilidad a la *polis*, señalando la forma de gobierno y políticas que se debían implementar para garantizar la unidad.²⁵

²² Julio Speroni, “Antecedentes históricos del constitucionalismo”, *Revista de la Asociación de magistrados y funcionarios de la justicia de la nación* 39/40 (2006): párrs. 17 y ss, <https://es.scribd.com/document/392388372/Antecedentes-historicos-del-constitucionalismo-docx>.

²³ *Ibíd.*

²⁴ Priscila Machado Martins, “El control constitucional de las leyes en Atenas”, *Revista de estudios histórico-jurídicos* 39 (2017): 50-1, <https://www.redalyc.org/pdf/1738/173852912001.pdf>.

²⁵ Maurizio Fioravanti, *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días* (Madrid: Trotta, 2007), 15-31.

Marco Monroy Cabra denomina a esta constitución mixta y la define como una “conciliación entre la democracia y la forma regia y aristocrática”, pues todas las formas de gobierno tenían su manifestación correcta y otra desviada; en ese sentido, lo que no se podía aceptar es la desviación de estas.²⁶ Estos elementos de la estructura del Estado y la forma pacífica de convivencia forman parte, desde ese entonces, del ideal constitucional.

En cuanto a Roma, la evolución sigue una vía diferente. La constitución romana, concepto distinto del moderno, se refiere al conjunto de instituciones, órganos y relaciones que conforman el sistema político y social romano²⁷. Lo que llama la atención de la constitución romana es su estabilidad, que en cierta medida depende de la capacidad de flexibilidad de la misma sociedad romana, pues todos conocemos que Roma transita tres etapas sumamente diferentes: la Monarquía electiva inicial, la República y el Imperio. Según Antonio Duplá a pesar de que estos momentos son distintos, la constitución tuvo gran estabilidad y éxito, según él, a través de la combinación de sistemas de inclusión y exclusión en cada momento.²⁸

Durante la República el mecanismo más sobresaliente fue la ciudadanía, pues representaba la forma de inclusión, que, al estar basada en una relación jurídica y no étnica permitía una ciudad y sociedad abiertas. Así mismo, la articulación entre las instancias de poder fue un rasgo característico de esta época: senado, cónsules y asambleas, lograban cierto equilibrio entre el dominio de la aristocracia a través del senado, los cónsules (ejecutivo) elegidos de entre los nobles y el pueblo que participaba a través de asambleas. Por último, la aceptación de las reglas de juego de todo el conglomerado social hizo que la constitución sea duradera. Como se puede ver, de la breve descripción realizada líneas más arriba, se logró la participación del pueblo en las asambleas para elegir cónsules y hacer leyes.

En el período imperial el modelo político cambia. Se transforma en un liderazgo político militar, que significa para la metrópoli el incremento de su capacidad belicista y la necesidad de concentración del poder, a través de instituciones como aquella que permitía al emperador desconocer al senado temporalmente frente a una emergencia.

²⁶ Marco Monroy Cabra, “Concepto de constitución”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2005*, t. 1 (Montevideo: Konrad Adenauer, 2005), 14-5, https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=25b02320-7cbc-3adf-9482-7b2c7ae42aa7&groupId=271408.

²⁷ Antonio Duplá Ansuastegui, “La constitución romana como mecanismo de inclusión y exclusión”, *Estudios Históricos. Historia Antigua*, 26 (2008): 21-38, <https://revistas.usal.es/index.php/0213-2052/article/view/1582/1646>.

²⁸ *Ibíd.*

Conforme aumentan las conquistas del imperio, también las demandas de los grandes grupos de excluidos: esclavos y mujeres, quienes sí bien ya manifestaban su inconformidad en la época republicana, solo constituyen un problema en el imperio, ya que el vasto territorio romano hace imposible su integración, la que sí se produjo en las pequeñas ciudades estado.²⁹

Desde otra perspectiva, Monroy-Cabra indica que la ciudad romana, comparte con la griega la unidad religiosa, un grupo social reducido y la participación ciudadana, lo que establece un marco para lo que se denomina la constitución mixta, con una diferencia relevante que es la introducción de la diferencia entre una *res* pública y los intereses privados en Roma. Concretamente la *res* pública se configura también como una noción de consenso entre los supuestos excesos del pueblo y la forma oligárquica.³⁰ Esta *res* pública, que se considera del pueblo, integra no a la multitud, sino a aquél grupo que esté reunido sobre la base del acuerdo y el derecho, su origen no puede ser ni violento, ni unilateral, sino pacífico.

Creemos que esta descripción del profesor colombiano sobre todo hace referencia a la etapa de la República romana, en la que como hemos explicado se producen las condiciones de un equilibrio entre el ejercicio del poder por parte de la aristocracia y la participación limitada del pueblo. Esto sin que se pueda olvidar que la sociedad romana delimita a su ciudadanía dejando por fuera esclavos y mujeres, quienes siempre estuvieron excluidos del sistema de poder romano.

1.2. El constitucionalismo medieval

El primer asunto para debatir en este punto es: ¿qué vamos a denominar constitucionalismo medieval? Al respecto, se debe señalar que el Medioevo es un período largo porque abarca diez siglos: inicia en el siglo V con la caída del Imperio romano de Occidente en el 476 y finaliza en el siglo XV —según los estudiosos—, ya sea con el descubrimiento de América en 1492 o en 1453 con la caída del Imperio bizantino. En ese sentido, parece obvio que hay momentos relevantes en la Edad Media en los que aparecen rasgos de algún tipo de constitucionalismo, más que un constitucionalismo propio que pueda ser aplicado a todo este tiempo.

²⁹ Ibid.

³⁰ Monroy Cabra, “Concepto de constitución”, 16.

Desde este punto de vista, el gran acontecimiento medieval que tiene implicaciones en el constitucionalismo moderno es la carta magna de 1215, dictada por el rey Juan Sin Tierra, en Inglaterra. Aunque según varios autores su importancia ha sido exagerada,³¹ existen dos aportes fundamentales para lo que luego será el constitucionalismo moderno: el germen del contractualismo y de la noción de carta fundamental. Si bien es cierto, cabe señalar que estos dos elementos se fueron construyendo poco a poco, siendo la primera pieza la carta original y, posteriormente, sus reformas de 1225 y la de 1297, año en el que este documento se incorporó “a las recopilaciones oficiales de las leyes de Inglaterra”.³²

Como bien apunta Maurizio Fioravanti, la importancia de la Carta Magna en el constitucionalismo moderno solo se puede entender en la medida en que aquellos privilegios concedidos a ciertos nobles, ciudades e iglesias luego se convirtieron en libertades. Asimismo, aquellos procedimientos que estaban destinados a limitar las acciones del rey se tornaron en garantías del debido proceso, una vez que se abandonó la sociedad de los estamentos y corporaciones y se estableció la relación individuo Estado a través de la ciudadanía.³³

En cuanto al contractualismo, la Carta Magna inicia con la necesidad de la legitimidad del gobierno, al exigir un pacto entre el monarca y sus súbditos: en este caso, entre el rey y los nobles. En estricto sentido, no se establece una relación abstracta entre los ciudadanos y el Estado, pero sí el reconocimiento de ciertos privilegios de la nobleza frente al rey. Se debe recordar que varios de estos privilegios ya existían con anterioridad, pero fueron desconocidos por los normandos, por lo que mediante este instrumento se restituyen algunos de ellos para los nobles. Los puntos más destacables de la Carta Magna se encuentran a lo largo de varios de sus capítulos: a continuación, se revisarán los más importantes.

En el capítulo segundo, se aprecia un enunciado general sobre las libertades que el rey se compromete a asegurar en nombre propio y el de sus herederos a todos los hombres libres. Sin embargo, no se trata de una declaración de derechos, sino de una relación de los privilegios y obligaciones entre la autoridad y los señores feudales. La

³¹ Miguel Satrústegui Gil-Delgado, “La Magna Carta: Realidad y mito del constitucionalismo medieval”, *Historia constitucional* 10 (2009), 3-11, <https://www.redalyc.org/pdf/2590/259027582009.pdf>.

³² *Ibid.*, 253.

³³ Maurizio Fioravanti, “La Carta Magna en la historia del constitucionalismo”, *Crónica jurídica hispalense* 13 (2015): 105 y ss, <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/86113/La%20carta%20magna%20en%20la%20historia%20del%20constitucionalismo.PDF?sequence=1&isAllowed=y>.

carta se limitó a confirmar derechos feudales existentes o restablecerlos, ya que habían sido alterados discrecionalmente por el poder de los reyes. Por ejemplo, hay protección a la sucesión hereditaria de los feudos, reconocimiento a las viudas para que se puedan casar inmediatamente después de perder a la pareja, así como a disfrutar de una parte de los bienes del difunto o a permanecer en la casa matrimonial por un tiempo sin ser expulsadas. También establece protecciones para las ciudades y para los comerciantes retomando las costumbres de los burgos, protegiendo los bienes de comerciantes frente a las imposiciones de multas y embargos; de la misma forma, se reformó la legislación de los bosques, ya que en ese momento no eran comunales y estaba prohibida la caza en estos espacios, por lo que se condenaba como bandidos a quienes así procedían.

La parte más importante es la referida a algunos procedimientos judiciales en el capítulo XXXIX, que establece: “Ningún hombre libre será detenido o encarcelado o desposeído o puesto fuera de ley o de cualquier manera destruido, ni le condenaremos, ni le impondremos prisión excepto con el juicio legal de sus pares o conforme a las leyes del país”.³⁴ Esta norma es quizás la que le ha valido mayor fama a la Carta Magna, pues en ella se encuentra un reconocimiento primigenio al debido proceso. En este mismo capítulo es de vital importancia la cláusula que preveía una jurisdicción encargada de aplicar el derecho consuetudinario, el tribunal de *Common Pleas*: este tendría sede fija y no itinerante. Además, esta carta impuso límites a las multas que se establecieron para castigar ofensas.

Dentro de este mismo grupo de instituciones se encuentra el germen del parlamento. La Carta recupera principios del viejo derecho sajón, previo a los normandos, e introduce interesantes innovaciones como el *Common council of our kingdom*, órgano colegiado nombrado por los nobles, que era el encargado de imponer contribuciones especiales solicitadas por el rey o la contribución sustitutoria del servicio de armas para los nobles.

La noción de norma fundamental no está tan clara en la Carta original, pero sí se encuentra en el texto otorgado por Enrique III, en 1225, y se reafirma posteriormente en el texto refrendado por Eduardo I, en 1297. En este punto hay que considerar que el último capítulo de la Carta incluye su autosubsistencia. Es decir, la capacidad de que pueda permanecer en el tiempo a pesar de un posible desconocimiento del rey. De hecho, se establece un mecanismo de garantía que consistía en un consejo de barones que estaban

³⁴ *Ibíd.*, 250.

encargados de vigilar el cumplimiento del texto. Si bien es cierto, el rey no respetó este compromiso y no dejó que funcione el primer consejo, a pesar de que fue nombrado, se fortaleció posteriormente con el rey Enrique III.

Otro precedente medieval lo constituyen los fueros españoles y las denominadas Cortes de León de 1188. Los fueros constituyeron un conjunto de normas para regular la vida de comunidades de campesinos en su relación con el poder regio. Esto se produce sobre todo con el impulso de la reorganización emprendida por Alfonso VI, que permite vincular las particularidades sociales con la política del reino leonés. La aristocracia local fue ganando privilegios frente al rey, exenciones de trabajo y vínculos personales, lo que le permitió desarrollar sus actividades con mayor tranquilidad. Los nobles vecinales alcanzarán predominio en los consejos locales a finales del siglo XI, por lo que la participación política de estas nuevas fuerzas sociales y económicas forman parte del entramado jurisdiccional de la Corona, el Reino de León.

Vital importancia revistió el reinado de Alfonso IX, quien asumió el gobierno de San Isidoro de León. Las Cortes reunidas en 1188 decidieron reconocer las buenas costumbres establecidas por los antecesores del monarca y lo que es más relevante se aclara que el rey, junto a los grupos sociales, participan y toman las decisiones del reino, a tal punto de decidir activamente cuestiones sancionatorias. Desde ese punto de vista, los fueros locales permitieron la autonomía organizativa y legal de las comunidades, que luego fue el soporte y base de la jurisdicción del rey.³⁵

Más allá de la carta magna o los fueros españoles y sus importantes contribuciones, en términos generales, se podría decir que el constitucionalismo medieval terminó por llevar la costumbre al campo de las reglas, de los pactos y contratos. Se piensa en un órgano, luego parlamento, como el lugar en donde se debían realizar y discutir los pactos a los que llegue la sociedad. Esto derivará en el debate central del constitucionalismo moderno en Inglaterra entre una constitución mixta en la que se determinen “los límites entre lo que el rey podía y debía hacer por sí y lo que el rey estaba obligado a hacer en el parlamento”³⁶ un equilibrio que impida el exceso de las prerrogativas del reino en detrimento de las prerrogativas del parlamento o al revés.

³⁵ Ángel Gordo Molina y Diego Melo Carrasco, “Las Asambleas de León C. 1188 y la participación ciudadana en el mundo medieval”, *Historia* 396 (2015): 136-45, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5628004>.

³⁶ Maurizio Fioravanti, *Constitución, de la Antigüedad a nuestros días: El Instrument of Government de la Commonwealth (1653-1657)* (Madrid-España: Editorial Trotta, 2007), 65.

1.3. El constitucionalismo moderno

En 1649, se presentan en Inglaterra dos sucesos importantes: a) la condena a muerte del Rey y b) la abolición de la Cámara de los Lords, hechos con los que las bases de la constitución mixta desaparecen. Surgió entonces la dictadura de Cromwell,³⁷ momento en el que existió una constitución escrita, proceso en el que se prescindió de la figura del rey. Esta situación no duró mucho tiempo y se volvió a pensar en la exigencia de contrapesar, de moderar y equilibrar el poder, lo que finalmente dio paso a la Edad Moderna.³⁸

Para comprender la transformación que se produce en la Edad Moderna es fundamental tratar la cuestión del contractualismo.

En el estado de naturaleza, el hombre se imponía por la fuerza al o la clase más débil, siguiendo la ley del más fuerte y ejerciendo su libertad a expensas de los demás. Esta situación llevó al surgimiento del contrato social, una convención hipotética en la cual se crea el Estado y todos los habitantes de una nación ceden parte de su libertad en favor de la seguridad colectiva y la protección de sus derechos naturales.

Un ente más fuerte que todos los hombres es el único capaz de dirimir los conflictos entre estos y crear las condiciones necesarias para que las leyes que se convengan sean respetadas, para que exista paz. Hobbes indicaba que “los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre en modo alguno”.³⁹ Señalaba que es algo más que consentimiento o concordia que cada hombre de forma conjunta confiere y que era como si cada uno dijera: “Autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis (sic) a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera”.⁴⁰

A este ente que concentraba todo el poder, en 1651 Hobbes llamó Estado, gran Leviatán o Dios mortal, al que se le debería la paz y defensa porque: “en virtud de esta autoridad que se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de

³⁷ Ricardo Cueva Fernández, “Una constitución republicana inglesa: El *Instrument of Government* de la *Commonwealth* (1653-1657)”, *Derechos y libertades* 26 (2012): 261-96, <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18234/DyL-2012-26-cueva.pdf>.

³⁸ Fioravanti, *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días*, 62-70.

³⁹ Hobbes, *Leviatán o la materia*, 137.

⁴⁰ *Ibíd.*, 141.

todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos en el extranjero”.⁴¹

Con ello, ese estado tan infeliz de estar en guerra continua terminaría y las injurias que entre hombres se perpetraran estarían sujetas a un árbitro, que aseguraría un resultado que por efectos del pacto que se ha concertado, se tendría que acatar, sin que necesariamente signifique que esta decisión fuese justa o no. Con ello se asegura un orden que permitiría la convivencia en sociedad, pues al estar sometidos a un único poder todos sabrían a qué atenerse.⁴²

Para Hobbes, la propiedad no es un derecho natural que precede al gran Leviatán; para él, en el estado de naturaleza todo pertenece a todos. La propiedad surge a partir de que se pueden hacer pactos entre unos y otros sin temor; esto es, a partir de la existencia del Estado, que es a quién se ha delegado la fuerza para hacerlos cumplir, rechazando utilizar la fuerza propia.⁴³ Entonces es el poder del Estado el que concede la propiedad, la protege o la elimina.⁴⁴

Sin embargo, según analiza Ignacio Sotelo, John Locke en 1690 contradice a Hobbes cuando desarrolla sus *Dos tratados sobre el gobierno civil*, con los que busca legitimar el nuevo orden establecido después de la revolución, que dejó con doble poder a la Corona y el Parlamento en Inglaterra, y con la conquista de las propiedades realizada luego de vencer. En esta línea, afirma que la propiedad es anterior al Estado y, por tanto, es un derecho natural y el Estado se crea para protegerlo.⁴⁵ No obstante, Sotelo observa que Locke tuvo el acierto de determinar de forma original que

El trabajo crea y sustenta el derecho de propiedad; es mío aquello que he confeccionado con mi trabajo, actividad que lleva pasar de la posesión común a la propiedad individual, como un derecho exclusivo sobre aquello que uno ha elaborado sobre su trabajo. [...] Si en el «estado de naturaleza» la propiedad existe ya plenamente desarrollada, la economía que se fundamenta en la propiedad privada responde a un orden natural inmodificable.⁴⁶

Locke realiza la defensa de este argumento señalando que, si el octavo mandamiento es no robar, este no existiría si todo hubiese sido siempre de todos, razón por la que concluye que la ley divina reconoce implícitamente la propiedad. Ante esta

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Ignacio Sotelo, *El Estado social: Antecedentes, origen, desarrollo y declive* (Madrid: Trotta, 2010), 31.

⁴³ Hobbes, *Leviatán o la materia*, 118-9.

⁴⁴ Sotelo, *El Estado social*, 32-3.

⁴⁵ *Ibíd.*, 34.

⁴⁶ *Ibíd.*, 37.

premisa que justifica la propiedad desigual de los hombres, Sotelo señala que Simone Weil se preguntaba si la propiedad es un derecho natural: ¿por qué se han visto despojados tantos de un derecho que pertenecería a la esencia misma de la persona?⁴⁷

Locke justifica la unión de los hombres en sociedad y la consecuente existencia del Estado para preservar la propiedad; además, señala que si bien los hombres en el estado de naturaleza poseen la libertad más grande que pueda existir, se encuentran en constante incertidumbre y con la amenaza de ser invadido por otros, lo que no le permite disfrutar tranquilamente de sus vidas, libertades y posesiones: a todo esto, lo llama propiedad.⁴⁸

Señala que, en el estado de naturaleza, al hombre le faltaban muchas cosas para poder preservar su propiedad, con el Estado como la única vía para conseguir sus fines. No había una ley establecida, fija y conocida que haya sido aceptada por consentimiento común, que ayudara a superar las controversias. Concomitantemente con esto, también falta un juez imparcial que resuelva los pleitos que surgen entre los hombres, según la ley establecida. Asimismo, falta un poder que respalde y dé fuerza para ejecutar las sentencias dictadas por los jueces.⁴⁹ Estas son, a decir de Locke, las causas por las que el hombre prefiere vivir en sociedad; por el contrario, se observan muy pocos casos en los que aún pervive en el estado de naturaleza, donde, por el inconveniente que genera el poder que tiene cada hombre para castigar las transgresiones que se presentan en su contra, pone en peligro su propiedad.

Advierte que en el estado de naturaleza el hombre tiene dos poderes: a) hacer todo lo que le parezca necesario para su preservación y la de otros, dentro de los límites que le impone la ley de la naturaleza; y b) puede castigar, según le parezca, la violación a la ley de la naturaleza. A estas prerrogativas son las que renuncian los hombres para proteger de mejor manera sus propiedades, que se encuentran amenazadas por la “corrupción” y “maldad” de los hombres degenerados.⁵⁰

Así deciden confiar su bienestar en las leyes, que si bien es cierto van a restringir la libertad, la igualdad y el poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, garantizarán la preservación de su libertad y propiedad de una mejor manera, pues no se puede entender que un ser racional cambie su situación con el deseo de ir a peor. Esta es

⁴⁷ *Ibíd.*, 36-7.

⁴⁸ Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, 158-9.

⁴⁹ *Ibíd.*, 159-60.

⁵⁰ *Ibíd.*, 161-2.

la razón por la que la nueva legislatura instituida no puede ir más allá de lo que amerita el bien común, siendo su obligación garantizar la propiedad de cada uno al protegerlo de las deficiencias que hacían del estado de naturaleza, vivir constantemente de forma insegura y difícil.⁵¹ Por ello, sobre el papel que jugaba la ley en la nueva legislatura, Locke afirmaba:

quienquiera que ostente el supremo poder legislativo en un Estado está obligado a gobernar según lo que dicten las leyes establecidas, promulgadas y conocidas del pueblo, y a resolver los pleitos de acuerdo con dichas leyes, y a emplear la fuerza de la comunidad, exclusivamente para que esas leyes se ejecuten dentro del país; y si se trata de relaciones con el extranjero, debe impedir o castigar las injurias que vengan de afuera y proteger a la comunidad contra incursiones e invasiones. Y todo esto no debe estar dirigido a otro fin que no sea el de lograr la paz, la seguridad y el bien del pueblo.⁵²

Además, como consecuencia del pacto realizado, también los súbditos se obligan a obedecer las leyes promulgadas por el Estado, precisamente por ser parte de este y la delegación que han realizado.⁵³ Con las leyes que el Estado dicta, la libertad natural de los individuos es restringida, cuyo fin de las leyes es dicha restricción, sin la cual no podría lograrse que entre ellos no se infrinjan daño y que más bien se respetaren unos a otros y se mantengan unidos contra su enemigo común: la invasión extranjera contra su Estado.⁵⁴

La libertad de movimiento o actuar queda reducida, conforme señala Hobbes, al espacio donde el Soberano no ha dicho nada a través de la ley; dicha libertad, en algunos sitios es mayor y en otros es más pequeña, en algunos tiempos más que en otros, de acuerdo como lo considere conveniente quienes tienen la soberanía.⁵⁵ Entonces:

derecho es libertad, concretamente, aquella libertad que la ley civil nos deja. Pero la ley civil es una obligación y nos arrebató la libertad que nos dio la ley de naturaleza. La naturaleza otorgó a cada hombre el derecho a protegerse a sí mismo por su propia fuerza, y a invadir un vecino sospechoso, por vía de prevención; pero la ley civil suprime esta libertad en todos los casos en que la protección legal puede imponerse de modo seguro. En este sentido *lex* y *jus* son diferentes de obligación y libertad. [...].⁵⁶

De ello resulta que el poder político individual es transferido al Soberano, que es el representante colectivo de los individuos. Mediante la representación se cede el poder,

⁵¹ *Ibíd.*, 162.

⁵² *Ibíd.*, 162-3.

⁵³ Hobbes, *Leviatán o la materia*, 217.

⁵⁴ *Ibíd.*, 220.

⁵⁵ *Ibíd.*, 179.

⁵⁶ *Ibíd.*, 237.

con lo que no resta más que obedecer los dictados del Soberano a cambio de la seguridad individual.

Rousseau, en este sentido, discrepaba de Hobbes, pues si bien coincidía en que existía una voluntad colectiva para organizarse como sociedad, rechazaba la cesión de poder inherente a la representación, puesto que para él los legisladores eran depositarios de la confianza del pueblo: el pueblo es quien puede decidir cuál debía ser la forma de gobierno de la república y es el único que puede darse sus propias leyes, ya que sería ilógico que él mismo pudiera infringirse daño. Por ello, el pueblo es el que decide si aprueba lo realizado por sus representantes o retira sus acciones al determinar que ha traicionado su confianza.

Locke, ante la posibilidad de que se pudiera ejercer la fuerza sin autorización (traición a la cesión realizada), especificó que no cabe otra cosa que oponerse a ella mediante la fuerza también, haciendo uso del derecho a resistir. Rousseau no compartía aquello y señaló que la representación vista como la transferencia de poder crea una comunidad de esclavos.⁵⁷

Respecto de este punto, Maurizio Fioravanti señala que la mayor virtud de Locke es haber sido el primero en formular, de manera clara y firme, la distinción entre poder absoluto y moderado. En el primero, un único sujeto tiene el poder legislativo y el ejecutivo; y en el segundo, los dos poderes son distintos y pertenecen a sujetos distintos.⁵⁸

Se observa que bajo esta concepción, libertad y legalidad van de la mano en el nuevo estado civil, posterior al estado de naturaleza. Al respecto Montesquieu en 1747, en su obra *Del espíritu de las leyes*, advirtió que “la libertad política no consiste en hacer lo que uno quiera [...]. La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que, si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrán igualmente esta facultad”.⁵⁹

Montesquieu temía que la libertad en un régimen monárquico como democrático terminara en un gobierno despótico, si este no se aseguraba un mecanismo para garantizar el cumplimiento de la ley. Montesquieu graficó al gobierno despótico con el siguiente ejemplo: “Cuando los salvajes de Luisiana quieren fruta, cortan el árbol por su pie y la cogen”.⁶⁰ Esto explica que la naturaleza humana tendría que sublevarse indefectiblemente

⁵⁷ Francisco Cortés Rodas, “Los fundamentos normativos de la democracia y el problema de la representación política”, 13-5, <http://www.saavedrafajardo.org/Archivos/respublica/numeros/25/04.pdf>.

⁵⁸ Fioravanti, *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días*, 93.

⁵⁹ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* (Madrid: Alianza Editorial, 2003), 204.

⁶⁰ *Ibíd.*, 102.

contra el gobierno despótico, pero esto no pasa en la mayoría de los pueblos, a pesar del amor de los hombres por la libertad y el odio contra la violencia. Montesquieu indicó que “para formar un Gobierno moderado hay que combinar los poderes, regularlos, atemperarlos, ponerlos en acción, poner lastre, por así decir, a uno para que pueda resistir a otro: es una obra maestra de legislación, que el azar consigue rara vez y que rara vez se deja en manos de la prudencia”.⁶¹

Ahora bien, ¿quién es el que debe dictar las leyes y quién es el que debe ejecutarlas? Estas eran las preguntas que este sistema debía definir para que la libertad no se encontrara en peligro en un Estado moderado. Planteó la distribución de poderes e indicó que “para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”. Explicó así que la “libertad política no se encuentra más que en los Estados moderados; ahora bien, no siempre aparece en ellos, sino solo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente una inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites”.⁶²

Este profundo debate aportado por el liberalismo, desde la perspectiva política y filosófica, da paso a la noción de individuo que luego se conformará en ciudadano con derechos frente al Estado y exigirá del mismo la abstención de actuación en una esfera específica: la de la autonomía individual. La no intervención del Estado, así como el reconocimiento de la propiedad como derecho fundamental con Locke —y, por tanto, el producto del trabajo como propio—, hacen posible el surgimiento del librecambismo que apoya la libre circulación de las mercancías y la propiedad privada, lo que da origen al mercado autorregulado.

En este entramado aparece lo que podríamos llamar constitucionalismo moderno, en el que los derechos fundamentales adquieren su importancia actual, a partir de entonces las constituciones son aceptadas como normas jurídicas y, por tanto, de obligatoria observancia y acatamiento. Esto es lo que sustenta al constitucionalismo moderno. Sin embargo, el desarrollo del constitucionalismo europeo tuvo diferencias sustanciales respecto del constitucionalismo de Norteamérica. Ahora brevemente se revisará el valor dado a la constitución en la Revolución francesa y en los Estados Unidos de América.

⁶¹ *Ibíd.*, 107-8.

⁶² *Ibíd.*, 205.

La idea de fijar límites empezó a cristalizarse cuando se visualizó el peligro que corría la propiedad, la cual como concepto contenía a la libertad y a la vida. Los humores de la mayoría podrían desatarse en contra de las minorías, poniendo al inicio en peligro las cosas que habían logrado obtener para sí, desde el estado de naturaleza y con las que pasaron a la sociedad civil como que desde siempre les hubieran pertenecido o fueran inherentes a ellas. Si no se tomaban las precauciones necesarias podrían las mayorías con la ayuda del Estado despojar de la propiedad a sus dueños, corriendo peligro también la libertad y la vida, que eran componentes de la propiedad.

La constitución se convertiría en el instrumento jurídico para proteger a las minorías de este peligro. Chomsky señala que Aristóteles, antes que Madison, pero al igual que este, en su respectivo momento histórico, reconocieron que la democracia era la mejor forma de gobierno posible o tal vez la menos mala. Sin embargo, la falla de este sistema, para el que había que idear una solución, era que la gran masa de pobres podría usar su poder a través del voto y tomar la propiedad de los ricos, lo cual sería injusto.⁶³

Chomsky señala que Aristóteles y Madison llegaron a plantear soluciones opuestas para corregir la falla del sistema democrático. Aristóteles sugirió reducir la desigualdad con medidas que llegarían a ser propias de lo que se conoce como Estado benefactor; mientras que para Madison la respuesta era reducir la democracia. Por esta razón, Gordon Wood afirmaba que la constitución era intrínsecamente un documento aristocrático diseñado para controlar las tendencias democráticas del periodo.⁶⁴

La Constitución en Norteamérica —y el valor que tiene al establecer la separación de poderes, pesos y contrapesos creados para contener entre sí dichos poderes— está determinada por los instrumentos de defensa creados para el reconocimiento y observancia del texto constitucional. El peso de hacer prevalecer la carta constitucional de 1787, erigida luego de dejar de ser colonia inglesa, se lo dejó a los jueces, quienes, a pesar de no ser representantes democráticamente elegidos del sistema, eran los menos propensos a atentar contra las minorías, no así el poder ejecutivo y el legislativo que tienen fuente popular.⁶⁵

En *El Federalista*, James Madison acogió la preocupación de las lamentaciones de quienes creían que en democracia “frecuentemente se adoptan decisiones, no según las reglas de la justicia y los derechos de la minoría, sino por la superior fuerza numérica de

⁶³ Noam Chomsky, “¿Cuál es el bien común?”, *El Telégrafo*, 19 de enero de 2014, 12.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución* (Madrid: Alianza Editorial, 2006), 103-204.

una mayoría interesada y prepotente”.⁶⁶ Por tal razón indicaba que para precautelar la existencia de la libertad era necesario establecer garantías para la sociedad frente al Estado, pero también garantías para proteger a las minorías de un eventual abuso democrático, puesto que si las mayorías se unen por un interés común, los derechos de la minoría estarían en peligro.⁶⁷

Hamilton, otro de los padres fundadores, en *El Federalista* LXXVIII, se decanta por la independencia judicial y el control jurisdiccional sobre los actos del legislativo, para fiscalizar las infracciones que se produzcan contra la Constitución. Señaló que, al tener este poder, los jueces no se encontraban por encima del poder legislativo, pues lo que podían hacer era declarar nulas las decisiones contrarias a la Constitución, que fue dictada por el pueblo:

El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa.

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido.

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son. [...]

Esta independencia judicial es igualmente necesaria para proteger a la Constitución y a los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo, y que, aunque pronto cedan el campo a mejores informes y a reflexiones más circunspectas, tiene entre tanto la tendencia a ocasionar peligrosas innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario de la comunidad. [...]

Pero no es solo en el caso de las infracciones a la Constitución como la independencia de los jueces puede constituir una salvaguardia esencial contra los efectos de esos malos humores circunstanciales que suelen penetrar a la sociedad. No solo sirve

⁶⁶ Roberto Blanco Valdés, *La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana* (Barcelona: Universidad de Barcelona, 1996), 12.

⁶⁷ *Ibíd.*, 12.

para moderar los daños inmediatos de las ya promulgadas, sino que actúa como freno del cuerpo legislativo para aprobar otras, pues percibiendo este los obstáculos al éxito de sus inicuos designios que son de esperarse de los escrúpulos de los tribunales, se verá obligado a modificar sus intentos debido a los móviles de la injusticia que medita realizar.⁶⁸

Como se puede observar, el debate sobre quién es el que debe ser el guardián de la supremacía de la Constitución por sobre la ley se había presentado previo al establecimiento del modelo norteamericano. En 1803, el caso *Marbury vs. Madison* sería el que definiría a los jueces como garantes de la vigencia de la Constitución en Norteamérica. El caso se presentó en 1801, cuando John Adams, presidente saliente de los Estados Unidos, como último acto de su mandato, nombró a 42 miembros de su partido como jueces de los distritos de Columbia y Alexandria, cargos creados mediante una última ley de su mandato, el 13 de febrero de 1801, denominada Ley de Organización Judicial (*Judiciary Act*).

Al tomar posesión Thomas Jefferson como nuevo presidente de Estados Unidos, el nuevo secretario de Estado, James Madison, se negó a entregarle el nombramiento a cuatro de los 42 jueces nombrados, a quienes no se los había entregado John Marshall, exsecretario de Estado de John Adams y actual presidente de la Corte Suprema. Ello ocasionó que Marbury acudiera a la Corte Suprema para demandar que se dictara una orden para que el nuevo secretario de Jefferson extendiera el nombramiento y lo posesionara de su cargo.

En 1803, la Corte Suprema, con el Juez John Marshall a la cabeza, antes de resolver el asunto de fondo, determinó que la ley que amparaba a Marbury a acudir directamente a la Corte Suprema a plantear su caso y pedir que se emitiera un mandamiento al secretario de Estado era inconstitucional, puesto que la Constitución había establecido que la misma era órgano de cierre del sistema y no de primera instancia. Este fallo deja claro que los jueces son los competentes para dirimir estos conflictos, pero su mérito central consistió en determinar que tienen la capacidad para nulificar normas provenientes de los representantes e interpretar el texto constitucional, siendo obligatoria esta interpretación para el resto de las funciones del Estado.⁶⁹

⁶⁸ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014), 332-4.

⁶⁹ Clemente Valdés, "Marbury vs. Madison: Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos", *Juridicas UNAM*, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11604/10615>.

Con esto se garantizaba un árbitro para la pugna entre poderes del Estado, con lo que el ciudadano podría actuar libremente en el mercado, pues los pesos y contrapesos previstos harían que el Estado no interfiriera en el ejercicio de esta libertad; esto conseguiría que la propiedad, la libertad y la vida estuviesen protegidas de un posible abuso democrático de las mayorías.

En este contexto, se aboga por un Estado mínimo para evitar su interferencia en las libertades individuales que se desenvuelven en la sociedad. En este enfoque, se considera que el mercado es el mejor ámbito para ejercer estas libertades, ya que se autorregula por sí mismo. Según lo planteado por Adam Smith, en el mercado opera la “mano invisible”, un principio de autorregulación que sugiere que las acciones individuales en búsqueda de intereses personales contribuyen de manera inconsciente al bienestar colectivo.⁷⁰ El juez tiene la función de controlar los excesos que el legislador pueda cometer en contra de la libertad garantizada por la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos establecidos en la Constitución.

Al otro lado del continente las cosas fueron diferentes. En primer lugar, por la fuerza de los acontecimientos y los objetivos que se plantearon: la Revolución Francesa terminó por establecer la supremacía de la ley en lugar de la supremacía de la constitución, porque la pugna estuvo siempre latente entre el poder ejecutivo y el legislativo. Este último que fue el que terminó ganando la batalla de definir que sus actos eran superiores al del resto de poderes, lo que debía ser así por tener la representación popular. La superioridad política del parlamento terminó por determinar su supremacía jurídica.⁷¹

Rousseau confiaba en lo que podían hacer los representantes de la mayoría mediante la promulgación de las leyes para generar el bien común y la igualdad. Al respecto decía: “Es precisamente porque la fuerza de las cosas tiende a destruir la igualdad por lo que la fuerza de la legislación debe siempre tender a mantenerla”.⁷² Es decir, el Estado, a través de las normas y de la aplicación de estas por los jueces, debe intervenir en las relaciones entre particulares para controlar los excesos que en el mercado se producen y que generan desigualdad.

⁷⁰ Ramiro Ávila Santamaría, “Retos de una institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos”, en *Neoconstitucionalismo y sociedad*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 25.

⁷¹ Blanco Valdés, *La configuración*, 18-9.

⁷² Gerardo Pisarello, *Un largo termidor: Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011), 76.

Blanco Valdés señala que este reflejo se expresó en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuando se estableció que la ley es la expresión de la voluntad general. De ello se desprende que es la Asamblea Nacional la que puede interpretar dicha voluntad general y no los jueces, que están subordinados a esta; es decir, los jueces no pueden irse contra la ley, mientras que en Norteamérica los jueces podían anular la ley.

Para ello se creó un mecanismo, denominado *référé*, con el que se remitía al poder legislativo la facultad última de interpretar la oscuridad del texto de la ley. Así, cuando por más de dos ocasiones el fallo de un tercer tribunal era impugnado con idénticos argumentos que los anteriores, esta duda tenía que ser enviada al poder legislativo para que aclare la duda en la interpretación, que tendría que ser acatada por el tribunal.⁷³ El valor que se le dio a la Constitución fue de naturaleza política y no jurídica como ocurrió en Norteamérica.

Como se ha observado, el contractualismo establece que el Estado desempeña el papel de policía para proteger la libertad y la propiedad. Asimismo, en virtud del principio de igualdad ante la ley, todos, incluidos los gobernantes, están obligados a cumplirla, debido a su naturaleza general y abstracta. En este sentido, se otorga al Estado el poder punitivo y se establecen tribunales de justicia que se basan en el código civil y penal para resolver conflictos entre particulares y proteger los contratos y la propiedad. Sin embargo, los límites del legislador que encarnaba la voluntad del pueblo solamente estaban en la dificultad que se encontraba para la producción de la ley; esto es, obtener la voluntad mayoritaria de los legisladores para la creación del acto normativo.

Conforme afirma Fioravanti, la Revolución Francesa nace para consolidar un nuevo poder, el del legislador mediante la ley; mientras que la americana para limitar un poder ya existente, puesto que consideraban que el Parlamento inglés había rebasado los límites de su competencia.⁷⁴ La ley se erige en Europa como garantía de los derechos individuales. En este continente, la ley pasó a constituirse en la garantía de la libertad. No obstante, seguía rondando la preocupación de Rousseau respecto de que el legislador pudiera desobedecer la voluntad del pueblo, razón por la que propuso como freno, al mismo pueblo, al determinar la posibilidad de que este sea el que pudiera aprobar su trabajo. El temor a que el autoritarismo del poder absoluto experimentado en el *Anciane*

⁷³ Blanco Valdés, *La configuración*, 20-1.

⁷⁴ Maurizio Fioravanti, *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales* (Madrid: Trota, 2014), 39.

Regimen pudiera reencarnarse en el Estado —contra el que se revelaron *por* concentrador de la propiedad y opresor de la libertad— hizo que se estableciera la división de poderes.

Con todos estos elementos se impulsó el Estado de derecho, sustentado en la pertenencia del individuo a la nación que le garantiza ser sujeto individual de derechos, los que se conceden por ella gracias a la soberanía que ejerce a través de la Constitución. Entonces, los derechos debían ser protegidos por la ley del Estado, que debía ser construida con la participación limitada de los diferentes poderes, tras haberse establecido mediante las reglas constitucionales, en las que no primaría la voluntad política unilateral de uno de ellos.⁷⁵ La ley del Estado era la encargada de garantizar los derechos individuales, con la Constitución como la que distribuía las atribuciones, ayudada por los órganos creadores de la ley que debían actuar en este proceso. Esta garantía evitaría la absolutización de uno de ellos, no se cuestionaba el producto resultante de ese proceso.

Entonces, el Estado-policía, por medio de las decisiones del poder judicial, tenía solamente que vigilar que las obligaciones que se contrajeran entre los particulares —a través de los contratos, que eran denominados la ley del mercado— se cumplan pues el juez, al ser “boca de la ley”,⁷⁶ no podía revisar lo pactado entre las partes, ya que lo estipulado en los contratos es fruto de la voluntad-libertad de cada una de ellas. Teniendo en cuenta que se encuentran en igualdad de condiciones al momento de contraer obligaciones, ambos gozan de la misma capacidad jurídica para obligarse y todos, en virtud de la igualdad formal, son iguales ante la ley y están obligados a cumplirla: a esto se denomina *justicia conmutativa*.⁷⁷

Combatir la arbitrariedad fue el objetivo principal del sometimiento de la administración pública a la ley, bajo el entendido de que esta, al ser dictada por los representantes del pueblo, era el consentimiento que el Estado tenía para irrumpir en la libertad de las personas, sin poder ir más allá de esta autorización. Al ser la ley la

⁷⁵ *Ibíd.*, 51.

⁷⁶ Montesquieu concibió al juez como un mero aplicador mecánico de la ley. Según su visión, dado que el legislador representa al pueblo soberano, la validez de la ley no podía ser cuestionada, y por ende, el juez no tenía la facultad de realizar valoraciones al aplicarla.

⁷⁷ Este tipo de justicia es la que se aplica generalmente en materia contractual, en la que no se tiene en cuenta la condición de los contratantes, pues se parte del principio que estas, al momento de contraer obligaciones, se encuentran en igualdad de condiciones. Labourdette, por su parte, la define como “aquella situación en la cual buscamos producir o restablecer un equilibrio, una equivalencia objetiva, en las relaciones entre dos particulares que, desde este preciso punto de vista, actúan de igual a igual”. Labourdette, citado en Gonzalo Sánchez, “Acerca de la justicia en Santo Tomás de Aquino”, *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, 91, http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1332/rev28_sanchez.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

representación de la voluntad del pueblo, para su validez y vigencia solamente se debía verificar que los órganos, con competencia para el efecto, la hayan dictado conforme los procedimientos previstos, dejando de lado la posibilidad de revisar su contenido. En tal sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, en su artículo 4, expresaba: “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley”.⁷⁸

Se asumía la ficción de que la libertad del hombre, como ente individual y autónomo que se encontraba en el estado de naturaleza, ahora tenía el límite de vivir en sociedad, lo que genera derechos respecto de otros hombres. Así, en virtud del contrato social, tenía que abstenerse de realizar actos que perjudicaran a la colectividad, los cuales serían, al limitar su libertad, los que se establezcan por la misma colectividad a la que él pertenecía, a través sus representantes. Se establece la lógica que al ser el mismo quien se limita, a través de sus representantes, su libertad no se ve afectada, porque es voluntario tal acto: ya no se obedece a un individuo por fruto de la fuerza, sino que se obedece a la ley como expresión de la voluntad general.⁷⁹

Si se transgrede la ley y se afecta a un individuo, este adquiere el derecho a reclamar el daño por aquello, con lo que la libertad tiene el freno de la igualdad ante la ley y así queda refrendado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuando en su artículo 5 se establece: “La ley solo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena”.⁸⁰

Para resguardar la libertad mediante el derecho que genera igualdad ante la ley, se recoge la división entre el derecho público y el derecho privado, diferencia tomada del derecho romano que estableció que el primero era el que trataba sobre el gobierno de los romanos y el segundo sobre la utilidad de los particulares y está fundado sobre la

⁷⁸ Francia Asamblea Nacional, *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 26 de agosto de 1789, art. 4, http://www.pudh.unam.mx/declaracion_DH_hombre_ciudadano.html.

⁷⁹ Bernard Groethuysen, *Filosofía de la Revolución francesa* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1989), 183-4.

⁸⁰ Francia Asamblea Nacional, *Declaración de los Derechos del Hombre*, art. 5.

propiedad. En el derecho privado predomina el interés individual y en el público el interés general.⁸¹

El libre propietario se convierte en el símbolo del derecho, en ella dispone su dueño, nadie puede arrebatársela, lo que sucede internamente en ella en donde vive su familia no es sujeto de intervención, pero que sucede con aquel que no tiene propiedad: ¿podría volverse esclavo o dependiente del que sí la tiene? Esta interrogante fue dejada de lado al albergar la esperanza de que algún día un individuo que trabaje lo necesario podrá llegar a adquirirla, con tal que fuese serio en su trabajo, algún día podrá lograrlo. Las garantías para que ello ocurriera estaban recogidas por el Código Civil Napoleónico.⁸²

La ley se vuelve el instrumento más fuerte del Estado nacional soberano, al que ni la propia Constitución podía oponerse. El control judicial de constitucionalidad apareció en el momento que se volvió necesario que se pueda revisar el resultado del proceso legislativo. Es decir, la ley como tal.⁸³

Esta construcción jurídica fue cuestionada a finales del siglo XIX por el surgimiento de las demandas de los trabajadores. Al mismo tiempo que se extendió a todos los países europeos e incluso a sus colonias, allende los mares, el código civil y el código penal, se replicaron la organización de los trabajadores y la exigencia de unos derechos que hasta ese momento habían sido ocultados y escamoteados en la abstracción de que todos eran iguales ante la ley. Las grandes movilizaciones obreras de finales del siglo XIX y principios del XX: la de Nueva York de 8 de marzo de 1857, la de Chicago de 4 de mayo de 1886, en Hay Market y, la de las camiseras de Nueva York de 1909, introducen en la escena mundial no solo un nuevo actor social: el trabajador organizado, sino un conjunto de exigencias que se plasmarían en el llamado constitucionalismo social, que reconoce al ser humano en su situación concreta, en desigualdad de otros y genera la protección de los derechos de los trabajadores. Obviamente las movilizaciones a las que nos referimos no fueron espontáneas, nacieron de unas condiciones históricas de expansión del capitalismo industrial y su ineficiente regulación a través de las normas civiles, que, al reconocer a todos como iguales ante la ley, terminaban reproduciendo las condiciones de explotación de un grupo: los trabajadores, a favor de los dueños del capital.

⁸¹ Carlos Alberto Cárdenas Sierra, *Autonomía privada y autonomía de la voluntad: Elementos para el diálogo entre Tomás de Aquino y Amartya Sen* (Río de Janeiro: Universidad Católica de Petropolis, 2014) 9-28.

⁸² Groethuysen, *Filosofía de la Revolución francesa*, 216-8.

⁸³ Fioravanti, *Constitucionalismo*, 53-4.

No podemos olvidar que los trabajadores europeos, justamente para enfrentarse a la explotación se organizaron internacionalmente, bajo el lema de “proletarios del mundo uníos”. En estos espacios, llamados Conferencias Obreras Internacionales, se generó la simiente del movimiento sindical que llevó adelante las demandas de reconocimiento de los derechos laborales y sociales.⁸⁴

En términos de derechos humanos, este proceso reconoce una nueva dimensión del ser humano, ente concreto e histórico, que se desenvuelve en un marco específico de relaciones con otros, como la relación laboral. Las demandas de: salario mínimo, jornada máxima, descanso, huelga y libertad sindical fueron incorporándose a las Constituciones revolucionarias, la mexicana de 1917 y la soviética de 1918 y de allí se expandieron a la mayoría de las constituciones del mundo occidental.

Paralelamente a estos hechos que se producen en la realidad de los pueblos, la teorización del derecho, a finales del siglo XIX y principios del XX, no solo que está asentada sobre el positivismo, sino que tiene una reformulación, quizás la más importante de todos los tiempos con Kelsen.

Kelsen aporta al derecho su ferviente intención de hacerlo ciencia pura, el derecho establecido en enunciados normativos debe analizarse por separado de los elementos históricos, sociológicos o políticos. Como se puede ver va en contrasentido de lo que se produce en la realidad. En su teoría pura del derecho determina que el enunciado normativo que está escrito es el objeto de estudio del derecho. La norma no puede estar ligada a la moral⁸⁵ sino que se supone absolutamente lógica y autolegitimada.

La separación de la moral y la ley de esta forma tan contundente dio lugar a una legitimidad autorreferenciada: la ley es válida porque es ley, porque la dictó el legislador mediante un procedimiento. Este hecho, no tardó, en ciertos contextos específicos, en convertirse en arbitrariedad y totalitarismo. Buena parte de los teóricos del neoconstitucionalismo atribuyen a este hecho el surgimiento del totalitarismo⁸⁶ nazi;

⁸⁴ La primera Conferencia se realizó en 1864 en Londres, la segunda en 1889 en París, la tercera en 1919 en Moscú, y la cuarta en 1921 en Viena.

⁸⁵ Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982), 15.

⁸⁶ En esta tesis utilizamos la noción de totalitarismo para referirnos al nazismo considerando el concepto recreado por Hanna Arendt. Para esta autora el totalitarismo es una forma de gobierno, distinta a las dictaduras o tiranías, que pretende organizar y contralar toda la vida, tanto pública o privada, de los ciudadanos, volviéndolos superfluos. Para ello deben concurrir –dice- varios elementos: concentración del poder en una sola persona, creación de un movimiento de masas, terror como mecanismo de sometimiento, abolición de los derechos de las personas, uso de la propaganda y utilización del derecho, manipulando la legalidad con el objetivo de cumplir con sus metas. Si bien señala que durante toda la historia se produjeron sistemas parecidos, la “monstruosa originalidad” de los totalitarismos del siglo XX es que hace superfluos

nosotros consideramos que, si bien es una variable que debe considerarse, no es la única y quizás ni siquiera la más importante que aporta a la comprensión del surgimiento del nacional socialismo, sin embargo, lo opuesto sí es trascendental, el cuestionamiento a la autolegitimidad de la ley como una de las razones que permitió el nazismo llevó a la necesidad de considerar los derechos humanos, como pacto universal, más allá de las leyes nacionales, como normas que permiten la identificación de leyes injustas y por tanto inválidas.

Los totalitarismos nazi y fascista de Europa obligaron a reflexionar la necesidad de un nuevo modelo constitucional para combatir las consecuencias de la imposibilidad de revisar las leyes injustas.⁸⁷ Nació la necesidad del control constitucional judicial y se erigieron los derechos fundamentales como un freno contra los posibles abusos que pudieran infringir los poderes públicos a los ciudadanos.⁸⁸

1.4. El constitucionalismo contemporáneo. Los derechos fundamentales y la Constitución como norma jurídica en Europa

Se concibieron los derechos fundamentales —luego de las catástrofes humanas de la Segunda Guerra Mundial—, bajo una perspectiva individual, como intereses que se encuentran jurídicamente reconocidos a cada sujeto y que el Estado se encuentra en el deber de ayudar a su realización, cuando se pretenda alcanzar únicamente un objetivo permitido y útil para todos, y el interesado así lo requiera expresamente.⁸⁹

Cabe recordar que el ensanchamiento o reducción de la libertad, dado a lo largo de la historia, en su momento determinó la legalidad de la esclavitud y después su abolición. Se ensanchó la libertad de los esclavos en detrimento de la libertad de los propietarios de esclavos. Bobbio al respecto indicaba que “los derechos humanos, por muy fundamentales que sean, son derechos históricos, nacen gradualmente, no todos de

a los hombres, el peor de los males —sostiene— viene del mal banal, rutinario e irresponsable. Hanna Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, t. 1 (Madrid: Alianza, 1987).

⁸⁷ Werner Kagi, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado* (Madrid: Dykinson, 2005), 68.

⁸⁸ Ávila Santamaría, “Retos de una institucionalidad estatal, 22-4.

⁸⁹ Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000), 37-8. Jellinek, citado por este autor, define el derecho subjetivo como “la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o un interés. Solamente el reconocimiento jurídico de la potestad de querer dirigida a un bien o un interés puede producir esta individualización del derecho, su conexión con una determinada persona, que es uno de los elementos esenciales del derecho subjetivo”.

una vez y para siempre, en determinadas instancias, caracterizadas por las luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes”.⁹⁰

A partir de 1948, la Constitución fue vista desde Europa como el freno para evitar las catástrofes humanas que generó la falta de control constitucional de los actos legislativos. Para ello emergió sobre la base del principio de supremacía constitucional: la carta magna como norma jurídica y ya no solo como norma política o como instrumento encargado de establecer las atribuciones y funciones de los diferentes poderes de un Estado. Para lograr esto, se creó un tribunal constitucional que garantizaría el cumplimiento de estas normas y sería el intérprete máximo de ella, relegando a la función legislativa de esa labor, por lo que pasó de ser controlador a ser controlado.

La Constitución es el punto de partida y de llegada de los actos de las autoridades públicas: se fortalece como un freno al Estado, mientras que la ley se instituye como el freno para los actos de los particulares; el poder político se encarga de instituir que los demás individuos no traspasen los límites de sus derechos y el poder judicial de vigilar que aquello se produzca.

Se puede observar que, tanto en Europa como en Norteamérica, con las diferencias conceptuales esgrimidas y temporales también, se termina por entregar a los jueces la facultad de controlar al poder legislativo y de vigilar que la legislación no contradiga a la Constitución. En Europa se busca reforzar el precepto de que los derechos fundamentales son el freno construido para evitar los abusos de poder del Estado, y en Norteamérica se privilegia también la Constitución como árbitro del ejercicio del poder, así como se protege y trata de potenciar el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado.

La Constitución como norma jurídica actualmente se fundamenta en los principios de supremacía constitucional y de aplicación directa. Se establecen garantías procesales para hacerla efectiva, para auto tutelarse contra el quebrantamiento de las autoridades que ejercen el poder público que, por otra parte, también tienen el deber de respetarla. Para asegurar su continuidad en el tiempo, se establece su dificultad de reforma o cláusulas pétreas que impiden que sea fácilmente modificable.

En esta perspectiva, uno de los puntos más desarrollados, tanto teórica como en la práctica, ha sido la noción de garantías. Ferrajoli indica que existen dos tipos de garantías: a) las primarias, en las que se encuentran las obligaciones positivas del poder que le constriñen a hacer, y las obligaciones negativas del poder, que le imponen abstenerse de

⁹⁰ Bobbio, *Igualdad y libertad*, 24.

realizar acciones para no lastimar los derechos; y b) las garantías secundarias que controlan o vigilan la realización de las primarias. Las primeras establecen directamente la obligación al legislador de encaminar su producción normativa y adecuarla al fin de desarrollar los derechos que se encuentran escritos en el texto constitucional, así se garantizan los derechos mediante la producción de la ley. Las segundas, de índole procesal, que se encomiendan a los órganos jurisdiccionales, deben actuar si fallan las primeras.⁹¹

Pisarello explica que en el derecho moderno es muy frecuente que las garantías legales se encuentren positivizadas en la misma constitución, con el ánimo de no dejar al humor del legislador o de la política la concreción de estos. Dar contenido al derecho a la vivienda, al trabajo, a la libertad de expresión, a la educación, le corresponde al legislador, pero han existido ya experiencias en las que, dicha concreción, no se cristaliza por falta de voluntad política, razón por la que incluso se han explorado remedios como la inconstitucionalidad por omisión o las sentencias aditivas en las que los tribunales constitucionales llenan el vacío del legislador. Esto es prácticamente lo que siempre se ha discutido que podría llegar a constituirse en la judicialización de la política, pues se estaría invadiendo el espacio del legislativo por parte de los jueces.

Pisarello explica que las garantías jurisdiccionales podrían no ser suficientes para la falla de las garantías primarias, pues ¿qué sucedería si al igual que el legislativo, el poder judicial también yerra y no controla la acción u omisión en la concreción de los derechos fundamentales? No podrían ponerse todas las esperanzas en la actuación de un poder judicial “bueno”, así como se las depositó en el poder legislativo. Por ejemplo, la función jurisdiccional no tiene experiencia y tiene reticencia para controlar las acciones u omisiones de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que aún en algunos casos no son considerados verdaderos derechos, sino que constituyen expectativas de desarrollo progresivo.

Así, aboga por la efectivización de garantías sociales que haga participar a los grupos excluidos en la construcción de la garantía de sus derechos y no sigan siendo vistos como objeto de ellos, sino como sujetos que los construyen. Por ejemplo, a través de las iniciativas populares normativas, de las asambleas ciudadanas, en los que el inicio del debate, desde los mismos colectivos, les dé legitimidad y perdurabilidad a sus conquistas,

⁹¹ Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho* 29 (2006): 15-31, <https://doxa.ua.es/issue/view/2006-n29>.

con la finalidad de que no sean fácilmente reversibles gracias al cambio de fuerzas políticas o el humor institucional coyuntural.⁹²

En este contexto, no debemos perder de vista que el ámbito privado se fortalece a lo largo del tiempo dado el espacio concedido y los privilegios otorgados. Aumenta su poder debido a la acumulación patrimonial, lo que inevitablemente impacta socialmente. Desde la Edad Media se fue fortaleciendo dicha acumulación, debido a la transmisión de la propiedad por herencia, la práctica del comercio, el préstamo a interés y la usura, las actividades productivo-comerciales de los gremios y corporaciones, que incluso pasan a ser más poderosos que el mismo Estado. A lo largo del tiempo, la lucha entre lo público y lo privado es constante: lo público busca reducir las libertades particulares y el espacio privado trata de resistir dicho ataque, además de frenar, internamente, las aspiraciones individuales de independencia o ruptura de los intereses comunitarios de algunos de sus miembros.⁹³ En este sentido, Cárdenas Sierra señala:

En los últimos 1000 años, el conflicto se ha agudizado y ha habido alternancia de poderes. Cada vez que ha habido fragmentación en la sociedad política, los poderes privados —de fuerte base patrimonial— han sido hegemónicos; cada vez que la sociedad política se ha fortalecido y ha logrado centralización autoritaria —como en la época moderna—, lo privado ha cedido secretos; ha terminado por perder intimidad, pues el poder público y sus medios de control social han venido aireando, revelando, publicando sus vergüenzas y perversiones. Y, además, ha perdido control hacia dentro, puesto que las aspiraciones individuales —azuzadas y apoyadas por los medios de información y de comunicación— entran en rebelión fácil contra los sueños familiares.⁹⁴

En este forcejeo, para precautelar la no invasión de su espacio y más bien expandir su influencia y achicar el espacio público, el poder privado empezó a influenciar la construcción de lo público con su arma más importante: su patrimonio. Empezó a hacer participar a los representantes de sus intereses al dotarles de todas las herramientas para ganar, de tal forma que puedan llegar a los congresos o asambleas, para que los protejan mediante sus actuaciones. Menos leyes, más libertad, menos desarrollo de derechos desde lo público, pues —según ellos— el mercado es el que da y quita derechos. Más mercado y menos derechos. Control para el Estado y no para ellos mismos.

En este contexto, las corporaciones transnacionales adquirieron gran fuerza y resquebrajaron las paredes del Estado-nación que se sustentaba en la soberanía. Incluso

⁹² Gerardo Pisarello, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿Qué garantías?”, *Dialnet*, 3-10, <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/174864.pdf>.

⁹³ Cárdenas Sierra, *Autonomía privada*, 19-20.

⁹⁴ *Ibíd.*, 20.

llegan a ser más fuertes que el propio Estado, haciendo que estos releguen sus decisiones socioeconómicas a su agenda. Las empresas operan fuera de sus países de origen, globalizan su economía y permeabilizan la de los Estados, incluso llegan a tener ingresos superiores al producto interno bruto de los propios países. Para su protección, crean sus propios tribunales y normas por las que regirse, se instaura el precepto de privatizar las ganancias y socializar las pérdidas,⁹⁵ constituyen —por su expansión— una amenaza contra la democracia. Los monopolios se reparten el mercado como feudos, con sus respectivos siervos. Sin embargo, para que su propia construcción y modelo no se vaya en contra de ellos mismos, se vieron obligados a controlar algunos actos ejecutados en nombre de la libertad, como la segregación racial en Norteamérica o la desigualdad salarial entre hombres y mujeres en Alemania.

La constitución como norma jurídica trajo consigo la constitucionalización del ordenamiento jurídico, lo que implica, según Ricardo Guastini, la transformación del ordenamiento jurídico sufrida por la impregnación de las normas constitucionales; esto acarrea el poder de una constitución para condicionar las leyes, la jurisprudencia, la doctrina, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales.

Se ha podido observar, de esta manera, cómo el advenimiento de la Constitución —como norma jurídica vinculante y con garantías jurisdiccionales para su concreción— ha traído el efecto directo e inmediato de sus cláusulas como una fuerza expansiva que también llega a alumbrar el espacio de los particulares, en el que hasta antes de que se la considerara como norma jurídica no podía entrometerse en estos espacios de la vida privada.

2. El constitucionalismo y las restricciones al poder privado

Los derechos como un freno al poder privado han empezado discutiéndose en los tribunales. Brevemente se repasará cómo se presentó, en sus inicios, el debate en la jurisprudencia de Norteamérica y de Alemania, teorías que en la actualidad se conocen y se tratarán más adelante. En segundo momento, se definirán los modelos constitucionales provenientes de estas dos experiencias y las restricciones que plantean al poder privado.

Norteamérica. Pablo Contreras señala que la construcción de esta doctrina tiene como principal efecto que los derechos constitucionales solo afecten a las relaciones

⁹⁵ Pedro Ramiro, Érika González y Juan Hernández Zubizarreta, “El poder de las empresas transnacionales”, *Diagonal Periódico*, 21 de noviembre de 2013, <https://www.diagonalperiodico.net/global/20825-poder-empresas-transnacionales.html>.

Estado-ciudadano; es decir, se presenta verticalmente. Para el ámbito de las relaciones entre particulares, el axioma sin acción estatal es el que prevalece. Existe como única excepción consensuada la enmienda XIII, que prohíbe la esclavitud y servidumbre, la realización de trabajos forzados sin previa condena judicial. Este texto constitucional obliga al poder público y privado, pero es algo muy excepcional.⁹⁶

En su relato, Contreras evidencia que el mayor problema de Estados Unidos ha sido convivir con la segregación racial, que conlleva la degradación de los afroamericanos y no les reconoce ser iguales ante la ley. Refiere que la Corte Suprema justificó esta actitud con la doctrina del *State Action*, tanto que declaró la inconstitucionalidad, en 1875, de la legislación, que el Congreso había promulgado para hacer efectivas las enmiendas XIII, XIV y XV. En concreto, determinó que era inconstitucional la acción de la legislatura para sancionar la discriminación por motivos de raza en lugar de acceso abierto al público:

En Civil Rights Cases, la Corte decide la inconstitucionalidad del Acta sobre la base de cinco casos que se elevaron para su conocimiento. Dos de ellos —los dirigidos contra Stanley y Nichols— correspondían a acusaciones entabladas por negar el acceso a un hotel a personas de color. Otras dos acusaciones —las dirigidas contra Ryan y Singleton— se basaban en la negativa a personas de color para acceder a las dependencias de teatros. El último caso —dirigido contra la Compañía de Ferrocarriles de Memphis y Charleston— se trataba de una multa impuesta bajo el Acta por motivo de la negación de acceso al vagón de las mujeres a una mujer de ascendencia africana. Estos cinco casos, radicados en Cortes de distintos circuitos, elevaron una cuestión de constitucionalidad ante la SC respecto de los §1 y 2 del Acta de Derechos Civiles de 1875.⁹⁷

La Corte Suprema se amparó en la literalidad de la enmienda XIV, que prohibía al Estado privar a una persona de su libertad, propiedad y vida sin el debido proceso legal para dejar sin efecto las leyes impugnadas; cerró los ojos para no eliminar las prácticas privadas que ofendían la igualdad ante la ley. De tal modo, esta norma constitucional no amparaba a los afroamericanos para reclamar el abuso del que eran objeto por parte de particulares. Al no tener una ley que viabilice dicho reclamo o detenga esas acciones, unos se encontraban autorizados para segregar a los otros. La Corte Suprema de Estados Unidos, como árbitro, privilegió el modelo de estado mínimo de no acción estatal y legalizó esta tragedia humana y usó esta doctrina para defender la realización de actos racistas entre particulares.

⁹⁶ Pablo Contreras Vásquez, *Poder privado y derechos: Eficacia horizontal y ponderación de los derechos fundamentales* (Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2009), 70.

⁹⁷ *Ibíd.*, 74.

Posteriormente, la Corte Suprema dejó sin efecto una ley que establecía que los trabajadores de Nueva York no podían trabajar más allá de sesenta horas semanales, por el caso *Lochner*, en el que un panadero fue condenado por infringir esta regla. Sin embargo, la Corte, bajo los principios de libertad contractual y de igualdad de las partes en el mercado —que implica que si una persona intercambia bienes es porque así lo desea, porque de lo contrario no lo haría—, determinó que dicha ley era invasiva de la esfera privada, pues no podía permitirse una injerencia del Estado que se entrometiera en la voluntad del trabajador de vender su fuerza de trabajo.⁹⁸

Contreras refiere que la evolución del *State Action* ha surgido precisamente de las acciones discriminatorias. La Corte Suprema ha expresado que cuando un particular realice una acción en contra de otra persona, que conlleve de alguna manera la intervención del Estado, queda esta proscrita. Al efecto incluso ha llegado a determinar que cuando particulares realicen funciones públicas autorizadas por el Estado, como puede ser en el ámbito electoral o educativo, también se encuentra prohibida la discriminación. Una vuelta de tuerca se produjo cuando la Corte Suprema reconoció como una restricción discriminatoria en la que el Estado interviene, la ejecución por parte de los tribunales de una cláusula contractual que prohibía que una casa se pudiera vender a una persona afroamericana. El conocido caso *Shelley vs. Kraemer* en 1948.⁹⁹

La Corte Suprema no reparó en que todo contrato discriminatorio para poder ejecutarse debía demandarse ante los tribunales, con lo que, indiscutiblemente, el Estado podría revisar su contenido, en el que existía un efecto indirecto de la constitución debido a que los particulares quedaban sujetos a la interpretación que pudieran realizar los tribunales. Sin embargo, este precedente se lo dejó de lado posteriormente, lo que produjo efectos interpartes nada más, pues la misma Corte procedió a ignorarlo. Después, la Corte modificó su criterio para volver a distinguir si existe o es ausente la presencia de la acción estatal como criterio para que la Función Judicial intervenga en los conflictos entre particulares.¹⁰⁰

Alemania. Bajo este contexto, la mayoría de tratadistas relata que el inicio sobre la discusión del efecto de los derechos fundamentales frente a terceros comienza en Alemania, en 1950, con Hans Nipperdey, quien publicó el trabajo *Igual salario de la mujer para igual prestación*. Este trabajo sostuvo que los derechos fundamentales

⁹⁸ *Ibid.*, 77-8.

⁹⁹ *Ibid.*, 96-7.

¹⁰⁰ *Ibid.*, 127.

vinculan de manera directa a las relaciones jurídicas entre particulares, por lo que al dársele menos salario que a un hombre al trabajo de la mujer, a pesar de que realizaba la misma prestación, se estaba vulnerando el principio de igualdad.¹⁰¹ El 15 de enero de 1955, el Tribunal Federal Laboral acogió esta tesis y declaró nulas todas las prescripciones legales que infringían un trato discriminatorio en cuanto al salario percibido por hombres y mujeres.

Lo propio sucedió en 1957, cuando el mismo Tribunal declaró que el despido que se amparó en una cláusula contractual que preveía la terminación unilateral del contrato por parte del empleador, si la dama empleada contraía matrimonio: era nulo por lesionar sus derechos a la protección del matrimonio y la familia, la dignidad de la persona y desarrollo de la personalidad.¹⁰² Nipperdey también proclamaba que los derechos fundamentales irradian todo el ordenamiento jurídico privado, pues “el orden jurídico forma una unidad. Y todo derecho tan solamente rige en base y en marco a la Constitución”,¹⁰³ lo que deroga, modifica, completa o crea disposiciones jurídico-privadas. Para él, la norma constitucional debía aplicarse sin límite en donde exista una relación vertical de desigualdad, entre individuo y poder individual o de grupo. Esto como consecuencia del advenimiento del Estado social.

Sin embargo, señaló que cuando se trate de relaciones entre particulares que se encuentren en una situación de igualdad jurídica y de una efectiva o casi completa igualdad fáctica, se suprime en principio la finalidad protectora de los derechos fundamentales y se da paso a la autonomía privada y la libertad contractual. Por regla general sostenía que todo negocio jurídico que vaya en contra de la esencia de los principios constitucionales era nulo.¹⁰⁴

Esto es conocido doctrinariamente como “protección frente a uno mismo”¹⁰⁵ y pregona que la autonomía privada y la libertad contractual no pueden prevalecer ante una

¹⁰¹ Neuman-Nipperdey-Scheuner, citado por Rafael Jiménez Saraza, *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares* (La Rioja: Universidad de la Rioja, 2008), 92-3.

¹⁰² Mendoza Escalante, “La eficacia de los derechos fundamentales”, 3.

¹⁰³ Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, 106.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 107-8.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 200-6. La protección frente a uno mismo es la que el Estado debe brindar ante la autolesión voluntaria de un derecho, realizada mediante estipulaciones contractuales donde, por ser la parte más débil de la relación, no ha podido reaccionar ante esta imposición de facto, en vista de que su libertad negocial está visiblemente afectada por las circunstancias. Un ejemplo de lo expuesto se dio cuando un agente comercial se comprometió contractualmente a distribuir de manera exclusiva los productos de una empresa de bebidas. Por esto, en una de las cláusulas, se estipuló que, una vez terminada la relación contractual, el agente no podría realizar actividades de distribución para ninguna otra empresa por el lapso de dos años, sin derecho a indemnización alguna. El agente no cumplió con el lapso estipulado, por lo que fue demandado y condenado civilmente, tanto en primera y segunda instancia, y fue absuelto de la misma

situación de desigualdad fáctica vulneradora de derechos fundamentales. Actuar de otro modo sería concebir la libertad contractual en términos formales y no reales. Nipperdey reconocía que no todos los derechos fundamentales son oponibles a los particulares, ya que hay algunos que solamente le competen al Estado y no tienen doble dimensión.¹⁰⁶

Con estos postulados, Nipperdey dejó en jaque a la seguridad jurídica y al principio de sujeción del juez a la ley, pilares del Estado liberal, pues desaparece la división entre el derecho privado y el derecho público: el primero que era autónomo y que se autorregulaba (mercado) y el segundo solo debía actuar como garante de las libertades de la igualdad formal (libertad negativa).¹⁰⁷ De estas dos corrientes se puede evidenciar la existencia de dos modelos de constitucionalismo, que respecto del ámbito privado adoptan dos posiciones distintas. A continuación, se revisarán estos dos modelos y las restricciones que plantean para el poder privado: i) el constitucionalismo libertario y ii) el constitucionalismo social.

i) *El constitucionalismo libertario* afirma que el Estado tiene el deber de dejar que se desarrollen libres, sin cortapisas, la autonomía privada y la libertad contractual, que son afianzadas por la seguridad jurídica. La corriente libertaria ha sostenido, a lo largo de la historia, que, para proteger la libertad de los individuos, efectivamente, debe existir la ley, pero estas deben ser mínimas y se debe preferir la inacción del Estado (libertad negativa) a la acción de este, (libertad positiva). Félix Ovejero identifica las siguientes tesis principales que respaldan esta posición: a) la tesis de la incompatibilidad esencial entre igualdad y libertad;¹⁰⁸ b) la tesis de responsabilidad;¹⁰⁹ c) la tesis de la propiedad;¹¹⁰ y d) la tesis de los derechos negativos.¹¹¹

La primera tesis —incompatibilidad esencial entre igualdad y libertad— implica que la libertad es la ausencia de interferencia. Por tal razón, los subsidios o retribuciones que puedan recibir ciertos grupos de la sociedad atentan contra la libertad por ser intromisiones del Estado, que decide, de forma paternal, que unos tienen que pagar, por ejemplo, más impuestos y que a otro grupo debe entregársele más recursos para

por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que declaró que dicha cláusula era contraria al derecho constitucional a la libertad de empresa del agente.

¹⁰⁶ *Ibid.*, 106-8.

¹⁰⁷ *Ibid.*, 73-4.

¹⁰⁸ Félix Ovejero, *La libertad inhóspita* (Barcelona: Paidós, 2002), 26.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*, 27.

¹¹¹ *Ibid.*

compensar su falta de dinero.¹¹² Con ello, estas medidas, que pretenden más igualdad, afectan la libertad y distorsionan el mercado que se fundamenta en que, al ser todos iguales, nadie debe recibir ayuda.

No obstante, refiere que esta tesis no considera que “el dinero es el pasaporte universal”. Así, si se tienen recursos, se puede acceder a la propiedad y con ello a las interferencias que gobiernan la vida, pues si no se es propietario, no se puede usar un bien; es decir, se está interferido. Las redistribuciones no constituyen una disminución de la libertad, sino una reasignación de esta.¹¹³ En consecuencia, no es incompatible la igualdad con la libertad.

La segunda tesis —de responsabilidad— implica que los individuos deben asumir las consecuencias que sus acciones generan. O sea, su esfuerzo debe ser recompensado (buenas decisiones), pero si se equivocan no se les debe ayuda, porque se equivocaron libremente, fue su decisión equivocarse. Las instituciones públicas no han sido creadas para proteger a las personas de sus elecciones, eso sería una intromisión del Estado. Señala que, según esta tesis, obligar a pagar impuestos a todos para proteger o asegurar a los que han tomado malas decisiones equivale a un robo.

Esta posición adolece de una deficiencia, pues se infiere en ella que el mal no elegido es el que debe atenderse. Se deduce así qué si se nace en el seno de una familia pobre, en una zona geográfica donde discriminan por el color de la piel, ese infortunio no fue una elección, sino consecuencia del azar. Entonces, el Estado debería intervenir para compensar este “mal”. Es decir, emplear políticas redistributivas de la riqueza para las personas que les haga falta en exceso recursos para poder subsistir con dignidad. Por ello, esta tesis resulta incongruente con lo que propugna.¹¹⁴

La tercera tesis —de propiedad— reivindica que a) la distribución natural o inicial de la propiedad es la justa y b) la redistribución de la riqueza que realiza el mercado es la correcta, por tanto, el Estado agrade la libertad individual cuando interfiere impositivamente a través de la ley.¹¹⁵ Sostiene que los recursos externos deben estar al alcance del individuo y no depender de la decisión de la comunidad; es imposible la realización de la libertad cuando el Estado impone la obligación de ayudar a los pobres,

¹¹² *Ibíd.*, 25-6.

¹¹³ *Ibíd.*, 29.

¹¹⁴ *Ibíd.*, 30.

¹¹⁵ *Ibíd.*, 26.

pues se dispone de las capacidades individuales, obligación que se impone a la fuerza y no por un acuerdo libre.¹¹⁶

Estas premisas chocan con lo que propugna el capitalismo, que reconoce que la propiedad es indispensable para que exista libertad. Se sostiene que en el capitalismo el trabajador es libre de vender su fuerza de trabajo, mientras que el esclavo no lo es, lo que vendría a demostrar que las relaciones contractuales entre empleadores y trabajadores son libres. Sin embargo, podría decirse de la relación obrero-patrono —en la que el obrero, al carecer de recursos— se ve obligada a vender su fuerza de trabajo y no a decidir si lo hace o no.

La cuarta tesis —de los derechos negativos— sostiene que la existencia de los derechos es para proteger libertades básicas y se justifican siempre que garanticen la no intromisión. En tal sentido, los derechos sociales no se justifican porque para desarrollarlos se requiere intromisión o accionar del Estado. La línea que separa a los unos de los otros es muy clara. Se tiene a la libertad de expresión, la propiedad y la vida, para los que no se requiere de recursos para su protección, cuya violación es sencilla de reconocer. Es difícil identificar cuando se vulneran los derechos sociales, porque jamás se puede saber cuándo están satisfechos estos derechos para las personas; además que, para atender estos derechos, hay que quitar recursos a unas personas para atender paternalmente y procurar buena vida a otras.

Ahora bien, una posición contraria refiere que estas premisas no resultan exactas por cuanto para proteger la propiedad sí se requiere de recursos, por ejemplo, de jueces, de policía, de burocracia, que ordenadamente guarde un registro. Pero además no hay garantía de que, por ejemplo, se pueda garantizar la propiedad en igual medida a todos y con la misma cantidad de recursos. El Estado debe decidir donde asigna más elementos policiales para proteger el derecho a la propiedad: si en el sector donde viven personas de ingresos altos o donde viven las de ingresos bajos.

El Estado debe priorizar porque no existen recursos infinitos. Asimismo, se indica que no es necesario que haya interferencias, pero al momento de que el cuerpo de bomberos se encuentre presto para atender y proteger los incendios de propiedades, esos recursos son aportados por todos, incluso por los que no poseen ninguna propiedad.¹¹⁷

¹¹⁶ *Ibid.*, 27.

¹¹⁷ Stephen Holmes y Cass Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2011) 31.

Por ello, Ovejero concluye que “la libertad de vivir como uno quiere requiere de medios”.¹¹⁸

ii) *El constitucionalismo social*, sobre la falta de control del ámbito privado, señala que la libertad que se le otorgó al mercado y la crisis de la “mano invisible” fue creando grupos excluidos, que, a lo largo de la historia, mediante feroces luchas, lograron obtener su propia legislación, para reivindicar sus derechos-libertades y aplacar la posición a la que los dejó expuestos el mercado. Estas fueron las leyes de trabajadores, inquilinos, consumidores, niños, niñas y adolescentes, mujeres, discapacitados, indígenas, afrodescendientes, grupos LGBTIQ+, por ejemplo.¹¹⁹ Estos procesos históricos, al ir expandiendo la libertad de estos grupos, mediante el reconocimiento de sus derechos, menoscabaron paulatinamente el reinado normativo del Código Civil, pues este fue diseñado para aplicar una justicia conmutativa y no distributiva, como la que se requiere ante el reconocimiento de la situación de desigualdad en la que se encuentran estos grupos excluidos.

Estos triunfos fundamentales fueron recogidos en un primer momento en Constituciones concretas como la de México y la de Weimar, y luego de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En casi todas las constituciones, esta Declaración, dictada a raíz de la debacle humanitaria y de la evidente crisis de la ley como fuente reina del derecho, supuso el paso de las constituciones de meros programas políticos a verdaderas normas jurídicas, desplazando a la ley y colocándose por encima de esta. Como indica Bobbio: “La conquista de una libertad concreta por parte de un individuo o de un grupo se resuelve siempre en una falta de libertad de otros: la libertad de la tortura implica la no-libertad de los torturadores, así como la libertad de la explotación implica la no-libertad de los explotadores”.¹²⁰

Empieza un proceso de constitucionalización o publicización del derecho privado, donde las fuentes de las obligaciones ya no son solamente la ley, el contrato, el cuasicontrato, los delitos y los cuasidelitos,¹²¹ sino también la constitución. Sobre la base de estas consideraciones surge la siguiente interrogante: ¿por qué se vuelve tan necesario e importante el proceso de constitucionalización del derecho privado?

¹¹⁸ Ovejero, *La libertad inhóspita*, 77.

¹¹⁹ Ramiro Ávila Santamaría, “Del estado social de derecho al estado constitucional de los derechos y justicia: modelo garantista y democracia sustancial del estado”, en *Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2008), 42-4.

¹²⁰ Bobbio, *Igualdad y libertad*, 131.

¹²¹ Estas son las fuentes de las obligaciones previstas en el artículo 1453 del Código Civil.

Ferrajoli indica que, en la actualidad, para los poderes privados generados debido a la fuerza dominante que les da la acumulación del capital en el mercado, también es válida y aplicable la tesis de Montesquieu que dice que el poder, a falta de límites, tiende a acumularse en formas absolutas, lo que genera desigualdad, disparidad, serialización, disciplina y relaciones de sujeción; esta desigualdad se traduce en relaciones asimétricas de poder-deber.¹²²

Por lo tanto, se vuelve necesario reconocer que la sociedad civil, que es la esfera del derecho privado, es una sociedad natural donde se engendran poderes, en la que es imprescindible rehabilitar el originario paradigma hobbesiano y lockeano que vio la necesidad de ceder un poco de libertad a cambio de seguridad para que en estos casos sea el Estado de derechos el que ponga orden en el estado de naturaleza y salvaguarde los derechos fundamentales. Así, la minimización de estos poderes privados, como lo es la minimización de los poderes públicos, equivale a la maximización de la libertad y, consiguientemente, de la igualdad y del valor de las personas, sobre cuya primacía axiológica se funda el Estado democrático de derecho.¹²³

Los poderes que se gestan en el estado de naturaleza —los consorcios, asociaciones de profesionales, grandes empresas—, que incluso llegan a ser más fuertes que los propios Estados, por ejemplo, las transnacionales, deben ser controlados. Para esto se torna necesaria la constitucionalización del derecho privado, que implica poner freno al poder que detentan los particulares y entrar a controlar y vigilar ciertos espacios “de la vida privada” que antes eran intocables.¹²⁴ Así, este queda sometido a los derechos pues, como indica Carpintero, “en la vida real no nos relacionamos unos con otros directamente, en tanto que individuos independientes y libres; al contrario, entre uno y otro hombre se interpone una situación vital concreta (de género, de clase, de edad, etc.) en virtud de la cual unas personas quedan sometidas a otras”.¹²⁵

¹²² Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (Madrid: Trotta, 2008), 299.

¹²³ *Ibid.*, 302.

¹²⁴ *Ibid.*, 301. Emilio García, citado por Ferrajoli, indica que en Estados Unidos, en 1875, la única forma de que una niña pudiera ser sustraída del maltrato de sus padres era recurriendo a la normatividad que había en la época sobre la protección de animales. Hoy, a diferencia del ejemplo indicado, existe una normatividad específica para proteger a los niños del maltrato de sus padres. De esto resulta que el concepto de lo privado, y por ende de lo intocable, ha ido variando conforme a las luchas históricas producidas en la sociedad, cuyos resultados se han ido expresando mediante leyes. Es por esta razón que en la actualidad, frases como “Yo decido cómo debo castigar a mis hijos”, frecuentemente pronunciadas por los “jefes de familia”, encuentran como límites los derechos de los niños, pues no podría admitirse que los padres impongan ningún tipo de castigo cruel a sus hijos.

¹²⁵ Tomas de Domingo, “El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: Una aproximación desde la filosofía del derecho”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 11 (2002): 280, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1528>.

Como consecuencia de esto, en la actualidad se vuelve imposible, en abstracto, establecer claramente una línea divisoria entre el derecho público y el derecho privado, pues la justicia se concretiza y el reinado de la seguridad jurídica propia del paradigma libertario se relativiza, ya que la inseguridad de unos pocos puede significar la inseguridad de la mayoría de la población excluida.¹²⁶ Prevalece así la igualdad sustancial por sobre la libertad, tambaleando la estructura del Estado liberal. En tal sentido, conforme indica Forsthoff, citado por Pedro de la Vega, “el Estado social de derecho no podría presentarse entonces como la continuación histórica del Estado liberal, sino como su negación”.¹²⁷

Como señala Estévez Araujo, citando a Durig, la dignidad humana es la que cobra eficacia frente a terceros al reconocerla como un nuevo principio general del derecho civil. La desprotección generada por los vacíos de una legislación que es anterior a la Constitución, como lo es el Código Civil, serán llenados observando el principio de la dignidad humana. En Alemania, como se vio anteriormente, nació el término *Drittwirkung der Grundrechte*, que sustenta la posibilidad de que los derechos fundamentales garanticen ámbitos de libertad, no solo frente a los poderes públicos, sino frente a los poderes privados también (efecto de irradiación o eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros). Reconoce que en las relaciones entre particulares pueden presentarse relaciones desiguales, en las que la parte más débil quede en indefensión y no pueda resistir la vulneración de sus derechos.¹²⁸

Con esto, Estévez refiere que la *Drittwirkung* contempla la posibilidad de que una persona privada, actuando legalmente sobre la base de una ley constitucional, puede vulnerar el derecho constitucional de otro sujeto privado.¹²⁹ Las críticas a esta posición dogmática señalan que esto implicaría que surja una desnaturalización del concepto

¹²⁶ Ramiro Ávila Santamaría, “Caracterización de la Constitución 2008: Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”, en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, edit. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, (Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009), 421.

¹²⁷ Pedro de Vega García, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: El problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, *Revista de la Facultad de Derecho* 46 (1992), <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6187>. Al respecto, el autor advierte que al intentar en las constituciones compatibilizar los postulados del Estado social, o sea los del derecho constitucional de garantía con los del Estado Liberal, los primeros quedan reducidos a meras declaraciones retóricas. Entonces, “el Estado social no aparece entonces como la negación histórica del Estado liberal, sino al contrario, como un concepto perfectamente inútil —como dijo Gianini— que para lo único que serviría, como fórmula banal, sería para ocultar la *mauvaise conscience* de un derecho constitucional en el que cada vez la contradicción entre lo quiere ser y lo que realmente es, aparece más evidente”.

¹²⁸ José Ramón de Verda y Beamonte, “Eficacia privada de los derechos fundamentales y recurso de amparo”, *Rev. boliv. de derecho* 13 (2012), <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4805101.pdf>.

¹²⁹ José Antonio Estévez, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil* (Madrid: Trotta, 1994), 101-3.

clásico de los derechos fundamentales y un quiebre del principio de la autonomía privada. No obstante, cabe señalar que, desde el inicio de esta concepción, se estableció que el efecto de los derechos fundamentales frente a terceros no es el mismo que existe frente a los poderes públicos.

La constitucionalización del derecho privado se constituye en el proceso de modificación que sufren las relaciones entre personas particulares o privadas, que se basan en el supuesto de que ambas partes de la relación se encuentran en situación de igualdad. Esta modificación surge como consecuencia del deber que tienen ambas partes de la relación, de observar y dar primacía a los derechos constitucionales por sobre las normas legales que les afectan, influyen o autorizan a realizar determinada acción. Si tal deber de observancia o respeto de los derechos constitucionales de la contraparte de la relación no se produce, estando la parte débil imposibilitada de reaccionar por el poder de la contraparte al que se enfrenta, queda autorizada la intervención del juez constitucional como garante del respeto de estos derechos, designado por el Estado, con la finalidad de asegurar con sus decisiones o disposiciones, la plena vigencia de los efectos de los derechos constitucionales frente a terceros.¹³⁰

Esta es una de las consecuencias de reconocer que la constitución también es fuente de derecho, además de la ley, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina que han sido, por mucho tiempo, las únicas aceptadas. La constitución se convierte en fuente de derecho principal y se coloca por encima del resto de fuentes del derecho, así deja de ser un programa político. Como señala Pérez Royo, el punto de partida no era la constitución sino la ley, y eso cambia. Como norma jurídica, no jugaba papel alguno en el sistema jurídico, pero ahora pasa a liderar el mismo, a estar en la cúspide jerárquica de este. La libertad de la ley se reduce, se achica y se subordina a la constitución. El concepto de constitución modifica el concepto de ley. Ahora la ley desarrolla la constitución cediendo su primacía.¹³¹

Ahora bien, este escenario hace reflexionar sobre la seguridad jurídica entre los particulares, que clásicamente ha consistido en la certeza de que, si no está prohibida una conducta en la ley, esta puede realizarse. De tal manera, dicha conducta no necesitaba pasar por el cristal constitucional para realizarse o no. Si el legislador no había prohibido

¹³⁰ Este concepto ha sido extraído de diferentes lecturas, entre ellas diferentes sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: “Sentencia T-277/99”, 29 de abril de 1999 y “Sentencia C-134/94”, 17 de marzo de 1994; Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1995), 390.

¹³¹ Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho* (Madrid: Tecnos, 1984), 15-23, https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/VI_Perez_Royo.pdf.

una determinada acción es porque se posee la libertad de ejecutarla. De esto se trataba la previsibilidad y la certeza en el derecho privado.

Mientras los tribunales, a través de su jurisprudencia, no establecieran de conformidad con la ley qué conductas eran impropias o qué conductas estaban prohibidas, la realización de estas constituía parte de la libertad. No obstante, ¿qué sucede cuando un derecho constitucional no ha sido desarrollado por el legislador? ¿Qué resulta cuando un derecho constitucional no está desarrollado en su totalidad por el legislador y no ha tomado en cuenta algunas hipótesis en el enunciado normativo, que pueden afectar derechos constitucionales? Según la premisa clásica, si la ley no lo previno, el juez no podría hacer nada.

Para Radbruch, “la seguridad jurídica reclama que el derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto”.¹³² Con esta lógica, si al juez se le autoriza entrar en escena portando en mano la constitución y no solo la ley para revisar estos casos llegaría la anarquía, pues evidentemente podría salir como solución una regla que antes de iniciado el conflicto no se encontraba escrita. Viene el desorden, pero podría impedirse una injusticia.

Zagrebelsky, en esta línea, en su Libro *El derecho dúctil* plantea que la constitución ya no puede ser pensada como el centro de lo que todo deriva por irradiación, sino como centro a alcanzar y no del que hay que partir.¹³³ La crisis de la ley, con la que se medía y valoraban los hechos en el campo del derecho, debe ceder y dar paso a la constitución para convertirse en objeto de medición. El principio de legalidad se rebasa por el principio de constitucionalidad.¹³⁴ Con este principio, se agranda la libertad de acción de los jueces, restringido cuando reinaba el principio de legalidad; todo esto porque la Constitución contiene normas de carácter abierto y más indeterminado, así como principios-valores que, por el significado jurídico y consecuente fuerza normativa de la carta magna, también debe tomarse en cuenta al momento de enjuiciar los hechos.

Zagrebelsky señala que cuando se utiliza en la interpretación a los principios, lo primero que se acusa es que la certeza del derecho decae, debido al arbitrio que ganan los jueces-intérpretes autorizados, que introducen puntos de vista cambiantes en la reconstrucción de las reglas jurídicas y su aplicación. Para esta concepción, la certeza en

¹³² Eduardo Rodríguez Gómez, “La idea del derecho en la filosofía política de Gustav Radbruch”, *Universitas, revista de filosofía, derecho y política* 6 (2007): 50, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2390103>.

¹³³ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 2005), 15.

¹³⁴ *Ibid.*, 40.

el derecho debe asentarse en las reglas, que serán las que garantizarán la fijeza y estabilidad, que es un aspecto trascendental de esta. Ante ello, el mismo autor replica que la certeza del derecho ya no se consigue con la interpretación exegética, que a la final es la más abierta de todas las interpretaciones, sino que aboga por tratar de que no se destruyan otros valores como la igualdad jurídica, la previsibilidad, la imparcialidad y el carácter no arbitrario de la actuación administrativa y judicial.¹³⁵

Actualmente, en la era de una Constitución normativa y de un ordenamiento jurídico constitucionalizado, de forma mayoritaria se admite que la seguridad jurídica es relativa, debido a que esta no implica la inamovilidad de los criterios jurisprudenciales y no limita la independencia del juez. Zagrebelsky denomina a “los jueces como los señores del derecho que han desplazado de sus dominios al legislador”:

La seguridad [jurídica] no debe ser entendida como extrema estabilidad o inmovilismo de las decisiones judiciales, sino que, bien comprendida, no impide la admisión de nuevos criterios en la interpretación y aplicación normativa, no impide la necesaria adecuación de las reglas a las necesidades sociales ni a las circunstancias del conflicto en particular, siempre que los cambios de criterio se encuentren suficientemente motivados.¹³⁶

Empero, los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre personas particulares solamente se pueden establecer de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, mediante la ponderación de bienes en conflicto. Los derechos se encuentran en constante movimiento, renacen y se reconfiguran nuevamente en cada conflicto. Sus límites se actualizan constantemente, instituyéndose la *Drittwirkung* en el espacio en el que los poderes que amenazan la libertad individual son neutralizados.

Así, el contenido de los derechos fundamentales no puede determinarse de antemano por parte del legislador con carácter general. Señala Estévez Araujo que, en este espacio de acción, los derechos fundamentales se convierten en algo más parecido a un campo de fuerzas y no a un sistema de normas organizado y jerarquizado. A esto se refiere Peter Habermas cuando denomina a los derechos fundamentales como magnitudes.¹³⁷ La necesidad del control del poder privado en manos de los particulares

¹³⁵ *Ibid.*, 146.

¹³⁶ Jorge Guillermo Araúz Aguilar et al., “Reglas mínimas sobre seguridad jurídica en el ámbito iberoamericano”, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, del 4 a 6 de marzo de 2008, 12-3, http://www.observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/PDF/topicos_interes/TPI_reglas_minimas_g_juridica.pdf.

¹³⁷ Estévez Araujo, *La Constitución como proceso*, 104-5, 109 y 111.

está justificada; en el constitucionalismo social, el Estado se encuentra comprometido a vigilar e intervenir en estas relaciones a través de los jueces.

Actualmente podemos mencionar que también se reconoce el principio de la responsabilidad social como un freno al accionar de las empresas privadas. El Informe del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos en Brasil, en 2014, estableció una guía de principios sobre responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente de las Américas. En ella se recomienda acciones dirigidas a las empresas y se indica que los Estados tienen la obligación de vigilar las cumplan; entre otras a precautelar y remediar las violaciones de derechos humanos y establecer políticas para eliminar la discriminación, trabajo infantil, trabajo forzoso, respetar el derecho de los trabajadores a la sindicalización, a la negociación colectiva, a la seguridad y a la salud y en el trabajo, al uso de las tecnologías limpias y los procedimientos de explotación ecológicamente eficientes, para lo que las propias empresas deben establecer mecanismos internos de reclamación en favor de las posibles víctimas, rápidos, directos y eficaces.

Sin embargo, de que la noción de responsabilidad social pretende generar en las empresas compromiso hacia ciertos temas como la ecología, los derechos de los niños y los trabajadores, no es ni mucho menos, el camino que deben seguir la protección de los derechos humanos. Pues, esta alternativa no es más que una política neoliberal que retira del Estado la responsabilidad de cuidar o proteger los derechos y los sitúa en la misma empresa, lo que, en ciertos contextos, como los laborales resulta contradictorio, pues es la explotación, la falta de cumplimiento de derechos de los trabajadores, lo que permite la acumulación del capital. Dejar en manos del mismo privado el control de las posibles violaciones a los derechos humanos es una mala apuesta.

Claro está que el asentamiento del neoliberalismo a nivel global es el caldo de cultivo exacto para que Guías como la mencionada proliferen y que hasta resulte un consuelo frente a la ausencia de controles por parte del Estado.

Por otro lado, sí bien la Guía señala que el Estado deberá implementar mecanismos de control, tal requerimiento no es más que retórica, no solo que la Guía no tiene ningún mecanismo de coerción para el Estado y menos para los particulares, sino que a ciertos Estados y gobiernos les convendrá menos que a otros su aplicación, pues la ubicación de los países a los que representan en el sistema capitalista global les pone una situación en la que su “competitividad” en el mercado global se logra por la ausencia de derechos y controles.

En ese sentido valga en esta tesis señalar que tal Guía no es más que un dato anecdótico que o bien explica un intento de las empresas de recobrar para sí los controles dejando de lado al Estado, o bien muestra uno de los caminos que puede tomar la defensa de los derechos humanos: la falsa “conciencia” de los violadores privados de derechos humanos: oligarquías y depredadores de la naturaleza y de la humanidad, que hoy constituye el capitalismo tardío global.

Tal vez podría decirse estirando inapropiadamente los efectos de esta Guía que es una muestra de que cada vez más se reconoce que los privados son violadores de derechos en ciertas circunstancias y en ciertas latitudes.

3. Efectos del proceso de constitucionalización sobre el derecho privado, desde la teoría del efecto horizontal de los derechos

A continuación, en el marco de la teoría del efecto horizontal de los derechos, se explorarán los diferentes efectos que generan los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares y cómo estos, de manera coordinada, actúan. Así se tiene:

- El efecto directo o inmediato.
- El efecto indirecto o mediato.
- El deber de protección.
- La complementariedad de la eficacia directa, indirecta y el deber de protección de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares.

3.1. El efecto directo o inmediato

El efecto directo de los derechos constitucionales frente a particulares implica que las relaciones entre estos quedan afectadas de forma directa e inmediata, sin necesidad de intermediación alguna de la ley o la judicatura. Ello significa que las relaciones contractuales quedan expuestas a un límite, que obliga a no abusar y vulnerar los derechos de terceros, aprovechándose de la relación desigual que contractualmente se presente. De tal manera que el análisis que se realizará por la justicia, para verificar si los actos realizados por un particular han sido o no contrarios a los derechos constitucionales es directo y no tienen que pasar por el filtro de ningún principio general del derecho, sino de los principios y reglas que se encuentran positivizados en el texto constitucional. Esto es lo que se conoce como la doctrina de Nipperdey, que rebasó fronteras y a la que se presentó las siguientes objeciones:

1) *La Constitución existe para limitar y estructurar el Estado*, por lo que las relaciones entre particulares deben ser reguladas por el legislador, que es el que determina el alcance normativo o programático de esta, y por los jueces, en la medida que creen derecho a través de precedentes o la jurisprudencia. Lo contrario significaría desnaturalizar la constitución.¹³⁸ La libertad individual podría verse afectada al imponer el deber de respetar los derechos constitucionales a los particulares, pues las personas no sabrían con exactitud qué está prohibido y qué se encuentra permitido, porque los principios constitucionales son textos indeterminados.

Alexei Julio Estrada, ante esta crítica, señala que la intervención judicial para hacer prevalecer el mandato constitucional “igual trabajo, igual remuneración”, en Alemania, se dio por la inactividad del legislador para desarrollar este precepto. La omisión del legislador puede dejar la puerta abierta para que se abuse de la posición de poder que un particular tiene sobre otro particular; por lo que más bien la libertad del que se encuentra en peores condiciones está en riesgo, al no poder resistir el ataque de sus derechos.

2) *La asimetría en los riesgos del error* sostiene que el legislador, al regular las relaciones Estado-ciudadano, podría entrar en un conflicto de intereses, lo que le induciría a una equivocación al tratar de proteger al Estado. Esto debe ser controlado evidentemente por los jueces, mientras que cuando regula las relaciones ciudadano-ciudadano, dicho conflicto desaparece, del que el legislador es un tercero imparcial. Esta aseveración ha sido contradicha cuando la veracidad de tal imparcialidad del legislador al regular las relaciones entre particulares se ha puesto en entredicho, debido a que ciertos grupos de presión particulares realizan acciones para influir en el legislativo de mejor manera que otros, razón por la que también se requiere un control judicial.¹³⁹

3) *La seguridad jurídica mermaría*, ya que ambas partes tienen derechos constitucionales; se tendría que utilizar la ponderación para resolver el conflicto, por lo que el juez tendría un mayor ámbito de discrecionalidad, con lo que resulta más difícil predecir el resultado de un conflicto. En consecuencia, la indeterminación propia de los enunciados constitucionales solo puede servir para limitar el poder público y no para restringir la libertad del sujeto. La inseguridad camppearía. Al respecto, Rafael Jiménez Saraza recuerda que las innovaciones que el derecho ha sufrido durante la historia han

¹³⁸ Jiménez Saraza, *Jueces, derechos fundamentales*, 96-7.

¹³⁹ *Ibid.*, 98.

tenido como defensa principal la generación de inseguridad e incertidumbre, y lo que parecía peligroso, con el paso del tiempo terminó por consolidarse.¹⁴⁰

Para Jesús Águila-Real, en la actualidad existe un amplio acuerdo sobre el hecho de que los derechos fundamentales generan efectos en las relaciones entre particulares, es decir, se acepta que los individuos deben gozar de un nivel de protección para el ejercicio de sus derechos fundamentales, frente al no reconocimiento de estos por parte de otros particulares. Pero señala que también es reconocido que esta premisa trae consecuencias diferentes para poderes públicos y privados. Así, según él, el problema consiste en poder diseñar una construcción dogmática que equilibre la colisión entre la autonomía individual y la dignidad humana.¹⁴¹

Afirmar la existencia del efecto directo o inmediato de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, para resolver problemas tan variados y complejos, resulta muy simple. Dicha afirmación no es una respuesta a la problemática, sino más bien solamente el inicio de la pregunta: ¿cuáles son los efectos de la constitucionalización del derecho privado y de qué modo han de realizarse los mismos?¹⁴² Señala que la eficacia inmediata de los derechos fundamentales entre particulares contradice el carácter democrático del Estado, dado que para que se presente la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, son los jueces los que tienen que coactivamente actuar, reemplazando la labor del legislador de armonizar el ejercicio de la libertad individual con la vigencia de los derechos fundamentales.¹⁴³

Recientemente, en Estados Unidos, se presentó un caso en el que el dueño de una pastelería se negó por motivos religiosos a preparar una torta para el matrimonio de una pareja gay. La mayoría de la Corte Suprema dio la razón al dueño de la tienda, quien fue demandado por discriminación y determinó que el derecho a la libertad de expresión debía prevalecer en ese caso.¹⁴⁴

Con la eficacia directa de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares se elimina la clásica idea del constitucionalismo como límite o freno dirigido únicamente al poder estatal, se propicia un choque de derechos fundamentales, debido a

¹⁴⁰ *Ibid.*, 101-2.

¹⁴¹ Jesús Águila-Real, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Boletín Oficial del Estado*, 58-9, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1993-10005700122.

¹⁴² *Ibid.*, 63-4.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Amanda Mars, “El Supremo de EE UU respalda al pastelero que no quiso hacer una tarta nupcial para una pareja gay”, *El País*, 5 de junio de 2018, https://elpais.com/internacional/2018/06/04/actualidad/1528123831_997331.html.

que desaparece el Estado del conflicto y personas —que se supone están en igualdad formal de condiciones— ahora tienen una respuesta incierta que depende de la desigualdad en la que se encuentren las partes y la afectación que por dicha desigualdad haya sufrido la parte débil de la relación.¹⁴⁵

Como parte de la eficacia jurídica o normativa de la Constitución, surge el efecto directo o inmediato de la Constitución (derechos y principios constitucionales que sirven de dique para el resto de actos o normas que los contradigan), que se produce cuando hay falta de regulación o deficiente regulación. Sin embargo, ¿cómo se determina en un caso que se está ante la falta o deficiente regulación normativa?

Se debe señalar que existe un gran debate sobre concederles valor jurídico a los principios o valores constitucionales, es decir, darles la categoría de enunciados normativos que obligatoriamente deben ser observados. No obstante, no se revisarán las posiciones encontradas al respecto debido a que el sistema constitucional ha dotado a la constitución, a todo su texto, de las características de norma jurídica suprema y de aplicación directa. En tal sentido, se debe indicar que el texto constitucional puede contener dos tipos de enunciados constitucionales que obligan tanto al Estado como a los particulares: a) reglas y b) principios:

a) *Las reglas* son aquellas proposiciones jurídicas que tienen una hipótesis y una consecuencia, son todo o nada; es decir, son cerradas en la medida que se cumplen o no. Según Zagrebelsky, en ellas se pueden subsumir hechos. Por ejemplo, en la Constitución ecuatoriana se encuentra el enunciado normativo previsto en el artículo 86, numeral 3, que en materia de garantías constitucionales establece: “Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información”. Está prevista una consecuencia en caso de cumplirse la hipótesis.

b) *Los principios*, en cambio, son enunciados que no tienen una consecuencia y, en tal medida, no son aplicables directamente, sino que se ponderan. Alexy afirma que los principios son mandatos de optimización; en otras palabras, son de orden programático, por lo que están redactados de forma abierta para que puedan ser llenados de contenido mediante directrices de política pública.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Jiménez Saraza, *Jueces, derechos fundamentales*, 105.

¹⁴⁶ Un ejemplo de lo referido se evidencia en lo prescrito en el artículo 169 de la Constitución de Ecuador: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía

Según indica Luigi Ferrajoli, los principios no se contradicen con las reglas, además de que un enunciado normativo constitucional puede ser regla y principio a la vez. De esta manera, cuando un principio es capaz de actuar como regla se puede reclamar su violación y la invalidez del acto que lo conculca. Generalmente ocurre aquello con los derechos, como los de libertad e igualdad que prohíben una acción de lesión.

En estos casos en los que no existen normas secundarias que hayan desarrollado los enunciados constitucionales, habrá una colisión de derechos constitucionales porque ambas partes son portadoras de derechos fundamentales. La ponderación será el método de solución que deberá llevarse adelante. En este tipo de casos generalmente se tiene: a) la honra vs. la libertad de expresión, b) el derecho al libre tránsito vs. el derecho a la propiedad privada, c) el derecho a la intimidad vs. el derecho al trabajo, d) el derecho al trabajo vs. el derecho a la libertad de empresa, etc.

3.2. El efecto indirecto o interpretación constitucional del derecho privado

Esta corriente doctrinaria, conforme lo indicó Durig, prescribe que sí existe un efecto de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero es indirecto, pues este pasa por el deber de protección de la dignidad humana y tutela de los derechos fundamentales que tiene a su cargo el Estado, quien, en razón de dicha protección, se encuentra obligado a “configurar un orden jurídico universal, de manera que hasta las fuerzas extra estatales les esté vedado violar la dignidad del hombre”.¹⁴⁷

Así, los derechos fundamentales como valores objetivos vinculan al legislador y al juez en la medida que dichos derechos originalmente fueron construidos para ser efectivos en las relaciones Estado-ciudadano. Por lo tanto, no serían los actos de los particulares los sujetos directamente a los derechos fundamentales, sino las normas de derecho privado elaboradas por el legislador y las decisiones judiciales que deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales en los litigios entre particulares. Esto se debe a que los derechos fundamentales no pueden imponer a los individuos, en sus relaciones con los demás sujetos, un deber de acción u omisión correspondiente al legislador y a la Función Judicial.

Entonces, a) el legislador, al normar la vida privada está en el deber de observar y legislar dentro del marco que le brinda la constitución; y b) los derechos fundamentales

procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 169.

¹⁴⁷ Durig, citado por Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, 110.

instauran un sistema de valores que tienen su origen en la dignidad humana, por lo que todos los ámbitos del derecho, incluido el civil, no pueden *interpretarse por los jueces*, sino en armonía con la constitución.

Esta tesis fue adoptada en 1958 por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en una acción constitucional de revisión,¹⁴⁸ el caso Luth. En su calidad de presidente del Club de Prensa de Hamburgo, Luth incitó a boicotear una película de Harlan, antiguo director de cine nazi, por considerar que las actividades desarrolladas por este en el Tercer Reich se escondían bajo el manto de esta producción cinematográfica. Los tribunales ordinarios, aplicando el artículo 826 del Código Civil alemán, condenaron patrimonialmente a Luth por considerar que su conducta había sido contraria a las buenas costumbres.¹⁴⁹

Pero el Tribunal Constitucional Alemán anuló dicha condena al considerar que a Luth se le había vulnerado su derecho a la libertad de expresión, pues él se estaba ocupando de asuntos de interés público y no actuaba en beneficio propio, porque no era competidor directo de Harlan, sino que para él se trataba de realizar un llamado a la conciencia pública.¹⁵⁰ Por lo tanto, determinó que no existió ningún ilícito de orden civil debido a que “por mandato constitucional, el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar están influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita, si tal es el caso, entonces, en la interpretación y aplicación de estas prescripciones, se tiene que tener en cuenta la modificación del derecho privado que de aquí resulta”.¹⁵¹

Si esto no sucede, en su fallo el juez no solo viola con esta omisión “el derecho constitucional objetivo al desconocer el contenido de la norma de derecho fundamental (como norma objetiva), sino que más bien, en tanto titular del poder público, lesiona con su fallo el derecho fundamental a cuyo respeto, también por parte del poder judicial, el ciudadano tiene un derecho constitucional”.¹⁵² Por omisión, sería responsable el juez al no tener en cuenta la variación del derecho infraconstitucional al momento de interpretarlo conforme con la constitución y, con ello, dejar en indefensión a un particular.

¹⁴⁸ Acción Extraordinaria de Protección en el Ecuador.

¹⁴⁹ Mendoza Escalante, “La eficacia de los derechos fundamentales”, 4.

¹⁵⁰ Ignacio Gutiérrez Gutiérrez y Jorge Alguacil González, “La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales: Rasgos generales de su estructura dogmática”, UNED, <https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/11aspectos3.pdf>.

¹⁵¹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 516.

¹⁵² *Ibid.*, 517.

Bajo esta concepción, el Tribunal Constitucional Alemán, máximo intérprete de la constitución es el ente encargado, mediante el recurso de revisión, de vigilar y examinar que el juez de la jurisdicción ordinaria a) no vulnere por acción u omisión los derechos constitucionales de las partes, al inobservar el debido proceso constitucional; b) interprete la normativa legal a la luz de los postulados constitucionales; y c) no desacate infundadamente un precedente constitucional de obligatorio cumplimiento, vulnerando el principio de igualdad y seguridad jurídica.

3.3. El deber de protección

Esta es una posición doctrinaria que aborda a los derechos fundamentales como derechos de protección, esto es, el Estado no solamente se debe limitar a abstenerse de irrumpir en el ámbito esencialmente protegido del individuo —no hacer—, sino que también tiene a cargo —a través de los poderes públicos, ya sea del legislador con la construcción de la ley o de los jueces, mediante la aplicación directa o la interpretación conforme de la constitución— la obligación (hacer) de proteger al individuo de intromisiones de terceros en dicho ámbito esencial.¹⁵³ Se trata de una aporía en sí misma, pues, por un lado, el Estado no debe realizar acciones para interferir en la libertad del individuo; y por otro, debe ejecutar acciones para cuidar que terceros no interfieran en la esfera de otro, con lo que se corre el riesgo de que con su accionar pueda, por garantizar derechos, interferir en los mismos.

En este sentido, Julio Estrada, siguiendo a Canaris y Stern, indica que el deber de protección *no es más que una prolongación de la eficacia indirecta* y aboga para que este reemplace la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros o *drittwirkung*, lo que contemplaría a la eficacia directa e indirecta de los derechos fundamentales, relevando la responsabilidad del juez en la protección más que el deber del particular en el respeto de los derechos, aunque lo uno lleva a lo otro. Esta teoría aboga por una política judicial de protección de los derechos fundamentales que supere la igualdad formal, un escenario en “donde el juez no se conforme con interpretar los preceptos legales a la luz de los derechos fundamentales, sino que también utilice estos últimos para llenar los vacíos y las lagunas de la ley, en fin, que los emplee como instrumento de realización de la igualdad real entre los asociados”.¹⁵⁴

¹⁵³ *Ibíd.*, 138.

¹⁵⁴ Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, 207.

De lo expresado, se sigue que los principios y derechos fundamentales, al no ser tomados en cuenta al momento de realizar una acción u omisión, podrían ocasionar a un particular que el Estado a través de la justicia, lo declare responsable por la vulneración de los derechos fundamentales de otro particular. Esto se debe a que los tratados o instrumentos internacionales de derechos humanos están incorporados al ordenamiento jurídico interno y, por tanto, también deben ser observados por los particulares, de lo que el juez debe identificar el alcance de la efectividad de estas normas, que actuarían sin perjuicio del desarrollo legislativo interno que se haya realizado. Así, en este contexto, las funciones legislativa y judicial y las autoridades administrativas deben realizar acciones para proteger a un particular cuando otro ignora la protección derivada de los tratados internacionales de derechos humanos.

En el caso de que los tratados internacionales de derechos humanos no se encontrasen incorporados al derecho interno —y por tanto, no sean de directa observancia por los particulares—, el deber de protección predica que el Estado debe cumplir sus obligaciones internacionales, y en esa medida los servidores públicos determinarán, si de acuerdo con el alcance de estos compromisos internacionales, no existe alguna medida razonable y adecuada para proteger los derechos de los ciudadanos miembros, examen que posteriormente podrían revisar los tribunales internacionales de derechos humanos. Se aclara que, en este sentido, el deber de protección ha señalado, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es una obligación de medios y no de resultado.¹⁵⁵ En esta línea se tiene: a) los instrumentos internacionales de derechos humanos y b) la responsabilidad social de las empresas.

a) *Los instrumentos internacionales de derechos humanos.* Sobre la base de esta premisa, los instrumentos internacionales de derechos humanos, en las relaciones entre particulares, imponen a los Estados las obligaciones de construir legislación que desarrollen los derechos garantizados en estos pactos. Si no lo hacen, se los podría declarar responsables por los tribunales creados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones estatales. Sin embargo, vale decir que a pesar de que los Estados, tras la ratificación de un tratado internacional de derechos humanos, son los únicos sujetos responsables por su incumplimiento ante el sistema internacional de protección de

¹⁵⁵ Xabier Arzoz Santisteban, “La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares”, *AFDUAM* 21 (2017), 149-74. <http://hdl.handle.net/10486/686463>.

derechos. Las normas previstas en estos tratados establecen derechos en los que un particular actúa en calidad de sujeto pasivo.

Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁵⁶ establece derechos laborales como al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7); evidencia que este mandato no está dirigido solamente para el Estado, sino también para los particulares, pues indica que, entre otras cosas, se debe asegurar un salario equitativo e igual entre hombres y mujeres por trabajo del mismo valor (lit. a-i), seguridad e higiene en el trabajo (lit. b), descanso, limitación razonable de horas de trabajo y vacaciones periódicas pagadas (lit. d).¹⁵⁷

La eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares y deber de protección del Estado fue estructurada con nitidez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la Opinión Consultiva N.º 18/03, planteada por México en mayo de 2002, para contrarrestar los efectos que para todos los inmigrantes indocumentados devenían de la decisión judicial adoptada en marzo de 2002 por el Tribunal Supremo estadounidense, en el caso *Hoffman Plastic Compounds vs. National Labor Relations Board*. En este fallo se consideró que un trabajador indocumentado, despedido por haber contribuido a formar un sindicato para mejorar las condiciones laborales, no tenía derecho al pago de salarios vencidos ni a una indemnización por la intempestividad del despido, porque la prohibición de trabajar sin autorización, prevista en la Ley de Inmigración, prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato.¹⁵⁸

Mediante esta decisión judicial, los migrantes indocumentados fueron puestos en indefensión al ser vaciados de contenido sus derechos, concediendo entera libertad-poder a los patronos para despedirlos y reportarlos a las autoridades si 1) estos se quejan contra él; 2) reclamaren sus derechos o 3) cuando el empleador así lo quiera. Esto provocó que los empleadores que respetan la ley se sintieran tentados a infringirla en razón de la desventaja económica que tendrían frente a los que inescrupulosamente explotaban a los trabajadores migrantes, a los cuales, en la práctica, incluso les estaba permitido, desde

¹⁵⁶ La ratificación de este tratado internacional por parte del Ecuador fue publicada en el Registro Oficial 101, del 24 de enero de 1969.

¹⁵⁷ Christian Courtis, *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2007), 53 y ss, <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho42.pdf>.

¹⁵⁸ Javier Mijangos y González, “La doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Teoría y realidad constitucional* 20 (2007): 599, <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6772>.

esta decisión, no pagarles sus sueldos por ser indocumentados.¹⁵⁹ La siguiente cita textual es la respuesta de la Corte IDH a la opinión consultiva planteada por México, con respecto a la compatibilidad de la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados y la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley, consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos.¹⁶⁰

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría de la *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.¹⁶¹

La Corte, asimismo, enfatizó que a pesar que la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, generalmente se da en la relación de los Estados y los individuos sujetos a su jurisdicción; también los efectos de los derechos están presentes en las relaciones entre particulares, por lo que los entes privados deben respetar los derechos humanos de sus trabajadores,¹⁶² por lo que le corresponde al Estado velar para que esto ocurra, ya que, de lo contrario, el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.¹⁶³ Por ello indicó:

[E]l Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de estos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Rebecca Smith, “Derechos laborales y derechos humanos de los migrantes en estatus irregular en Estados Unidos”, *Huellas mexicanas*, 5 y 6, accedido 19 de febrero de 2018, <http://www.huellasmexicanas.org/alejandra/migracion-y-derechos-humanos/derecholaboralyderechoshumanos.pdf>.

¹⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, 17 de septiembre de 2003, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf.

¹⁶¹ *Ibid.*, párr. 140.

¹⁶² *Ibid.*, párr. 146.

¹⁶³ *Ibid.*, párr. 147.

¹⁶⁴ *Ibid.*, párr. 148.

En suma, los particulares están en la obligación jurídica de respetar los derechos de sus pares. El principio de igualdad real o material se lo impone. Si no lo hacen, serán sujetos de sanción por parte del Estado, que debe prevenir, sancionar y ordenar reparar los daños producidos. En esta medida, los derechos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos vinculan directamente a los Estados y a los particulares: a los primeros en cuanto sujeto de responsabilidad internacional y a los segundos en cuanto sujeto de responsabilidad interna. Sobre este particular, la Observación General 31, del Comité de Derechos Humanos, al pronunciarse sobre las obligaciones que impone a los Estados, en 2004, estableció:

Las obligaciones estipuladas en el párrafo 1 del artículo 2 tienen fuerza vinculante para los Estados Parte y, en estas condiciones, no tienen un efecto horizontal directo como elemento del derecho internacional. No cabe considerar que el Pacto es supletorio del derecho penal o civil interno. Sin embargo, solo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no solo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, *sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas*. Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado. [...] Está también implícito en el artículo 7 que *los Estados Parte deben tomar medidas positivas para impedir que particulares o entidades inflijan torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes a las personas que estén en su poder*. En las esferas relacionadas con los aspectos básicos de la vida corriente, entre ellos el trabajo y la vivienda, debe protegerse a los individuos contra la discriminación en el sentido del artículo 26.¹⁶⁵

En esta línea, el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos, en el 84.º periodo de sesiones, en Brasil, el 13 de marzo de 2014, aprobó el Segundo Informe sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las América y la Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente. En este se recogen casos contenciosos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que delinearán cómo esta ha ido verificando el poder

¹⁶⁵ Comité de Derechos Humanos 80.º período de sesiones, “Observación General n.º 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, 29 de marzo de 2004, párr. 8, <https://bit.ly/3wwPdAE>; énfasis añadido.

de las empresas que sobrepasa lo que han hecho los Estados para controlar el poder privado. Estos son los casos recogidos en este informe:

- *Caso Yanomami vs. Brasil (1985)*: Brasil fue condenado por la Corte IDH por vulnerar el derecho a la propiedad, vida y salud de la comunidad indígena, tras no haber garantizado su protección al omitir medidas tendientes a evitar su desplazamiento, por parte de las empresas que fueron autorizadas para extraer minerales de sus territorios y dañar el ambiente en el que estos se desenvolvían.

- *Caso Indígenas Maya vs. Belice (2000)*: las tierras de la comunidad indígena fueron ocupadas por empresas madereras y petroleras por los permisos otorgados por el Estado para explotarlas. No se les garantizó, por parte del Estado, el derecho a la consulta ni la vigilancia para que las acciones de las empresas no dañaran el ambiente. Hubo aquiescencia y falta de control que favoreció a las empresas.

- *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001)*: una comunidad conformada por 600 personas, que subsistía de la agricultura, la caza y la pesca, se vio afectada debido a que el Estado entregó autorización para que empresas hicieran, en sus territorios no delimitados, acciones de explotación maderera. El Estado fue condenado por no garantizar a la comunidad su propiedad colectiva, por más que la propia justicia interna había declarado inconstitucional la concesión otorgada a sector privado empresarial.

- *Comunidad de San Mateo de Huanchor vs. Perú (2004)*: una empresa de explotación minera, al dañar el ambiente, afectó la salud de una población cercana a la capital de Perú. La Corte IDH dictó medidas cautelares para obligar al Estado adopte medidas para contrarrestar la contaminación producida.

- *Asunto Ximenes Lopes vs. Brasil (2006)*: Brasil fue acusado de permitir que una empresa privada que presta servicios de salud clínica violó derechos de una persona con discapacidad mental al maltratarla físicamente. La Corte IDH señaló que la falta de regulación y fiscalización del Estado a las clínicas y permitir la violación de los derechos de las víctimas generan responsabilidad internacional.

- *Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname (2007)*: el Estado vulneró los derechos del pueblo Saramaka por concesionar su territorio a empresas madereras, lo que mermó su derecho a usar y gozar de los derechos naturales. El Estado no controló el impacto ambiental y social que produjo.

- *Asunto Clínica Pediátrica de la región de Los Lagos vs. Brasil (2008)*: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demandó al Estado de Brasil por no

vigilar el funcionamiento de una clínica privada: la vida de diez niños se vio afectada al no observar que se cumplieran los protocolos necesarios.

- *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)*: el país fue declarado responsable por no garantizar los derechos de 17 etnias indígenas que habitaban en territorio comunal, que fue transferido a manos privadas de empresas, que impidieron su uso y la realización de sus costumbres como la pesca y la recolección de alimentos.

- *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012)*: Ecuador fue condenado por la Corte IDH porque permitió que una empresa petrolera explotara sus territorios sin ser consultados. La falta de control del Estado provocó graves daños ambientales. Además, se declaró al Estado responsable por no controlar a la empresa concesionada y esta pusiera en peligro la integridad física y la vida de la comunidad indígena, al llenar 477 pozos con explosivos, dañar la naturaleza e interferir en sus costumbres ancestrales como sus ceremonias.¹⁶⁶

- *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y otros vs. Brasil (2018)*: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demandó al Estado de Brasil por la violación del derecho a la vida de 64 personas y la integridad física de seis individuos que se vieron afectados tras la explosión de una fábrica de fuegos artificiales; de las víctimas, 22 eran niños. El Estado era conocedor de las actividades que realizaba la fábrica y tenía el deber de inspeccionarla y fiscalizarla, lo que no ocurrió. Además, su sistema judicial no garantizó la investigación, el establecimiento de la verdad de los hechos y la sanción a los responsables.¹⁶⁷

Por otra parte, la guía aprobada por el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos estableció que los Estados deben implementar las directrices constantes y exigir a las empresas —con las que tengan relaciones comerciales o se presenten a licitaciones— que garanticen el fiel cumplimiento de respetar los derechos humanos, del ambiente, de los trabajadores y de las comunidades donde operan. Entre otras, deben garantizar que obligarán a las empresas, debido a la responsabilidad social que deben guardar, a establecer mecanismos internos como externos de control, de capacitación de reparación de daños, que sean rápidos, eficaces y transparentes. Insta a que el Estado facilite su intervención en las universidades y organizaciones de la sociedad

¹⁶⁶ Comité Jurídico Interamericano, “Responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas”, Brasil, 24 de marzo de 2014, http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_449-14_rev1_corr1.pdf.

¹⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Informe anual 2018”, *Corte IDH*, 47, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>.

civil, para realizar control de las actividades empresariales y visibilizar que se cumpla con la guía. Asimismo, pide que se brinde capacitación con el objetivo de instaurar una cultura de la responsabilidad social de las empresas. El impacto jurídico de estos principios se ha visto cristalizado en algunos países en los denominados Planes de Acción, con los que ellos han asumido el compromiso de cumplir con estos principios rectores para implementar la responsabilidad social de las empresas.

En 2017, estos planes de acción ya fueron confeccionados por 23 países, de los que 19 de ellos ya se encuentran en fase de ejecución.¹⁶⁸ Solo dos países latinoamericanos, Colombia y Chile, iniciaron con la concreción de su Plan de Acción, lo que en la práctica evidencia poco impacto en la región respecto la implementación de estos principios y el límite que a la empresa se le debe imponer en su actividad.¹⁶⁹ Es decir, los Estados, aún dejan en libertad el cumplimiento de estándares mínimos de responsabilidad social a las propias empresas, lo cual implica que el mercado es el único que controla en este campo las actividades empresariales.

Como producto del cumplimiento de esta guía, algunos países han implementado algunas iniciativas jurídicas para proteger los derechos humanos de las actividades empresariales. Se resalta la iniciativa implementada por Canadá en 2017, que anunció la creación del Ombudsperson Canadiense de la Responsabilidad Social Empresarial, una figura para controlar el comportamiento de las empresas canadienses en el extranjero. Este ente estatal tiene la capacidad de procesar los reclamos que contra estas empresas se presenten por violación de derechos humanos. Además, se instauró un Consejo Asesor conformado por varios entes interesados, que asesora al Gobierno y al defensor de la responsabilidad social. Si las empresas no hacen caso de las recomendaciones, el Estado puede quitarles las ayudas que les brinda para su desarrollo en el extranjero.¹⁷⁰

El deber de protección que tienen los Estados como responsabilidad —producto de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos, además de la vigencia de la Constitución, que a la vez integra los tratados referidos como parte del bloque de constitucionalidad— tiene como base la irradiación de los derechos

¹⁶⁸ Comisión Nacional de Derechos Humanos México, “Recomendación General 37. Sobre el derecho y observancia de los derechos humanos en las actividades de las empresas”, Ciudad de México, 19 de mayo de 2019, 68, https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_037.pdf. Ver tabla en anexo 1.

¹⁶⁹ *Ibid.*, 69, párr. 102.

¹⁷⁰ *Ibid.*, 70-1. Puede verse el comunicado que al respecto hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/020.asp>.

fundamentales, que se expanden por todo tipo de relaciones entre particulares. Los derechos fundamentales, en este escenario, se convierten en una barrera en los actos que entre estos se realizarán; producto de esta barrera se generan reglas que se constituyen en derecho objetivo. Eso significa que los derechos fundamentales están presentes a toda hora y lugar, que el mercado los debe tener en cuenta en sus operaciones, pues es vigilado por ellos, lo que reduce el libre accionar de las empresas, consumidores y contratistas. Más mercado, menos derechos fundamentales; menos mercado, más derechos fundamentales.

El Estado tiene que vigilar que los derechos fundamentales, al estar en medio de las relaciones entre privados, no se conviertan en moneda de cambio de estas relaciones o negocios o que sean simplemente inobservados, sometiendo a sus contrapartes. Debe intervenir como cuando la policía realiza sus actividades para prevenir el delito o recuperar lo robado por parte de una persona que sometió a otra por la fuerza y le quitó sus pertenencias. Cabe tener presente, por ejemplo que, si el Estado se compromete a garantizar como derecho fundamental el derecho a asociarse de los trabajadores, debe imponer sanciones a las empresas que no observen ni presten las garantías para que sea ejercido. El Estado debe establecer la legislación necesaria para que las empresas no despidan a los trabajadores por decidir conformar un sindicato, aduciendo que prevalece su derecho a la libertad de contratación y autonomía contractual, y estas sean sancionadas pecuniariamente por tal situación.

Desde el momento que se impone como derecho fundamental la garantía para los trabajadores de asociarse, queda reducido el derecho a la libertad de contratación y el legislador debe expedir las sanciones para que el derecho fundamental no sea humo que pulula en el ambiente, sino que se constituya en un verdadero contrapeso del poder que ostentan los empleadores, con respecto de los que pretenden ejercer un derecho que limita el poder del empleador.

El Estado se vuelve árbitro, establece las reglas para que los derechos fundamentales sirvan de escudo entre las partes, en la eterna lucha que existe por someter la voluntad del otro y obtener así más ventajas para la parte que tiene más poder en la relación. Además, el Estado es responsable de vigilar que se cumplan las reglas que este estableció, lo que por supuesto resulta difícil cuando se tiene como premisa que el Estado no debe intervenir en esta eterna lucha entre particulares que se desarrolla en el mercado; por otro lado, tiene la obligación de vigilar que en esta batalla no se usen armas que vacíen

el concepto de persona o dignidad del débil de la relación. Nuevamente se está frente a una aporía.

Al no establecer casos concretos en los cuales intervenir, como si lo hace la legislación infraconstitucional, la Constitución se expande como aire y se instala en estas relaciones como una especie de cámara de vigilancia, para que los derechos fundamentales no sean asaltados o vaciados, con la potestad de perseguir a los responsables y restablecer la pertenencia hurtada o robada al más débil. Este símil funciona en la medida que los que observan a través de la cámara son los jueces constitucionales, a su vez estos tienen todas las garantías para poder actuar, es decir, gozan de independencia judicial interna y externa fuerte. Todo esto se produce porque la constitucionalización del ordenamiento jurídico y las características revisadas en el acápite anterior se requieren para determinar el grado de constitucionalización de la sociedad misma.

3.4. Complementariedad de la eficacia directa, indirecta y el deber de protección de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares

Alexy señala que las consecuencias de las figuras en estudio son equivalentes, pues en todos los casos se puede llegar a alcanzar los mismos resultados, por lo que en última instancia dicho resultado es una cuestión de ponderación,¹⁷¹ ya que siempre va a existir una colisión de derechos, porque ambas partes en conflicto son sujetos de derechos fundamentales. Entonces, “lo decisivo no es el resultado, sino la valoración con la que se le da contenido”,¹⁷² puesto que, en muchos casos, pueden existir varias soluciones constitucionalmente posibles, debido a que el juez no solamente está sujeto a principios iusfundamentalmente materiales, sino también a otras múltiples vinculaciones, como las que resultan del respeto de la ley dictada por el legislador democráticamente legitimado y de los precedentes.¹⁷³ ¿Cómo se llegará al resultado?

Por esto, Alexy plantea no una distinción entre estos niveles —relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado (efecto inmediato), derechos frente al Estado (efecto mediato) y deberes del Estado (deber de protección)—, sino una complementación entre

¹⁷¹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 525. Alexy indica que el procedimiento de ponderación es racional, pero no es un procedimiento que en cada caso conduzca exactamente a una única solución.

¹⁷² *Ibid.*, 514-5.

¹⁷³ *Ibid.*, 519-20.

los mismos, donde el juez civil estaría sujeto, *prima facie*, al derecho privado vigente, ya sea se presente bajo la forma de leyes, precedentes o dogmática consensuada. Si sobre la base de principios iusfundamentales el juez quiere apartarse del derecho privado vigente, tendrá que asumir la carga de la prueba, esto es, demostrar mediante argumentación la inconformidad de este último con los primeros.¹⁷⁴

De tal manera, se puede señalar que esta postura determina que deberán tomarse en cuenta —al momento de dotarse de contenido— a los derechos en conflicto, derechos constitucionales de ambos particulares y los instrumentos jurídicos que subyacen la relación, que estarán y deberán seguir vigentes con los efectos correspondientes, si luego del análisis constitucional del caso no logran ser anulados o se logra justificar su inaplicación para el caso concreto.

Así, si existe un contrato de por medio en la relación jurídico-privada donde se acusa que existe una vulneración de derecho constitucional, el juzgador, que pretenda dejar sin efecto a este o una parte, deberá explicar cómo este instrumento jurídico afecta un derecho constitucional de una de las partes en conflicto. Luego del análisis, será la parte débil de la relación la que requiera de la intervención del Estado para restaurar un derecho que este se lo ha garantizado, por medio de la Constitución, y que habría sido anulado por el ejercicio abusivo y, por tanto, sin límite de la autonomía personal o contractual de la parte que se encontraba en mejores condiciones o con el poder suficiente para obligar o aprovecharse de la situación fáctica de su contraparte.

Alexy advierte claramente que no se puede inobservar sin más un instrumento jurídico privado o una ley o un precedente, sino que esta situación jurídica consolidada hasta ese momento, por la aplicación de dichos instrumentos jurídicos, deberá mantenerse si no se logra demostrar por parte del juez la desventaja en la que fue suscrito o implementado el acto particular que se alega afecta derechos constitucionales. Esta desventaja deberá ser ocasionada por el ejercicio abusivo del derecho constitucional del que se encuentra con ventaja en la relación jurídica.

Por ello, Alexy alerta que el debate deberá centrarse en las valoraciones que van a dar contenido al ejercicio de los derechos de ambas partes, pues ese peso valorativo determinará el resultado de si existió o no afectación de derecho y si prima la autonomía de la libertad; o, por el contrario, si esta debe ser limitada por una decisión judicial, ya

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 523.

sea porque ya lo fue por algún instrumento jurídico previo o porque el juez ha encontrado que a través de la jurisprudencia debe hacérselo.

Capítulo segundo

La constitucionalización de las relaciones entre privados en Ecuador

En el capítulo anterior se revisaron las diferentes teorías que sostienen la obligación de los particulares de respetar los derechos constitucionales. A continuación, se examinará cómo ha influido esa idea en el entramado jurídico que actualmente posee el país, más cuando desde 2008 se adoptó un nuevo modelo constitucional, en el que incluso los tratados internacionales de derechos humanos son parte de la aplicación directa en el ordenamiento jurídico, conforme lo establecen los artículos 417, 424, 425 y 426 de la Constitución de la República.

En tal sentido, en este capítulo se analizará si el ordenamiento jurídico ecuatoriano posee los elementos necesarios para permitir la exigencia a los particulares del cumplimiento de derechos constitucionales, a este proceso se denomina constitucionalización del sistema jurídico. En esta línea, se verificará cómo el país ha cumplido con su obligación internacional derivada de la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 25 establece que los Estados parte implementarán un mecanismo procesal efectivo, rápido y sencillo para que los ciudadanos puedan reclamar la protección de sus derechos fundamentales, previstos en los tratados internacionales de derechos humanos, la constitución y las leyes.

En la verificación de los elementos de constitucionalización del sistema abordaremos una cuestión central, la de los derechos fundamentales como elemento legitimador material a todo el ordenamiento jurídico nacional. Tan es así que el diseño constitucional ecuatoriano, derivado de la Constitución de 2008, construye todo un sistema de garantías jurisdiccionales encaminadas a proteger los derechos fundamentales. Como se podrá observar en la tesis, una de las más importantes de este grupo es la Acción de Protección, sobre todo por su amplitud de objeto, que provee la posibilidad de reclamar la protección de los derechos fundamentales de los particulares, cuando estos son vulnerados por acción u omisión de otros particulares.

1. La constitucionalización del ordenamiento jurídico en Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador define al país como un Estado constitucional de derechos y justicia. De este enunciado axiológico resulta, como señala Ramiro Ávila Santamaría, que el Estado y el derecho del que este emana están sometidos a los derechos de las personas y colectividades.¹⁷⁵ Es decir, en ningún caso las leyes, otras normas jurídicas, ni los actos del poder público o privado, dentro de los cuales se encuentran las decisiones de los jueces,¹⁷⁶ podrán superponerse a los derechos constitucionales.

Como la constitución y los derechos contenidos en esta, son jurídicamente supremos, todos, incluidos los particulares, deben observarlos para realizar o no una determinada acción,¹⁷⁷ pues se está en la obligación de practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de los derechos y en el disfrute de bienes y servicios,¹⁷⁸ sin sobreponerse dicho ejercicio a la dignidad de los demás. En este sentido, los derechos se convierten en jaque perpetuo¹⁷⁹ al poder, ya sea público o privado.

En el país, la Constitución es el pacto en el que se han determinado los derechos y establecido que la dignidad es el freno al arbitrio estatal. Como muestra del lugar que el sistema constitucional les otorga a los jueces, se los ha facultado incluso para crear otros derechos constitucionales o fundamentales derivados de la dignidad, que no se hayan positivado en la norma constitucional.¹⁸⁰

Asimismo, se reconoce expresamente que la ley desarrolla los derechos, pero no todo su contenido, sino solamente una parte, pues de acuerdo con el artículo 11, numeral 8, de la misma Constitución de la República, el contenido de los derechos se desarrolla por una tríada conformada por a) las normas, b) la jurisprudencia y c) las políticas públicas. Con este breve preámbulo sobre el valor constitucional que se le ha dado a la Constitución, se revisará si el sistema jurídico ecuatoriano está dotado de las condiciones expuestas por Guastini para su constitucionalización. A saber: 1) rigidez constitucional, 2) garantía jurisdiccional de la constitución, 3) fuerza vinculante de la Constitución, 4)

¹⁷⁵ Ávila Santamaría, “Caracterización de la Constitución 2008”, 409-10.

¹⁷⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 172.

¹⁷⁷ *Ibid.*, art. 426.

¹⁷⁸ *Ibid.*, art. 83, num. 9.

¹⁷⁹ En el ajedrez, el jaque perpetuo es el recurso que emplea un jugador a través de la continua amenaza o movimiento de una pieza que ataca al rey contrario para conseguir igualar la partida: esto es hacer tablas sin que su rival se pueda resistir. En este mismo sentido, las garantías y derechos constitucionales servirán para poner en jaque perpetuo al poder privado que viole derechos.

¹⁸⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11, num. 7.

sobreinterpretación de la constitución, 5) interpretación conforme de las leyes, 6) aplicación directa de la constitución y 7) influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.¹⁸¹

1.1. Rigidez constitucional

Ricardo Guastini señala que la rigidez constitucional se visibiliza cuando el procedimiento de reforma de la constitución es más complejo que el de las leyes.¹⁸² Justamente por ello es que las leyes se subordinan a la constitución, porque no dependen solo de una mayoría legislativa coyuntural para ser reformada, como si se tratara de una ley misma.¹⁸³ La carta magna contiene esta característica y así se ha expresado en las diferentes cláusulas constitucionales en las que se asegura jurídicamente la supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico.

La Constitución del Ecuador está situada en la cúspide del ordenamiento jurídico y, es jerárquicamente superior al resto de normas, solo equiparable e incluso subyacente ante los tratados internacionales de derechos humanos que garanticen de mejor forma los derechos de las personas. Contiene los denominados candados constitucionales, ya que posee procedimientos agravados de reforma, enmienda o derogatoria, respecto del que tienen las leyes. La ley no puede contradecirla; es más, el legislador y todo órgano de producción normativa está obligado a adecuar su producción normativa, formal y materialmente a los derechos garantizados en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

Podríamos afirmar que nuestra norma constitucional consagra la rigidez constitucional por dos vías: con los procedimientos agravados de su reforma de los artículos 441, 442, 443 y con la que Ferrajoli denomina garantía normativa contenida en el artículo 84. Los procedimientos que están contenidos en el Capítulo tercero, del Título IX, de la constitución denominado *Supremacía de la Constitución* diseña tres mecanismos de modificación de la constitución: la enmienda constitucional, la reforma y la asamblea constituyente.

¹⁸¹ Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, 153-164.

¹⁸² Ricardo Guastini, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento jurídico italiano”, *Jurídicas UNAM*, 1, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11405/10452>.

¹⁸³ Sergio Díaz Ricci, “Rigidez constitucional: Un concepto toral”, *Jurídicas UNAM*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/26.pdf>.

Aunque este no es el espacio para profundizar en ese debate, sí es el propicio para señalar que este sistema está pensado en una gradación que dificulta el proceso de cambio conforme la reforma se acerca a los derechos y sus garantías, de tal forma que la enmienda procede en caso de que se discutan cambios que no se refieren ni a la estructura de la constitución, ni a los elementos constitutivos del Estado, ni a restricciones de derechos y garantías, ni al procedimiento de reforma. La reforma por su parte procede siempre y cuando no se modifique derechos y garantías, ni el procedimiento de reforma de la propia constitución. Por último, la asamblea constituyente será viable cuando se trate de derechos y garantías o del procedimiento de reforma.

Por otro lado, la garantía normativa contenida en el artículo 84 de la Constitución es otra de las vías que configura la rigidez constitucional pues, impone, incluso a los legisladores y, hay quienes afirman que también a los próximos constituyentes, límites a su capacidad de reforma constitucional.

Desde este punto de vista la pregunta a la que se debe responder es ¿nuestro sistema constitucional es rígido? Para responder esta cuestión, es necesario clarificar el ámbito de la respuesta, desde una perspectiva estrictamente dogmática-normativa, sí, pues el diseño constitucional así lo evidencia, pues agrava considerablemente la reforma de la Constitución. Desde una perspectiva metajurídica la respuesta merece al menos matices, pues no solo que nuestra historia está plagada de reformas y cambios constitucionales, sino que esta constitución, la actual, lleva al menos cuatro reformas constitucionales importantes.

Con todo y este primer acercamiento cabe señalar la rigurosidad constitucional de nuestro sistema se evidencia con mayor claridad en el procedimiento previsto para la enmienda, la reforma y la asamblea constituyente.

En los tres casos la iniciativa puede venir del presidente de la República, de la Asamblea Nacional o de la ciudadanía, con distintas exigencias de porcentajes de apoyo en cada caso, según se trate de enmienda, reforma o asamblea constituyente. En lo relativo al trámite también este se dificulta conforme se avanza en el nivel de la reforma; para la enmienda se puede recurrir directamente a referéndum o al debate en la Asamblea Nacional, se puede escoger entre uno y otro según quien haya tenido la iniciativa; para la reforma necesariamente se combinan dos mecanismos, el debate en la asamblea y posteriormente un referéndum; por último en el caso de la asamblea constituyente se requiere una consulta popular que debe incluir la forma de elección de los representantes y reglas del proceso electoral que da origen al procedimiento, luego el funcionamiento de

la asamblea misma y, una vez que se cuente con la nueva constitución, un referéndum que la apruebe.

Nuestro sistema además le da un papel primordial a la Corte Constitucional, a través del dictamen para la reforma constitucional, es decir garantiza la intervención del más alto tribunal jurídico ecuatoriano en el proceso para dotarle de legitimidad. El dictamen de la Corte debe incluir los siguientes aspectos: a) dictamen sobre la vía que debe implementarse y, b) dictamen sobre la convocatoria y las preguntas.

En conclusión, podríamos sostener que, en nuestro sistema el agravamiento de los procesos de reforma constitucional se encuentra en la gradación de la dificultad que se establece según los temas a tratarse, en la exigencia de menor o mayor apoyo para la iniciativa, el trámite y la intervención de la Corte Constitucional, sin duda, estamos frente a un sistema muy rígido en el diseño.

1.2. Garantía jurisdiccional de la Constitución

Para ser resguardada, la Constitución dotó a los jueces de la facultad para enjuiciar los actos del poder público y privado y contraponerlos con el documento.¹⁸⁴ En este esquema los jueces deben resguardar la primacía de la Constitución con respecto de los actos estatales y de la sociedad, mediante instrumentos jurídicos o garantías procesales, previstas para llevar a efecto este control o examen de los actos del poder, sobre todo público.¹⁸⁵ Ahora bien, esta facultad, en los diseños constitucionales se puede llevar a cabo por varias vías: por el control abstracto: acción de inconstitucionalidad; el control difuso o *judicial review*; o, la cuestión de constitucionalidad.

El primer modelo es el control concentrado de constitucionalidad o europeo, en el que la facultad de control constitucional esté dada a un solo órgano, generalmente es el máximo de justicia del sistema, como el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema. Es decir, este organismo tiene la responsabilidad de hacer efectiva la primacía de la Constitución, al tener la facultad privativa de revisar la adecuación de las leyes con el texto constitucional, por lo que puede determinar si una norma debe ser expulsada o no del ordenamiento jurídico. Generalmente, el control concentrado se atribuye para sí, de forma exclusiva, el control abstracto de constitucionalidad, con el que se verifica la

¹⁸⁴ Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 15 (2011): 249-300, <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40605>.

¹⁸⁵ Luis Villar Borda, “El control jurisdiccional de la Constitución”, *Universidad de los Andes*, <http://webdelprofesor.ula.ve/cjuridicas/alfredozambrano/PDF/0001000.pdf>.

compatibilidad normativa o se realiza un juicio de jerarquía normativa de las normas infraconstitucionales respecto de las normas constitucionales; control de normas.¹⁸⁶ Se lo denomina control abstracto porque el análisis no nace de un caso en concreto, sino que se trata de un juicio de compatibilidad entre normas (interpretaciones) que verifica la congruencia entre normas adscritas a los textos que se compara. La decisión que se adopte tiene efectos generales o *erga omnes*.

Por otro lado, tenemos el control concreto de constitucionalidad. Este tipo de control es inherente al control difuso de constitucionalidad. Los hechos expuestos en el caso concreto son los que se contrastan con la Constitución para verificar si las normas aplicadas son contrarias o no al texto constitucional. Los tribunales constitucionales tienen acceso a este tipo de revisión de casos, de forma subsidiaria, pues lo hacen luego de que ya lo han hecho los jueces de la justicia ordinaria.¹⁸⁷

Una diferencia primordial entre el control abstracto y el concreto de constitucionalidad radica en que el primero es un control preventivo, que se solicita para evitar que cuando se aplique la norma, se pueda vulnerar derechos subjetivos; y el segundo es un control para reparar, que pretende corregir la violación de derechos una vez que ya se aplicó la norma.

En cuanto al control difuso de constitucionalidad, éste nace en Norteamérica y se denomina difuso porque a todos los jueces sin distinción de grado, materia, territorio, etc., les corresponde verificar si una norma es o no contraria a la Constitución, y por tanto, la pueden aplicar o no en el caso que es puesto en su conocimiento. Este control nace a partir del caso *Marbury vs. Madison*, en el que los jueces tomaron para sí la atribución de

¹⁸⁶ En algunos sistemas incluso puede pronunciarse antes de la promulgación de las leyes; para autores como Cappelletti, este modelo —que nació en Europa— se fundamentó en la sacralización de la ley. Los jueces, al ser la boca de la ley, no podían más que aplicar esta. Si bien el Tribunal Constitucional podía hacer un control preventivo de la constitucionalidad de la ley, una vez promulgada quedaba vigente. El control político y solo pocos órganos podían atacar su constitucionalidad Mauro Capelletti, “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 13 (1980): 68-9, file:///C:/Users/ricar/Downloads/Dialnet-ElFormidableProblemaDelControlJudicialYLaContribuc-26603.pdf.

¹⁸⁷ En este sentido, Calamandrei llamó a los jueces de la jurisdicción ordinaria los porteros de la corte, debido a que ellos tienen las llaves para permitir que la impugnación hecha en contra de la aplicación de una norma infraconstitucional —realizada por los titulares del derecho y recogida por el juez que conoce el caso o por la iniciativa de oficio del propio juez, al tener duda de aplicar tal norma infraconstitucional— llegue a la corte o tribunal constitucional. Esto con el objeto de que se ratifique la duda y declare la inconstitucionalidad con efectos generales o la inaplicación para ese caso y los que con estas características se presenten en el futuro; o, por el contrario, que se ratifique la constitucionalidad de la norma infraconstitucional que ha sido puesta en cuestión. Ver Romero Larco, “La cuestión de inconstitucionalidad en el Ecuador”, 22.

verificar si una norma puede aplicarse o no, según se revisó ya en el primer capítulo de este trabajo.

El efecto que tiene el control difuso de constitucionalidad es para el caso concreto, es decir, *inter partes* y solo puede ser realizado sobre la base de los hechos que son puestos en conocimiento del juzgador al analizar un caso en concreto. En otras palabras, un juez no podrá declarar que una ley es inconstitucional con efectos generales, aunque aquello pueda depender del nivel de jerarquía del juez que la dicta.¹⁸⁸

Una de las principales objeciones a este sistema es que al tener todos los jueces la potestad de inaplicar las normas puede campear la inseguridad jurídica, debido a que algunos podrían decidir sobre la base de mismos hechos, inaplicar la norma y otros no. Esto se ha solucionado cuando el caso llega finalmente a conocimiento de la Corte Suprema o Tribunal Constitucional, al momento de adquirir su decisión efectos generales.¹⁸⁹

Con el pasar del tiempo, los sistemas se han ido acercando y se puede hablar de una hibridación o yuxtaposición entre el control concentrado y el control difuso de constitucionalidad. Tiene la facultad de determinar que una norma es contraria a la constitución, habitualmente en el máximo órgano de la Función Judicial o en una Corte o Tribunal Constitucional, pero tal declaratoria tiene efectos generales, no obstante, parte de la decisión de un caso concreto.¹⁹⁰ Se genera un mixtura entre la inaplicación de una norma infraconstitucional, que la pueden realizar todos los jueces, y la declaratoria de inconstitucionalidad que la puede realizar la Corte Suprema o la Corte o Tribunal Constitucional, dependiendo del sistema constitucional y la organización prevista.

En Ecuador desde la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales en la constitución de 1945 se adoptó un sistema híbrido que incluye elementos del sistema difuso y del sistema concentrado, pues la inconstitucionalidad operaba a partir de la

¹⁸⁸ Tocqueville señalaba que cuando un juez declara inconstitucional una ley y se rehúsa a aplicarla, esta pierde, en ese momento, parte de su fuerza moral. Todos los que han sido lesionados quedan advertidos de que existe una manera de que la ley no se aplique; así esta queda impotente tras la repetición de este veredicto, obligando al legislador a la reforma de la ley o al pueblo a exigir la reforma de su Constitución. El autor señaló que “solo poco a poco y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, [la ley] llega a sucumbir al fin”. Ver Alexis de Tocqueville, *La democracia en América* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2015), 108-10.

¹⁸⁹ Aníbal Quiroga León, “El control ‘difuso’ y control ‘concentrado’ en el derecho procesal constitucional peruano”, *Derecho PUPC* 50 (1996): 203-33, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.006>.

¹⁹⁰ Francisco Fernández Segado, “Inicios del control de constitucionalidad en Iberoamérica: Del control político al control jurisdiccional”, *Revista española de derecho constitucional* 17, n.º. 49 (1997): 86-7, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79575>.

solicitud de un juez sobre un caso concreto, el tribunal podía pronunciarse dentro de un período específico y si no lo hacía, el juez que tramitaba la causa debía aplicar la norma tal y como estaba prevista. Cuando el tribunal suspendía la norma, no era una decisión definitiva, pues la última palabra la tenía el poder legislativo, ya que el tribunal solamente podía suspender las leyes inconstitucionales hasta que el congreso se pronuncie en forma definitiva.¹⁹¹ Las funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales pasaron a la Corte Nacional de Justicia, luego al Tribunal Constitucional y luego a la Corte Constitucional. A partir del 20 de octubre de 2008 se estableció como parte del modelo constitucional, un órgano especializado que sea el guardián de los preceptos constitucionales, como lo es la Corte Constitucional. Cuando entró en vigor, existía un Tribunal Constitucional que se convirtió en la Corte Constitucional de Transición, hasta que se eligieran los miembros de este organismo de conformidad al nuevo mecanismo previsto en la Constitución recientemente aprobada.

La Constitución ecuatoriana en su diseño recoge el control concentrado a cargo de la Corte Constitucional cuyo sustento se encuentra en el artículo 436, numeral 2 y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a partir del artículo 74. El control concreto está recogido en nuestra Constitución en el artículo 428 que ordena al juez en el conocimiento de una causa, que suspenda su tramitación si es que identifica que hay inconstitucionalidad en la norma a aplicarse. Durante algún tiempo se discutió en el país sobre la existencia o no del control difuso, pues este existía en la Constitución del 1998, sin embargo, la Corte Constitucional dio una respuesta definitiva en varios fallos indicando de manera contundente que la consulta de constitucionalidad es control concentrado y no difuso.

Sobre la naturaleza de la consulta de constitucionalidad, como control concreto de constitucionalidad. El artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que cuando un juez, ya sea de oficio petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria la Constitución un Instrumento Internacional que contemple derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, deberá suspender la tramitación de la causa remitir en consulta el expediente la Corte Constitucional, indicando la norma jurídica sobre cuya constitucionalidad existan dudas, fin de que el máximo organismo de control constitucional emita su pronunciamiento. Esta es una de las modificaciones más relevantes que incorpora la actual Constitución, vale decir, *el cambio de un sistema de control difuso un sistema concentrado del control de la constitucionalidad.*¹⁹²

¹⁹¹ Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011), 178-80.

¹⁹² Ecuador Corte Constitucional para el periodo de transición, “Sentencia 033-10-SCN-CC”, 2 de diciembre de 2010, 9; énfasis añadido.

En esta línea coincide Sebastián López, quien señala que la actual Constitución habría abandonado el control difuso que existía en la anterior, pues la Corte Constitucional ha señalado repetidamente que se trata de un control concentrado en virtud de que ningún juez puede inaplicar una norma por considerarla contraria a la Constitución y resolver el caso, sino que debe consultar aquello a la Corte Constitucional, lo que resulta contrario a lo que sucedía en la Constitución de 1998.¹⁹³ Tesis que fue desarrollada en una larga línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que se verifica en las siguientes sentencias: “Sentencia 085-12-SEP-CC” de 29 de marzo de 2012, “Sentencia 175-15-SEP-CC” de 27 de mayo de 2015, “Sentencia 003-13-SIN-CC” de 4 de abril de 2013, “Sentencia 009-12-SCN-CC” de 19 de marzo de 2012, “Sentencia No. 016-13-SEP-CC” de 16 de mayo de 2013, “Sentencia No. 119-18-SEP-CC” de 28 de marzo de 2018.

Ahora bien, para concluir debemos señalar que el diseño constitucional actual integra el control concentrado-abstracto y el concreto, dejando de lado el difuso. La pregunta a ser respondida es si es suficiente para decir que cumple con este criterio de constitucionalización y la respuesta es sí, pero para ser preciso debemos indicar que aunque Ecuador tuvo desde 1945 Tribunal de Garantías Constitucionales e incluso antes alguna forma de control abstracto de constitucionalidad, no fue sino hasta la Constitución de 2008 que se logra dar fuerza de sentencias a las decisiones de la Corte Constitucional con lo que la última palabra pasó del Parlamento, órgano netamente político a la Corte Constitucional, órgano jurisdiccional.

1.3. La fuerza vinculante de la constitución

Conforme sostiene Guastini, la noción de “fuerza vinculante de la Constitución” es una transformación que se produce más que en el sistema jurídico, en la cultura jurídica y, se basa en la idea de que toda norma constitucional, independientemente de su estructura o contenido es genuinamente una norma y además vinculante.¹⁹⁴ Esto es relevante en la medida en que en el mundo del derecho occidental hay una larga tradición de que las normas de la constitución no son directamente exigibles y por tanto no se pueden aplicar a un caso concreto, sino a través de la ley que las concretiza.

¹⁹³ Sebastián López Hidalgo, “El control de constitucionalidad: La apuesta por una opción judicialista en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Revista IURIS* 2, n.º 16 (2017): 128-9, <https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/2419/1537>.

¹⁹⁴ Ricardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, en *Neoconstitucionalismos* (México: Trotta, 2003), 52-3.

Las constituciones contienen normas de diversa índole, son sobre todo problemáticas aquéllas que contienen derechos o principios, pues su estructura difiere de las clásicas normas hipotéticas que constituyen las reglas. Durante mucho tiempo, por influencia del positivismo alemán, esas normas no eran consideradas exigibles, criterio que se transforma profundamente después de la segunda guerra mundial y convierte a la constitución en una norma vinculante para los casos específicos.

Esto fue recogido por nuestra Constitución, en su artículo 11, numeral, 3 que estableció el cambio de paradigma jurídico respecto de la Constitución anterior, en la línea de considerarla como norma jurídica:

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

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

*Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.*¹⁹⁵

Esto implica que existe la previsión para que toda la Constitución sea aplicada sin eximente alguno. Es más, se señala que no puede alegarse falta de norma jurídica para negar el reconocimiento de los derechos que garantiza. Además, coloca a todos los derechos en igual jerarquía, eliminando la clásica distinción de derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación. En ese contexto, en el artículo 11, numeral 6, de la misma Constitución, se especifica: “6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

Incluso se ha previsto, en el ordenamiento constitucional, la acción de inconstitucionalidad por omisión, que tiene por objeto corregir la omisión legislativa en el desarrollo normativo de los derechos constitucionales —art. 436.10 de la CRE—. Esto para evitar que se deje de implementar la Constitución por falta de ley o accionar legislativo. Si el legislador es declarado responsable de la omisión constitucional absoluta, la Corte Constitucional tiene la facultad para concederle un plazo razonable para que cumpla con el mandato. Si no se expide la normativa requerida, la Corte Constitucional tiene la potestad de expedir temporalmente la normativa, hasta que el

¹⁹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11, num. 3; énfasis añadido.

legislador cumpla con su deber. El sistema constitucional está construido para dotar al texto constitucional de eficacia.

Ahora bien, ¿cumple nuestro sistema constitucional, desde el punto de vista dogmático normativo con este parámetro? la respuesta obvia es que sí, pero para ponderar la importancia de este hecho es necesario analizar si efectivamente esto se produjo en la cultura jurídica, para ello podemos apoyarnos en el ya famoso estudio de Konrad Hesse *Escritos de Derecho Constitucional* que explica lo que significa la fuerza normativa de la constitución en términos sociológicos es decir en su eficacia en la sociedad.¹⁹⁶

Hesse, aunque es un autor clásico, explica de manera bastante clara que se ha de entender por fuerza normativa de la constitución, para realizar su análisis parte de dos ideas claves en todo su pensamiento: a) la tensión e interrelación entre constitución jurídica y lo que denomina la realidad política y social de la que nace y en la que se aplica, constitución real; y, b) lo que llama la “voluntad de constitución”, ambos factores permiten resolver el tema de fondo: la carencia de una garantía exterior que permita la imposición de los mandatos constitucionales, o sea, que le de fuerza normativa a la Constitución.¹⁹⁷ Expliquemos lo dicho.

La fuerza normativa de la constitución no es más que la fuerza que lleva a la constitución a actuar y orientar la actividad no solo del poder público, sino también de la sociedad. Pero la gran pregunta es de donde nace esa potencia, Hesse dirá que se origina en la interrelación entre los factores políticos que se plasman en la constitución y a los que responde, pues según argumenta una constitución hecha al margen de la realidad en la que actúa no es más que un simple papel; y, por otra parte explica: se origina en la conciencia general y de los responsables constitucionales del valor específico de un orden que aleje a los seres humanos de la arbitrariedad, en la convicción de que la constitución no solo es el reflejo de los factores de poder, sino un horizonte un deber ser que necesita constante legitimidad y, que para entender y sobre todo aplicar la ley se debe contar con la voluntad humana.¹⁹⁸ Dicho en otras palabras la fuerza normativa de la Constitución aparece en la medida en que una sociedad acepta su importancia para la convivencia humana.

¹⁹⁶ Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), 57-78

¹⁹⁷ *Ibid.*, 60-7

¹⁹⁸ *Ibid.*, 66

Ahora bien, ¿podríamos afirmar que en el Ecuador existe fuerza normativa de la constitución? Es una pregunta difícil de responder pues su verificación no está en las normas sino en lo social, atiende a la facticidad del derecho, concretamente de la constitución por lo que su verificación requiere de un acercamiento social. Sin embargo, de los datos recogidos para esta investigación en la actuación de los jueces, podríamos afirmar sin temor a equivocarnos que por lo menos para ese ámbito de la aplicación del derecho la fuerza normativa de la constitución se encuentra lejana. Solo se puede verificar su existencia en las propias referencias que hace la norma o hasta en las declaraciones retóricas de profesores de derecho constitucional.

1.4. La sobreinterpretación de la Constitución

Siguiendo con Guastini, la sobreinterpretación de la constitución supone una reducción al máximo de la discrecionalidad legislativa ya que, mediante la actividad interpretadora del juez, se puede extraer de la constitución normas implícitas, relevando la actividad del legislador de integrar el contenido de la ley.¹⁹⁹

La denominación que la bibliografía crítica le ha dado a este rasgo hace pensar en un exceso de uso de la constitución al momento de la interpretación de las normas, efectivamente de eso se trata, pero para analizar este criterio en perspectiva hay que recurrir a una visión histórica. Recordemos que por la influencia del positivismo jurídico la constitución debía excluir normas principalistas o que exijan interpretación, en ese sentido el criterio de validez que al sistema jurídico aportaba la Constitución era el formal-procedimental.²⁰⁰ Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial se produce una reconexión del Derecho con la ética, o en términos más positivistas, con la moral, que se derivan del reconocimiento de los derechos fundamentales como verdaderas normas jurídicas. En este contexto, el criterio de validez jurídica ya no es solo formal, sino también material.

Sí lo formal estaba circunscrito al cumplimiento de las normas de competencia y de procedimiento, lo material amplía el rango de las normas constitucionales que dan validez al sistema, incluyendo aquellas de contenido material, dentro de este grupo destacan las que consagran o se refieren a los derechos fundamentales. En ese sentido, el

¹⁹⁹ Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, 54-5.

²⁰⁰ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: UNAM-IIJ, 1982), 15-8. También se puede ver Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf>.

deber de comprobar la validez de cualquier norma del sistema jurídico, en abstracto o en un caso concreto, requiere un mayor ejercicio interpretativo, que va más allá de la simple verificación de la competencia y del procedimiento.

Así, el papel de los jueces se transforma, ya no es una atribución exclusiva de los legisladores el dotar de contenido a la ley, sino que debe y puede hacerlo el juez y uno de los espacios con mayor necesidad de esta nueva función de los jueces es justamente el análisis de validez constitucional de la norma en abstracto o en casos concretos.

La sobreinterpretación, entendida como interpretación extensiva de la Constitución, permite que se extraigan “innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política”.²⁰¹ Esto produce dos efectos, uno en la vida social en sí y otro en la propia norma. En la vida social reaparece un funcionamiento del derecho que nos recuerda a los pretores romanos, que permitía que los asuntos sociales, no necesariamente tipificados o legislados, sean resueltos casuísticamente a partir de principios. En cuanto a los efectos en la norma termina construyéndose una constitución en la que no quedan espacios vacíos o lagunas que no puedan ser llenadas por la acción del juez.

Nuestro sistema incluye este rasgo, así el artículo 427 de la Carta Constitucional establece la forma cómo esta debe ser interpretada, parámetro que cumple con lo establecido por Guastini, pues contiene los elementos necesarios para que se puede realizar la sobreinterpretación de la Constitución:

Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.²⁰²

Sí bien es cierto este artículo recurre en primer lugar a un criterio clásico de interpretación: la literalidad, es decir una interpretación restrictiva; también agrega como criterios: la plena vigencia de los derechos y la voluntad del constituyente, es decir se apuesta por una interpretación extensiva que le da libertad al juez para otorgar sentido a las normas, obviamente esto no significa arbitrariedad, pues existen estrictas normas de interpretación.

²⁰¹ *Ibíd.*, 54

²⁰² *Ibíd.*, art. 427.

En este mismo sentido, la LOGJCC permite la sobreinterpretación de la Constitución, en su artículo 3, los métodos de interpretación a ser utilizados por los jueces, tanto de la jurisdicción ordinaria como constitucional. Entre ellos están las reglas clásicas de solución de antinomias: criterio de jerarquía, de competencia y de temporalidad. Luego están el principio de proporcionalidad y los parámetros para enjuiciar la medida o acción. De tal manera que la ponderación que se realice debe establecer “una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.²⁰³

A continuación, aparece la interpretación evolutiva o dinámica, en la que “las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales”. La interpretación sistemática que aboga por una interpretación a partir del contexto general del texto normativo. La interpretación teleológica que debe tener en cuenta los fines que busca el texto normativo. La interpretación literal que se usa cuando el sentido de la norma es claro sin perjuicio de que se pueda usar otro método para lograr un resultado justo. Finalmente, se autoriza a utilizar otros métodos de interpretación: cuando sea necesario se atenderá a “los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación”. Con estos métodos de interpretación, se asegura la posibilidad de realización de la justicia sobre la base de los preceptos constitucionales.

Aquí cabe un comentario adicional, aunque el modelo normativo es más o menos claro, existe una concepción generalizada en jueces y abogados de que la interpretación judicial carece de reglas y sobre todo que no debe ser argumentado, lo que desdice no solo el espíritu de la constitución sino la propia idiosincrasia de la constitución.

1.5. La aplicación directa de las normas constitucionales

Sobre la aplicación directa de la constitución, Guastini sostiene que se trata de otra transformación de la cultura jurídica, pues la idea clásica de que la constitución solo era aplicable frente a los particulares a través de la ley, de forma indirecta, ha cambiado.

²⁰³ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales*, art. 3.

Actualmente se asume que la constitución puede ser directamente utilizada en casos frente a terceros, al margen de que exista ley e inclusive cuando la aplicación de dicha ley podría producir resultados injustos; para que esta concepción cale fue necesario que se acepte la vinculatoriedad de las normas constitucionales.

La noción de aplicación directa de la constitución ha tenido una recepción conflictiva en nuestro país; por un lado, se conformó un grupo de teóricos que plantearon, a la par de la existencia de control difuso, la posibilidad de inaplicar la norma inferior contraria a la constitución y aplicar directamente la norma constitucional, sin remitir el asunto a la Corte Constitucional conforme el artículo 428 de la Constitución,²⁰⁴ rápidamente esta postura fue superada porque la Corte aclaró que no existía control difuso.

Otro grupo fue directamente al estudio de aplicación de las normas-principios de la Constitución en casos concretos, es decir, plantearon la posibilidad de la aplicación del principio de interpretación de jerarquía sin más, sin entrar a pronunciarse sobre la validez de la norma inferior contradictoria como en el primer caso, sí señalaban que debía simplemente aplicarse la norma superior, obviamente este criterio se reformuló en la medida en que se aclaró que no existía control difuso, y que cuando hubiera contradicción necesariamente debía remitirse la cuestión a la Corte.²⁰⁵

Por otro lado, aparece un tercer grupo que señala que la aplicación directa de la Constitución está conformada por dos criterios: a) el de que los principios constitucionales son parámetros interpretativos para otras normas y de ahí nace la interpretación conforme y, b) el de que las normas constitucionales no requieren normas inferiores para su realización, es decir, en el caso de lagunas es posible la aplicación directa de la Constitución. Este es el criterio que al final –por lo menos- teóricamente se ha impuesto.²⁰⁶

En los artículos 424, 425 y 426 de la Constitución se reconoce que ésta es de aplicación directa e inmediata y que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, junto con los tratados internacionales de derechos humanos. En esta misma línea, la LOGCC establece como uno de sus principios procesales, en el artículo 4.2, que los derechos y garantías constitucionales son aplicables directa e inmediatamente por las

²⁰⁴ Johanna Romero, “Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, ed. Juan Montaña Pinto (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011), 156-62.

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ *Ibíd.*

autoridades administrativas y judiciales, de oficio o a petición de parte. En este sentido, el texto constitucional brinda las herramientas necesarias para que el texto constitucional sea jurídicamente exigible, cuya interpretación constitucional puede ser extensiva y, en tal sentido, impregnar el espacio de la vida pública y privada para poner límites al abuso del poder.

La Constitución plasmó una visión coherente con la significación de que ella es la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, y que no es solamente el termómetro de las relaciones Estado-ciudadano, sino que también de las relaciones entre particulares, y que los principios y normas programáticas son exigibles ante un juez. Ello implica que la Constitución se vuelve árbitro directo de las relaciones entre particulares, en las que antes solamente servían de referí las leyes. Aplicar directamente la constitución significa, señala Guastini, resolver una controversia jurídica, cuando hay falta de ley para el efecto o cuando la aplicación de esta produce un resultado injusto, para lo que hay que pasar dicha aplicación legal por el prisma de los principios y normas constitucionales.²⁰⁷ Cabe señalar que a la aplicación de la Constitución cuando existe ley algunos la llaman indirecta, y solo cuando hay ausencia de desarrollo legislativo la denominan directa.²⁰⁸

Este contexto hace posible afirmar que nuestro sistema recoge el principio de aplicación directa de la Constitución, sin embargo, para ser justos hay que señalar que este principio ya estaba reconocido en la Constitución de 1998, en el artículo 18, es decir no es introducido por la nueva. Entonces ¿qué cambia con la constitución vigente o, dicho en otras palabras, por qué es más relevante para la construcción de un Estado constitucional lo contenido en la constitución actual que en las anteriores? La respuesta parece venir del estudio de los rasgos aquí propuestos en conjunto.

En efecto, no hay ninguna distinción en el contenido del principio de aplicación directa en la Constitución de 1998 o en la de 2008, al menos no en el último sentido que aquí se ha expuesto. Sin embargo, solamente en la medida en que los otros rasgos de la constitucionalización se concretan en la norma y en la práctica judicial, podemos hablar de que este proceso se encarna en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Sí bien en la norma encontramos con facilidad este principio, no ocurre lo mismo en el ámbito de la práctica, pues allí se pasó de un momento de confusión total en el que

²⁰⁷ Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, 160-1.

²⁰⁸ Gustavo Medinaceli, "La aplicación directa de las normas constitucionales: Una mirada en los países miembros de la Comunidad Andina" (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013), 38-63, <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2749>.

se pensaba que era posible la inaplicación de la norma directamente por el juez, a una creencia actual –no explicitada- de que aunque la ley sea contraria a la constitución en todos los sentidos posibles solo es posible superarla con una acción de inconstitucionalidad, con lo que se hace poco uso de la consulta de constitucionalidad.

En definitiva, en este punto vuelve a aparecer el eterno dilema del sistema jurídico ecuatoriano: la gran brecha entre lo que dice la constitución y lo que los jueces hacen.

1.6. La interpretación conforme de las leyes

Por interpretación conforme entendemos la armonización de la ley con el contenido de la Constitución, a través de la actividad interpretadora del juez, en la que, preferirá aquel significado más acorde con la constitución escogido de todos los posibles que le puedan ser asignados al enunciado normativo infraconstitucional interpretado.²⁰⁹

Considerando que, todo texto puede ser interpretado ya sea en abstracto o frente a un caso concreto, el intérprete se enfrenta, en estas circunstancias, al menos a dos escenarios: a) una interpretación del texto infraconstitucional contraria a la constitución y b) una interpretación del texto infraconstitucional acorde a la constitución, en este contexto el intérprete (juez) debe optar por aquélla que más se adecue al texto de la norma fundamental.

El ordenamiento constitucional brinda las facilidades para poder realizar la adecuación interpretativa de los textos infraconstitucionales con la constitución. La propia LOGJCC, en su artículo 76.5 establece como uno de los principios y reglas generales del control abstracto de constitucionalidad:

Art. 76.- Principios y reglas generales.- El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios:

[...] 5. Interpretación conforme.- Cuando exista una interpretación de la disposición jurídica que sea compatible con las normas constitucionales, no se declarará la inconstitucionalidad y en su lugar se fijará la interpretación obligatoria compatible con aquella. De igual modo, cuando una parte de una disposición jurídica la torne en su integridad inconstitucional, no se declarará la inconstitucionalidad de toda ella, sino que se invalidará la parte inconstitucional y dejará vigente la disposición así reformada.²¹⁰

²⁰⁹ Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico”, 56-7.

²¹⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales*, art. 76.5.

Lo propio se presenta para el caso del control concreto, pues el juez posee un gran margen de acción para cumplir directamente el texto constitucional y adecuar la interpretación conforme de las normas infraconstitucionales con esta.

Como se observa, tanto normativamente como conceptualmente el principio es claro y está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, es importante mencionar que la aplicación práctica de este por parte de los jueces presenta algunos inconvenientes. En primer lugar, no se entiende ni acepta que la interpretación de la ley no es una asignación arbitraria de sentido, sino que tiene reglas propias, las que están expresadas en las normas constitucionales y en el propio Código Civil que establece la forma como se han de interpretar las leyes. En segundo lugar, las altas Cortes, tanto la Nacional como la Constitucional como se verificará en el capítulo empírico, no han llenado de contenido a los conceptos indeterminados o a las normas constitucionales que recogen principios, lo que deja al juez inferior timorato y desamparado.

Por otro lado, también debemos mencionar que la superación del criterio de la literalidad como único válido para la interpretación de la ley no ha sido fácil; de hecho, a pesar de que se tiende a suponer que las leyes solo recogen reglas, hay muchas normas de este carácter que no son claras o que incorporan conceptos indeterminados, haciendo necesario que el juez acuda a otros parámetros más allá del criterio literal. Siendo así, la interpretación conforme exige que el juez abandone el criterio literal y se sitúe en otros: sistemático, teleológico, histórico, social, etc., lo que no suele ocurrir con frecuencia, sea porque los jueces sienten que no están habilitados jurídicamente para ello o, porque se enfrentan a la posibilidad de ser corregidos e incluso sancionados por el juez superior.

En definitiva, una transformación de esta naturaleza pasa por la construcción de una cultura jurídica diferente, pero también por una reestructuración de todo el sistema constitucional. Los jueces viven una verdadera esquizofrenia, actúan pensando que la jurisdicción ordinaria no envuelve el análisis de la Constitución y la constitucional no envuelve la de la ley, lo que ha generado no pocas inconsistencias en las decisiones de acciones de protección.

Esto tiene que ver con el diseño institucional que dividió la jurisdicción en dos: la ordinaria y la constitucional, sin embargo, a todos los jueces se les encargó la jurisdicción constitucional, lo que choca con una realidad ya que la jurisdicción ordinaria tiene estrictas formalidades que no se encuentran en la constitucional y resulta muy complicado que un juez deba atender al mismo tiempo uno y otro caso.

En el espacio específico de la interpretación, en el mejor de los casos, una buena parte de los jueces constitucionales interpreta las normas sin atender a las reglas de la interpretación o simplemente omite este deber asumiendo que son las altas cortes quienes deben hacer ese trabajo.

1.7. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas

El último de los requisitos señalados por Guastini para poder hablar de constitucionalización de un sistema jurídico es el que denomina la influencia de la Constitución en las relaciones políticas. Para estudiar este rasgo plantea tres niveles: el primero que hace relación a la posibilidad, generalmente otorgada a los tribunales constitucionales, de resolver conflictos de competencia, es decir, desacuerdos políticos concernientes a relaciones de poder entre los órganos del Estado; el segundo se refiere a la actitud de los jueces que deciden sobre la validez de la ley, quienes pueden adoptar una postura de respetar la discrecionalidad del legislador o por el contrario decidir sobre leyes que no sean inconstitucionales restringiendo la actividad del legislador; el tercer nivel tiene que ver con la penetración que el discurso constitucional tiene en los actores políticos como justificación de sus acciones y omisiones.²¹¹

La Constitución ha otorgado las atribuciones necesarias a la Corte para declarar la inconstitucionalidad de leyes —art. 436.1 de la CRE— y emitir dictamen de constitucionalidad respecto a objeciones realizadas por el presidente de la República sobre proyectos de ley enviados por la Asamblea Nacional —art. 75 de la LOGJCC—. Además, tiene la potestad de dirimir conflictos de competencia entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución —art. 436.7 de la CRE—. Tiene la potestad de emitir dictamen previo a iniciar juicio político al presidente o vicepresidente de la República —art. 129 de la CRE—. Incluso existe una garantía constitucional mediante la que las personas pueden enjuiciar la acción u omisión de políticas públicas —art. 88 de la CRE—.

Considerando estos elementos cabe preguntarse si efectivamente la Constitución ha logrado comprometer la acción de los actores políticos, y creemos que la respuesta debe ensayarse a varios niveles: en su relación con las principales ramas del poder público: ejecutivo, legislativo, judicial, de transparencia y control social y electoral; con

²¹¹ Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico”, 56-7.

los poderes seccionales; y, con los poderes privados interesados en lo político como los medios de comunicación.

El diseño político de hiperpresidencialismo que le da fuerte influencia al presidente de la República en otros poderes termina siendo contraproducente para lograr efectivamente que los actores políticos se sometan a la constitución y en los hechos el sometimiento se da frente al ejecutivo. En cuanto a los poderes seccionales la constitución se ha sometido a los caudillos locales, no ha sido capaz de orillarlos al cumplimiento y, por último, en relación con los intereses políticos de los privados la Constitución tampoco ha logrado someterlos.

Por otro lado, en este contexto cabe estudiar la relación entre el hiperpresidencialismo y la Corte Constitucional, aunque este no es un espacio para discutir esa relación, resulta fundamental establecer que no pocas veces la Corte Constitucional ha sido objeto de los intereses del ejecutivo.

Esto a pesar de que la Corte ha sido blindada de presiones políticas que vengan desde la Asamblea Nacional, pues por el gran nivel de exposición política, el constituyente consideró que era necesario evitar la posibilidad de que sus miembros puedan ser enjuiciados políticamente. La Constitución solamente previó que los miembros de la Corte puedan autodepurarse, de existir razones para aquello. Es decir, normativamente existen las herramientas necesarias para que la Corte Constitucional sea árbitro de los conflictos políticos, razón por la que dependerá de este ente la defensa de la Constitución.

Por último, también podemos afirmar que los actores políticos con bastante frecuencia utilizan el discurso basado en la constitución para legitimar sus acciones y omisiones, pero no se ha logrado que esta norma los limite. Es decir, si bien es cierto la constitución se ha convertido, en el discurso, en el mecanismo de legitimación de los actos políticos no ha logrado hasta ahora ser un límite real para ellos. Esto entre otras cosas se explica por la debilidad de la Corte Constitucional que o bien ha decidido tomar posición por uno de los bandos políticos sin verdadera independencia o bien, dar la espalda a los problemas sociales y refugiarse en un malentendido academicismo que convierte a la Corte en irrelevante frente a los graves problemas del país.

Sin embargo, de que esto ocurre a nivel de los actores políticos, la constitución sí se ha convertido en una fuente de legitimación a nivel de las relaciones entre los ciudadanos, hasta hace poco, era improbable que las acciones de los particulares o las

omisiones de los políticos sean juzgados por la ciudadanía en términos de cumplimiento o no de la constitución, sin embargo, esto ocurre en la actualidad.

Es decir, podríamos afirmar que este rasgo se cumple de manera reducida, pero esto no quiere decir que deje de existir la constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano, sino simplemente que todavía está en construcción.

1.8. La centralidad de los derechos fundamentales

Guastini desarrolla su modelo para identificar la constitucionalización del ordenamiento jurídico con los siete elementos arriba descritos, sin embargo, nos parece que olvida uno que, desde nuestro punto de vista es fundamental, la centralidad que toman los derechos fundamentales en las constituciones y en los modelos de Estado contemporáneos.

Con el fin de desarrollar este punto acudiremos a lo planteado por Luigi Ferrajoli en su texto: *Presente y Futuro del Estado constitucional*, recordemos que, en ese muy conocido texto, analiza los rasgos que se transformaron en el derecho, con el advenimiento del neoconstitucionalismo después de la Segunda Guerra Mundial. Uno de ellos, el que para nosotros resulta importante, es lo que él denomina el cambio de paradigma en la validez de las leyes.²¹² Como claramente lo especifica el autor en su estudio, durante el positivismo la validez de las leyes estaba fijada solamente desde una perspectiva formal, es decir por su procedimiento de emisión, trámite que sí bien está regulado por normas constitucionales, no permitía el análisis de la justicia de la ley. Actualmente en cambio, la validez ya no es solo formal, sino que también es material, o sea, además de que una norma debe ser dictada conforme al procedimiento que ordene la Constitución debe ser coherente con los principios constitucionales, es decir con los derechos fundamentales.

Frente a eso podría afirmarse que se trata de una vuelta al iusnaturalismo, pues como hemos dicho, ese conjunto de principios o los derechos fundamentales han sido identificados, por no pocos, como valores morales con efectos jurídicos. Sin embargo, en términos de este autor no necesariamente es así, al contrario, desde el propio positivismo se podría afirmar que, al reconocer ese catálogo de derechos como verdaderas normas,

²¹² Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, UNED, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>.

aunque generales y necesitadas de interpretación, sí se convierten en categorías para legitimar por el fondo o por su contenido una norma inferior.

Dejando de lado este tema más propio de otros espacios de reflexión jurídica, es necesario concentrarnos en la manera como nuestra Constitución y sistema jurídicos recogen este rasgo. Nuestra constitución tiene varias disposiciones en las que indica que los derechos constitucionales son centrales en todo el sistema jurídico.

Empieza por la norma recogida en el artículo 3, numeral 1, señalando que es deber primordial del Estado garantizar a toda la población el goce efectivo de los derechos. De la misma manera en el artículo 11, en sus numerales 1, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 establece que todos pueden ejercerlos y que las autoridades deben cumplirlos; que son de directa e inmediata aplicación; que ninguna norma puede restringir su contenido; que los servidores públicos deberán aplicar el principio *pro homine*; que serán derechos también aquéllos no reconocidos pero que deriven de la dignidad del ser humano; el principio de progresividad y no regresión; y la obligación del Estado de garantizarlos.

Mención aparte requiere el numeral 7, que constituye una cláusula abierta, es decir no solamente los derechos consagrados en la constitución y en los Tratados Internacionales, son tales, sino también cualquier otro, aún no reconocido que derive de la dignidad humana, esto por una parte hace a la constitución una norma dinámica, sino que también permite que los jueces puedan, en sus interpretaciones, generar normas implícitas o incluso crear nuevas normas relativas a derechos fundamentales.

Otra norma que aquí se ha tratado y que constituye muestra de la centralidad de los derechos fundamentales en el diseño constitucional es la contenida en el artículo 84, que claramente indica que todo órgano con capacidad normativa tiene que someter sus creaciones (normas) a los límites materiales (derechos fundamentales) de la Constitución.

También debemos mencionar las normas contenidas en los principios que fijan la supremacía constitucional, en los artículos 424, 425 y 426 las que reconocen jerarquía por encima de la ley y por debajo de la Constitución a los Tratados Internacionales, y, si estos tratados son más favorables a los derechos están inclusive por encima de la Constitución.

Por último, un rasgo clave de la carta constitucional que determina la centralidad de los derechos fundamentales para el ordenamiento jurídico, son el conjunto de garantías jurisdiccionales, encaminadas a proteger derechos fundamentales: medidas cautelares,

acción de protección, acción de acceso a la información pública, acción de habeas data, acción de habeas corpus, acción de incumplimiento,²¹³ acción por incumplimiento.

En conclusión, en este rasgo el diseño constitucional es amplio y busca efectivamente ofrecer a los ciudadanos una serie de mecanismos judiciales para la defensa de sus derechos, sin embargo, una vez más hay que señalar que hay una distancia muy grande entre lo contenido en la norma y lo que ocurre en la realidad.

Como ya se ha venido señalando en cada uno de los acápite anteriores el sistema ecuatoriano cumple con los parámetros propuestos por Guastini, además del de la centralidad de los derechos fundamentales, por lo que podríamos decir que existe constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano, cabe sin embargo aclarar que en varios de los puntos indicados hay una gran diferencia entre lo declarado en la norma y lo que ocurre en la realidad.

1.9. Las garantías constitucionales frente a los particulares en el sistema jurídico ecuatoriano

La constitución, desde sus inicios, recogió tanto la estructura del poder estatal como los límites al mismo, primero como libertades y después como derechos; la expansión de esos límites (aumento de derechos constitucionales) tiene varias consecuencias, las más importantes: el poder estatal está más cercado; la ciudadanía tiene mayores mecanismos de defensa frente a ese poder estatal a través de las garantías jurisdiccionales; y, los efectos de los derechos humanos se extienden también a las relaciones entre privados, reconociendo que también allí se ejercen varias formas de poder que someten y discriminan, en este punto nuestro sistema permite que ciertas acciones jurisdiccionales protejan los derechos fundamentales frente a privados. Ese es el caso de las Acciones de Protección frente a privados, de la acción de Hábeas Data, la acción de

²¹³ La diferencia entre acción de incumplimiento y acción por incumplimiento no es una diferencia sutil, se trata de acciones constitucionales de naturaleza y procedimiento diferentes. La acción de incumplimiento está encaminada a lograr la ejecución completa y adecuada de una sentencia o dictamen constitucional, por lo que podríamos decir que tiene carácter incidental pues, se presenta cuando no se ha logrado ejecutar una sentencia constitucional, nace de un pronunciamiento judicial anterior. En cambio, la acción por incumplimiento es una acción totalmente autónoma que se presenta cuando una norma que incluye las derivadas de la jurisprudencia de Cortes Internacionales y de Comités de Derechos Humanos, que contiene una obligación clara y precisa que no se ha cumplido, la verificación del incumplimiento no es un asunto que se ubique en el caso concreto, salvo excepciones, sino que se trata de un asunto que en la mayoría de las veces de carácter abstracto. Por el procedimiento también son diferentes: la de incumplimiento, aunque se presenta al igual que, la de por incumplimiento, ante la Corte Constitucional la primera requiere agotar con anterioridad las peticiones ante el juez de la causa buscando la ejecución de la sentencia. En la acción por incumplimiento se requiere una petición previa ante la autoridad –generalmente la Asamblea- exigiéndole que cumpla.

Hábeas Corpus y las medidas cautelares autónomas o no; las cuatro pueden dirigirse frente a privados en casos establecidos por la ley.

De estas nos interesa y hemos escogido, como lo explicamos ya en la justificación: las Acciones de Protección, en la que vamos a profundizar a partir de este título, esa elección responde a que el abanico de la casuística que se presenta en ellas es mayor; pues, desde la propia Constitución de 2008 y la LOGJCC permiten esta amplitud, al reconocer diferentes situaciones de violación de derechos humanos en las que los violadores de derechos son privados, variedad que no se encuentra en los Hábeas Corpus y en los Hábeas Data o Medidas Cautelares. Por otro lado, en este contexto, existe un mayor número de Acciones de Protección resueltas por violaciones de derechos entre privados, lo que garantiza que el análisis no tenga sesgos importantes.

Con el fin de orientar al lector, repasaremos de manera general todas las garantías jurisdiccionales, para luego, por las razones arriba expuestas centrarnos en la Acción de Protección.

Las medidas cautelares²¹⁴ tienen como finalidad evitar o hacer cesar la violación de un derecho constitucional y pueden ser propuestas contra cualquier persona, de manera conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos. Están recogidas en los artículos 87 de la Constitución de la República del Ecuador y 26 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). Esta garantía sí puede presentarse frente a particulares, ya sea porque va de la mano de otras garantías, con lo que sí la garantía principal se dirige a los particulares puede también la medida cautelar tener este mismo destino; o, ya sea porque de manera independiente se presenta frente a particulares, en este último caso no existen causales de justiciabilidad como en la acción de protección por lo que puede presentarse por la violación de cualquier derecho por parte de los particulares. Los ejemplos son múltiples, pero con fines ilustrativos presentamos uno: para evitar la vulneración del derecho a una vivienda adecuada y digna, se pueden proponer en contra de un particular que, al momento de realizar actividades de construcción, debido a la inobservancia de parámetros técnicos, amenace con provocar que la vivienda contigua se derrumbe.

El hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella en forma ilegal, arbitraria o ilegítima;²¹⁵ o, proteger la vida, la integridad

²¹⁴ *Ibid.*, art. 87; Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales*, arts. 26-38.

²¹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 89, inc. 1.

física u otros derechos conexos, también está prevista contra particulares, pues así lo prescribe el artículo 89 de la Constitución y, 43 y siguientes de la LOGJCC, cuando establece que la privación de la libertad puede darse por orden de autoridad pública o de cualquier persona. Claramente se extiende la protección frente a terceros, es decir se establece la obligación de un particular de respetar el derecho fundamental a la libertad, a la integridad, a la vida u otros derechos conexos. El hábeas corpus tiene como fin lograr la inmediata libertad, la protección directa del derecho a la libertad cuando esta ha sido limitada arbitrariamente, incluso por un particular.

Un ejemplo de hábeas corpus frente a particulares se presentaría cuando no se deje salir a una persona de un establecimiento de salud hasta que se cancelen los valores que han generado su atención médica, lo que atentaría contra el derecho constitucional que establece que no existe prisión por deudas.²¹⁶

En cuanto al hábeas data,²¹⁷ esta acción está prevista para garantizar judicialmente a toda persona el acceso a documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes, que sobre sí misma o sobre sus bienes estén en poder de entidades públicas o de personas naturales o jurídicas privadas, en soporte físico o electrónico. Es necesario señalar que esta acción no solamente protege el acceso a la información propia, sino también la autodeterminación informativa, es decir, el conocimiento sobre lo que se va a hacer con esa información, así como la posibilidad de eliminar, cambiar o corregir dicha información.²¹⁸ Estas dimensiones están recogidas en los artículos 92 de la Constitución y 49 y siguientes de la LOGJCC. Pensando en términos de la procedencia de la acción frente a particulares se debe mencionar que cabe el habeas data en esos casos, pues, la propia norma ofrece esa posibilidad, ya que los documentos o archivos que contienen información sobre personas y sobre bienes propios, pueden estar en manos de particulares. Un ejemplo podría presentarse cuando se produciría ante la negativa de una institución bancaria privada a eliminar la información errada que hace constar a una persona en calidad de morosa en la Central de Riesgos,²¹⁹ cuando en realidad no lo es; en este caso, esta garantía serviría para obligar al particular a rectificar la información errónea y vulneradora del derecho a la honra y al buen nombre.

²¹⁶ *Ibid.*, art. 66, num. 29, lit. c).

²¹⁷ *Ibid.*, art. 92.

²¹⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales*, arts. 49-51.

²¹⁹ Es la base de datos donde se encuentran registrados, con diferentes categorías, las personas morosas del sistema financiero nacional y de entidades públicas.

En cuanto a la Acción de Acceso a la Información Pública tiene por objeto garantizar el acceso a la información pública y podrá ser propuesta en contra de los particulares que, para el tema materia de la información, tengan participación del Estado o sean concesionarios de este,²²⁰ cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, se creyere que la información proporcionada no es completa, ha sido alterada o se ha negado al acceso físico de las fuentes de la información. Es decir, la acción de acceso a la información pública no cabe frente a particulares como tales, sino ante aquellos que tienen participación del Estado. Debemos agregar un tema que suele ser importante en el caso del acceso a la información pública y es la “reserva de la información” que debe ser declarada con anterioridad y de conformidad de la ley, ese criterio suele ser alegado con frecuencia para negar la información. En la práctica cuando no se recurre a ese argumento las autoridades públicas y los privados suelen argumentar que no tienen la información, y, por lo tanto, no tienen la obligación de crearlo. Esta acción contemplada en el artículo 91 de la Constitución y 47 y siguientes de la LOGJCC.

Como ejemplo, esta acción se podría plantear ante la negativa a entregar información respecto de un determinado proceso de adquisición de bienes por parte de la Empresa Eléctrica Quito S. A., que es una empresa de derecho privado, formada con recursos públicos y a cargo de la prestación de un servicio público.

La Acción por Incumplimiento²²¹ es de eficacia directa de los derechos frente a particulares y tiene por objeto garantizar la aplicación de normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismo internacionales de protección de derechos humanos. En el caso de normas, procede contra personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas o presten servicios públicos. En el caso de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos, esta acción procede contra particulares cuando a estos se les impusiere expresamente una obligación.²²²

La acción por incumplimiento se plantea ante la Corte Constitucional y opera frente a mandatos infraconstitucionales, jurisprudenciales de organismos internacionales de derechos humanos, u observaciones de Comités de Derechos Humanos. Se requiere en primer lugar que la obligación a cumplirse sea clara, expresa y exigible y, en segundo

²²⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales*, art. 47, inc. 2.

²²¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 93.

²²² Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales*, art. 53.

lugar, un reclamo previo a la autoridad o persona que deba cumplirla. Está regulada por el artículo 93 de la Constitución y los artículos 52 a 57 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Un ejemplo respecto del incumplimiento de normas contra particulares lo da la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador N.º 0001-09-SAN-CC. En esta se aceptó la acción por incumplimiento de norma planteada por el presidente de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, en contra del Consejo Universitario de esta Universidad por incumplir, mediante un llamado a elecciones de una nueva directiva de la Federación de Estudiantes y Delegados al Consejo Universitario. Dicha normativa había sido aprobada por todos los estudiantes mediante plebiscito y había determinado que el periodo de duración de la directiva actual se extendería a dos años y no solamente a uno, como originalmente constaba en su estatuto antes de la reforma.

Cabe hacer aquí una aclaración, la acción *por incumplimiento*, que abordamos en este espacio, es distinta a la *de incumplimiento*. Esta última opera cuando, existiendo ya una sentencia constitucional, la misma no se cumple y es necesario activar una acción jurisdiccional para lograr su efectivización. Como se puede observar, no forma parte de este acápite porque la acción de incumplimiento será posible, siempre, después de que se haya dictado sentencia y, por tanto, necesariamente se dirigirá en contra del juez que debe hacerla cumplir (funcionario público), aunque pueda incluir también al derrotado que puede ser un particular.

En cuanto a la Acción Extraordinaria de Protección esta solo tiene un efecto indirecto de los derechos constitucionales frente a los particulares y el deber de protección de estos por parte del Estado. Ha sido diseñada para controlar que los jueces, en sus providencias, respeten la Constitución; se puede interponer ante violaciones al debido proceso u otros derechos constitucionales.²²³ La Corte Constitucional es el ente encargado de vigilar y examinar que el juez de la jurisdicción ordinaria en sus decisiones a) no hubiere vulnerado por acción u omisión los derechos constitucionales de las partes, al inobservar el debido proceso constitucional; b) interprete la normativa legal a la luz de los postulados constitucionales; y c) desacate infundadamente un precedente

²²³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, arts. 94 y 437; y Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales*, arts. 58-64.

constitucional de obligatorio cumplimiento, lo cual atentaría contra el principio de igualdad y seguridad jurídica.²²⁴

Pero cabe aclarar que esta acción no ha sido prevista como una cuarta instancia, por lo que, como requisito de admisión, la LOGJCC exige que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso²²⁵ y que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte del juez.²²⁶

Estos requisitos nos conllevan la pregunta: ¿podría existir una violación del derecho constitucional fuera del proceso, esto es, en los hechos? Sí, por ejemplo, una empleada de una empresa privada es discriminada por encontrarse en estado de gravidez y, en consecuencia, despedida intempestivamente. El juez, cuyo deber es proteger el derecho constitucional a la igualdad y no discriminación de la ofendida, deberá declarar la vulneración de este derecho y ordenar su reparación, para lo cual tendrá en cuenta los hechos probados y las normas aplicadas en las relaciones entre particulares. Pero ¿qué sucede si el juez de la jurisdicción ordinaria, tanto en primera como en segunda instancia, al resolver el caso, interpreta que el particular actuó haciendo uso de su legítimo derecho a la libertad de contratación y que por ende no existió discriminación alguna?

Al ser la acción extraordinaria de protección una garantía constitucional de control a las actuaciones jurisdiccionales está previsto que la violación de los derechos se impute a dichas actuaciones, siendo el legitimado pasivo la autoridad jurisdiccional que la emitió. Entonces, en el ejemplo propuesto, ¿se debería imputar la violación del derecho a la igualdad y no discriminación a la decisión adoptada por los jueces de la justicia ordinaria? Directamente no, pues no fue el juez el que despidió intempestivamente a la trabajadora por encontrarse en estado de gravidez, sino el particular. Sin embargo, el juez de la jurisdicción ordinaria sí sería indirectamente responsable de la violación de dicho derecho al no haber interpretado conforme a los valores constitucionales el caso y, en consecuencia, haber faltado a su deber de proteger y garantizar la vigencia de los derechos.

Al respecto, cabe plantear que si la LOGJCC exige que para interponer una acción extraordinaria de protección se argumente solamente sobre la relación directa e inmediata

²²⁴ Agustín Grijalva Jiménez, “La acción extraordinaria de protección”, en *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, ed. Claudia Escobar (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 655-675.

²²⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales*, art. 62, num. 1.

²²⁶ *Ibid.*, art. 62, num. 5.

del juez en la violación del derecho, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso y a la apreciación de la prueba realizada por este, ¿cómo puede imputársele la violación de otro derecho diferente a los del debido proceso, como en el presente caso, si no es refiriéndose a los hechos probados o a la interpretación errónea de las normas que aplicó este para dichos hechos probados?

Es difícil, y en algunos casos imposible, pues necesariamente cuando se acuse al juez de no haber interpretado conforme a los valores constitucionales la ley aplicada a los hechos o a la valoración de la prueba, se tendrá que recurrir en la argumentación a estos elementos. Si la Corte Constitucional rechazara de plano esta tesis, se reduciría el ámbito de la acción extraordinaria de protección solamente para la tutela de los derechos del debido proceso, pues solamente en estos casos se lo puede acusar directamente al juez de la violación de un derecho constitucional con independencia de los hechos y de la valoración de la prueba.

Como se vio en el caso Luth, lo propio les sucede a los tribunales constitucionales donde nació esta acción (Alemania, España), especialmente en casos en los que se deciden al respecto, por ejemplo, el derecho al honor y al buen nombre,²²⁷ libertad de expresión,²²⁸ igualdad y no discriminación,²²⁹ vivienda adecuada y digna,²³⁰ libertad de empresa.²³¹ Al respecto, Alexei Julio Estrada menciona que, para Stark, “cada decisión del Tribunal — refiriéndose al ente constitucional alemán— sobre un recurso de amparo contra sentencias judiciales está ante el peligro de adoptar una decisión que en el fondo sea una revisión ulterior”. A esto añade “que la técnica de la ponderación de los bienes jurídicos empleada por los jueces constitucionales, tanto alemán como español es inseparable de la apreciación de las circunstancias fácticas del caso en concreto. Así, es innegable que en algunos casos la Corte actuará como si fuera un tribunal de instancia”.²³²

Por último, nos centraremos en la Acción de protección, a nuestro parecer, el principal mecanismo de protección de los derechos constitucionales frente a los particulares, como ya hemos explicado al inicio de este acápite, hemos escogido esta acción la verificación empírica de nuestra hipótesis porque la propia norma, tanto constitucional como legal, ha establecido causales de justiciabilidad propias para

²²⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66, num. 18.

²²⁸ *Ibid.*, art. 39.

²²⁹ *Ibid.*, art. 11, num. 2.

²³⁰ *Ibid.*, art. 30.

²³¹ *Ibid.*, art. 66, num. 15.

²³² Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, 216.

interponerla frente a los particulares, es decir le ha dado al juez oportunidad de llevarla a la práctica, lo que a su vez se ha traducido en un número mucho mayor de causas frente a particulares.

La Acción de Protección se encuentra prevista en el artículo 88 de la Constitución y en los numerales 4 y 5 del artículo 41 de la LOGJCC. Esta garantía ha sido concebida para proteger directa y eficazmente los derechos constitucionales que sean vulnerados por acciones u omisiones de los particulares cuando 1) presten servicios públicos impropios o de interés público; 2) presten servicios públicos por delegación o concesión estatal; 3) la violación del derecho provoque daño grave; 4) la persona afectada se encuentre en una situación de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo; 5) se produzca un acto discriminatorio por parte de cualquier persona.

Dentro de las causales de procedencia, la tercera, puede decirse, atraviesa a las demás, pues toda violación de un derecho provoca daño, aunque no siempre sea grave; es decir es irreversible fácticamente, pero sí reparable jurídicamente. Por lo tanto, cuando se ha producido o se está por producir un daño que no permite o permitiría regresar a la situación anterior a la violación, urgentemente se tendrán que ordenar medidas reparatorias para mitigar el daño producido. Con respecto de las causales de subordinación²³³ y de discriminación,²³⁴ cabe señalar que estas desembocan en la mayoría de las veces en indefensión,²³⁵ circunstancias que necesariamente estarán presentes de

²³³ Richard González Dávila, “La acción de protección frente a particulares” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010), 39-40, <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/687>. Aquí se señala que la causal de subordinación está presente “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; 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”.

²³⁴ Entendida como toda distinción arbitraria, es decir, no fundamentada, que se genere en una acción u omisión o sea su resultado, siendo inconstitucional y por ende violatoria de la dignidad de la persona. Para estos casos, el inciso último del art. 16 de la LOGJCC ha previsto la reversión de la carga de la prueba en el caso de que el accionado sea un particular, al entender que los hechos son de difícil probanza para la parte afectada.

²³⁵ González Dávila, “La acción de protección frente a particulares”, 56-7. Aquí se señala que la situación de indefensión puede ser definida 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. Así, 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; b) impotencia del dominado para compeler la violación de sus

una u otra forma cuando los particulares provoquen daño grave, presten servicios públicos impropios o por delegación o concesión estatal.

De este modo, no existe una línea claramente demarcada entre todas las causales, pues pueden presentarse una o más en un mismo caso, por lo que siempre tendrán que ser apreciadas y definidas según las características fácticas del caso en concreto. Ampliamente se revisará el desarrollo de esta garantía más adelante. Por ejemplo: imagínese que en un establecimiento de salud privado se negaran a brindar auxilio a un niño en estado de emergencia, porque no se puede garantizar previamente el pago de servicios médicos; este, por la falta de la atención oportuna, queda discapacitado y con la necesidad de que se le practique una intervención quirúrgica para evitar que su situación se agrave aún más. Es indudable que con la acción ejercida, debido a la situación de desigualdad en la que se encontraba el afectado, en indefensión al discriminarlo por razones económicas, la casa de salud terminó provocándole un daño grave e irreparable, por lo que el particular es responsable de la violación del derecho constitucional que tiene toda persona a que no se le niegue por ningún motivo, en estado de emergencia, atención médica.²³⁶ El juez, debido al origen constitucional de la eficacia directa contra los particulares y de su deber de protección de los derechos constitucionales, en este caso, debería declarar su violación y otras medidas de reparación integral, disponer al particular que inmediatamente sufrague los gastos de la operación urgente que requiere el afectado.

En conclusión, la irradiación y el radio de acción de las situaciones justiciables son tan amplias, que ni siquiera mediante estipulaciones contractuales se podría vulnerar los derechos constitucionales, lo que da como resultado que, con esta garantía, conforme su radio de acción, se encuentren controlados de manera directa todo acto de poder privado, que vaya en contra del principio de igualdad sustancial o real. Constitucionalmente al menos está garantizado, pero más adelante se revisará a profundidad cómo se ha configurado legal y jurisprudencialmente esta garantía.

De lo revisado podemos evidenciar que, en nuestro país, la arquitectura constitucional diseñada para proteger los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares ha sido edificada tomando en cuenta los tres niveles de tutela de los derechos fundamentales que se han establecido en la doctrina, puesto que los agentes estatales

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”.

²³⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, arts. 35 y 365.

tienen obligaciones jurídicas en tal sentido y a través de las garantías jurisdiccionales de protección de esos derechos. Se puede constatar que están presentes:

- i) Efecto directo, en el que los particulares, debido a lo prescrito por el texto constitucional, tienen una obligación directa e inmediata de respetar los derechos de otro particular y así no transgredir los principios y normas que garantizan derechos en estas relaciones. Este efecto se visibiliza en todas las garantías constitucionales revisadas, menos en la acción extraordinaria de protección;
- ii) Efecto indirecto, en el que se encuentran vinculados a la observancia de los derechos constitucionales, de forma indirecta los particulares y de forma directa el legislador y el juez, quiénes tienen el deber, los primeros, de confeccionar normas que desarrollen los derechos constitucionales y los segundos, que deben interpretar dichas normas a la luz de los derechos fundamentales en estos litigios. Este efecto se patentiza en todas las garantías constitucionales revisadas;
- iii) El deber de protección, que obliga a los agentes estatales, legislador a construir la ley conforme con la Constitución y a los jueces a aplicar de forma directa la Constitución o realizar una interpretación conforme de la constitución en el que ambos poderes públicos cumplan su obligación de proteger al individuo de intromisiones de terceros en sus derechos. Este deber se presenta en todas las garantías constitucionales revisadas

2. El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (deber de protección) y la acción de protección como mecanismo procesal rápido, sencillo y eficaz para proteger derechos fundamentales

Varios instrumentos internacionales han previsto como un derecho humano el acceso a un recurso judicial sencillo y rápido para la protección de los ciudadanos. Los Estados, al suscribir estos tratados, se han impuesto la obligación de proporcionar y garantizar este procedimiento, que en la actualidad se exige, debe estar construido para ser eficaz. A continuación, se revisarán estos tratados en orden cronológico.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en su artículo 18,²³⁷ fue el primer instrumento en el Sistema Interamericano de Derechos

²³⁷ Conferencia Internacional Americana, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Bogotá, 1948, art. 18, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. “Derecho de

Humanos que se estableció dicha obligación para los Estados. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) determinó como un derecho humano el que una persona tuviera acceso a un recurso judicial efectivo ante los tribunales, que lo ampare contra actos que violen sus derechos: “Art. 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que le amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.²³⁸

Posteriormente, en 1966, se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y en 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Estos instrumentos, en su artículo 2, numeral 3, y en su artículo 25, respectivamente, obligan a los Estados parte como el Ecuador a prever, en su sistema jurídico, a los ciudadanos, de un recurso judicial sencillo y rápido o efectivo que los proteja contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley, la Convención o el Pacto. Este entramado constituye el acceso al recurso judicial reconocido como un derecho humano ampliamente recogido en instrumentos internacionales de derechos humanos. Así en el PIDCP, en su artículo 2 numeral 3, expresa:

Artículo 2

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
 - b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
 - c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.²³⁹

El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como obligación de los Estados parte:

justicia: Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

²³⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, París, 10 de diciembre de 1948, art. 8, <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

²³⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, art. 2, num. 3, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>; énfasis añadido.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.²⁴⁰

El exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cançado Trindade, refiere que el deber general que se ha impuesto a los Estados respecto del establecimiento de este derecho humano constituye una extensión de la obligación que tienen los Estados de respetar y hacer respetar sin discriminación alguna los derechos protegidos. Relata que la adopción de un recurso efectivo en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948 surgió como una iniciativa latinoamericana influenciada por los principios del recurso de amparo que fue adoptado por primera vez en México por la Constitución de la República de Yucatán de 1847.²⁴¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH–, ha expresado en su jurisprudencia, que un recurso judicial rápido, sencillo y efectivo, al que tiene derecho todo ciudadano de acuerdo con el artículo 25 de la Convención, es uno de los pilares básicos del Estado de Derecho:

El derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes.²⁴²

El Estado ecuatoriano, por haber firmado estos tratados internacionales de derechos humanos está obligado a dotar a los ciudadanos de un *recurso judicial efectivo*

²⁴⁰ Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José, 7 al 22 de noviembre de 1969, art. 25, num. 1-2, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

²⁴¹ Martha Dávila Pérez, “El derecho a un recurso efectivo. Una aproximación teórica conceptual”, *Revista de derecho UNED* 17 (2015): 238-41, <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/16300/14047>.

²⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Castillo Páez vs. Perú”, sentencia de 3 de noviembre de 1997, párrs. 82-3.

para amparar a los ciudadanos y proteger sus derechos fundamentales. La Corte IDH se ha referido respecto sobre esta obligación en estos términos:

La obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos en la Constitución o por la ley.²⁴³

La Corte Interamericana también ha especificado que el recurso judicial al que tienen derecho los ciudadanos para que sea efectivo, no puede ser ilusorio al momento de proteger los derechos:

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el recurso judicial.²⁴⁴

Para que el Estado garantice el derecho a un recurso judicial efectivo, este debe ser adecuado para proteger el derecho fundamental que se acusa vulnerado. La Corte IDH ha mencionado que al efecto debe revisarse la función que cumplen los recursos para cumplir con su objeto y determinar su idoneidad:

[L]a función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.²⁴⁵

La rapidez del recurso judicial constituye una de las bases fundamentales para que se efectivice la tutela judicial efectiva. La rapidez y sencillez del recurso es requisito de un recurso judicial efectivo. El Estado tiene la responsabilidad de establecer precauciones

²⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso de Comunidad Mayagna (Sumo) Awastan vs. Nicaragua”, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 111; énfasis añadido.

²⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva OC-9/87 solicitada por Uruguay”, 6 de octubre de 1987, párr. 24; énfasis añadido.

²⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 64; énfasis añadido.

para que el procedimiento sea expedito y pueda evitarse cualquier retraso injustificado. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha previsto que para determinar la efectividad de un recurso judicial existen dos parámetros: a) el normativo y b) el empírico.²⁴⁶

a) El normativo. Este aspecto tiene que ver con la arquitectura del recurso. Para ser idóneo tiene que estar construido para potencialmente poder establecer si se ha incurrido en una violación de derechos humanos y poseer, tener las herramientas para remediarlas y repararlas. Normativamente, debe verificarse la capacidad del recurso judicial para dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos. De tal manera que

la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte, en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido, debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.²⁴⁷

En el “Caso Velásquez Rodríguez”, la Corte IDH expresó que un recurso, para ser adecuado, no solo debe existir formalmente, sino que debe ser efectivo. Señaló que en todos los ordenamientos jurídicos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias, por lo que un resultado manifiestamente absurdo o irracional lo vuelve ineficaz y, por tanto, no corresponde agotarlo.²⁴⁸

En el “Caso Velásquez vs. Honduras”, se interpuso el recurso de exhibición personal o habeas corpus y no obtuvieron ningún resultado. El Gobierno hondureño, en su defensa, expresó que los demandantes no habían agotado los recursos previstos en el ordenamiento jurídico interno como la presunción de muerte o desaparición en el ámbito civil. La Corte IDH determinó que el recurso en el ámbito civil tenía por finalidad la de

²⁴⁶ Christian Curtis, “El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”, *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional* 5 (2006): 33-65, http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_derecho_a_un_recurso.pdf.

²⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Durand y Ugarte”, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C N.º 68, párr. 102. En este sentido también pueden verse: “Caso Cantoral Benavides”, sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C N.º 69, párr. 164; “Caso Ivcher Bronstein”, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C N.º 74, párr. 136; “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C N.º 79, párr. 113; “Garantías judiciales en estados de emergencia”, arts. 27,2, 25 y 8; Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987”, serie A N.º 9, párr. 24; entre otros.

²⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, párrs. 62 y 64.

que sus herederos puedan disponer de sus bienes o que su cónyuge pueda volver a casarse, pero no era adecuado para hallar la persona y lograr su liberación, que es lo que se pretendía, más cuando solo existe información referencial sobre la detención de la persona.²⁴⁹ La Corte IDH, en el mismo caso, expresó cuando un recurso judicial se vuelve ilusorio:

El asunto toma otro cariz, sin embargo, cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás. En tales casos el acudir a ese recurso se convierte en una formalidad que carece de sentido. Las excepciones del artículo 46,2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto.²⁵⁰

La Corte IDH ha señalado que tanto el amparo constitucional como el habeas corpus cumplen con las características de ser sencillos y breves, son recursos efectivos como normativamente lo exige el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, el profesor Christian Curtis aclara que la misma redacción del artículo 25 sugiere que puede haber recursos efectivos que no sean rápidos y sencillos debido a la complejidad fáctica-probatoria que los atraviesa o de situaciones que requieran un remedio complejo que no esté previsto específicamente.²⁵¹

b) El empírico. Tiene que ver con las circunstancias políticas e institucionales que garantizan o no obstruyen que el recurso judicial sencillo, rápido y eficaz desarrolle sus posibilidades y, en consecuencia, el objetivo para el que fue previsto. Caso contrario se convierte en ilusorio, al ser una formalidad su interposición debido a que no hay garantías de la decisión. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) ha recalcado en diferentes oportunidades que:

El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos [...] Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte, en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido, debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos

²⁴⁹ *Ibid.*, párrs. 65-6.

²⁵⁰ *Ibid.*, párr. 68.

²⁵¹ Curtis, “El derecho a un recurso sencillo” 36. Véase también: Corte IDH, “Caso Cantoral Benavides”, sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C N.º 69, párr. 165.

aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.²⁵²

En todo caso, los recursos judiciales ilusorios se presentan cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, ya sea porque la Función Judicial o la jurisdicción constitucional carecen de la independencia necesaria para decidir con objetividad, o no existen los medios para ejecutar las decisiones dictadas por ellos. Además, la negación de acceso al sistema judicial y el retardo injustificado de la resolución pueden ser ejemplos palpables de la eficacia del recurso.²⁵³

El recurso judicial previsto en el ordenamiento jurídico interno, para que pueda ser considerado como idóneo y eficaz, debe servir para evitar, hacer cesar, privar de efectos y reparar la afectación al derecho humano vulnerado. Es decir, el recurso debe estar complementado procedimentalmente o prever la posibilidad procesal de que se dicten medidas provisionales, precautorias o cautelares.²⁵⁴

La Comisión IDH ha establecido que el derecho a un recurso judicial sencillo y rápido que sea efectivo, contiene en sí el principio de necesidad y urgencia con la que deben actuar las autoridades judiciales que conocen la violación de derechos, puesto que ellos constituyen la última oportunidad para remediar dicha violación. De tal suerte que para que un recurso judicial pueda ser considerado idóneo, la Comisión IDH ha expresado se requiere:

a) que se trate de recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes; b) que se cuente con la posibilidad de acceder a instancias judiciales federales o nacionales ante la sospecha de parcialidad en la actuación de los órganos locales; c) que se garantice una legitimación activa amplia; d) que puedan tramitarse como recursos individuales e igualmente como acciones cautelares colectivas (para proteger a un grupo determinado o determinable conforme a ciertos parámetros, afectado o bajo situación de riesgo inminente); y e) que se prevea la aplicación de medidas de protección en consulta con los afectados.²⁵⁵

²⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe N.º 27/09, Fondo, caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros”, El Salvador, 20 de marzo de 2009; énfasis añadido.

²⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Ivcher Bronstein”, Sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C N.º 74, párr. 137.

²⁵⁴ Courtis, “El derecho a un recurso sencillo”, 42.

²⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano

Además, la Comisión IDH advierte que para que sea idóneo y efectivo este tipo de recursos, la ritualidad de las pruebas debe ser diferente a la exigida en los procesos ordinarios, pues lo que se busca es actuar ante la urgencia y brindar protección inmediata a los derechos amenazados o que se encuentran siendo vulnerados.²⁵⁶ La Constitución del Ecuador estableció a la acción de protección como la garantía constitucional para proteger los derechos constitucionales: es el recurso que brinda el amparo directo y eficaz de estos derechos. Sin embargo, si se hace una interpretación literal, ¿no brindaría protección para reclamar por la protección de los derechos constitucionales desarrollados por la ley o previstos en los tratados internacionales de derechos humanos?

Ante esta interrogante, se puede indicar que la misma constitución determina que el contenido de los derechos constitucionales se desarrolla mediante normas, entre ellas, la ley, con lo que haciendo una interpretación integral se puede señalar que cuando se vulnera la ley, se termina por afectar también el contenido de los derechos constitucionales. Además, el artículo 76, numeral, 1 de la misma Constitución establece como un derecho constitucional: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.²⁵⁷ De ello se deduce que la acción de protección es el recurso judicial rápido, sencillo y eficaz que garantizaría protección frente a estos actos y que cumple con los requerimientos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues misma norma internacional prevé que este recurso debe servir para proteger los derechos fundamentales previstos en la Constitución, la convención y la ley.

Ahora bien, sobre el segundo supuesto, esto es, si la acción de protección da la posibilidad de reclamar los derechos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos, se debe señalar que sí. Primero, porque el mismo artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga que el mecanismo rápido, sencillo y eficaz esté diseñado para reclamar los derechos garantizados en la mencionada

de Derechos Humanos”, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 77, <https://www.cidh.oas.org/pdf/%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>.

²⁵⁶ *Ibid.*, 78, párr. 265.

²⁵⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76, num. 1.

Convención, tratado que según la Constitución forma parte del bloque de constitucionalidad y, por ende, se puede decir es la Constitución misma.

En segundo lugar, los artículos 417, 424, 425, 426 y 428 de la misma Constitución expresan que los tratados internacionales de derechos humanos se encuentran integrados a el ordenamiento jurídico y que el orden jerárquico de aplicación de estas normas es complementario a la carta magna, pues prevalecerán sobre esta siempre que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en ella. En esta línea, se establece jurídicamente que los tratados internacionales de derechos humanos gozan de mayor jerarquía que la ley e incluso está previsto que cuando hay conflicto entre normas infraconstitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos o la Constitución, este evento se deberá poner en conocimiento de la Corte Constitucional; de ser el caso, se procederá a la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma jerárquicamente inferior, que es contradictoria. A continuación, se revisa lo que establece al respecto el artículo 11 de la Constitución:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

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

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

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

[...] 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.²⁵⁸

De lo expuesto, se evidencia que el mecanismo previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe existir para cuando el resto de los mecanismos previstos en el sistema jurídico no funcionan, ya sea porque lo establecido en la jurisdicción ordinaria es lento para proteger el derecho o porque no tiene las posibilidades de desarrollo necesarias para garantizar eficacia en la protección de los derechos, vulnerándose la tutela judicial efectiva. En estos casos el Estado, a través de la jurisdicción constitucional, debe reparar la vulneración de este derecho de forma eficaz y rápida, y conocer sobre el problema jurídico planteado. En este contexto resulta, de suma

²⁵⁸ *Ibíd.*, art. 11.

importancia, establecer los lazos de conexión entre los mecanismos procesales de la justicia ordinaria y la acción de protección de derechos como mecanismo que debe actuar de forma eficaz, cuando las alternativas previstas en el resto del ordenamiento no resultan útiles.

3. La acción de protección como principal mecanismo procesal de constitucionalización del derecho privado en Ecuador

Ahora revisaremos, en profundidad, la Acción de Protección. Para ello se iniciará con un pormenorizado recorrido histórico para poder contextualizar los avances de este mecanismo procesal en el ordenamiento jurídico y contrastarlo con su eficacia en la práctica, más cuando se ha extendido su acción a los particulares. Ello ayudará a evidenciar cómo algunas preconcepciones, a la estructura de la actual acción de protección, entre otras cuestiones, no han permitido que esta sea eficaz, conforme fue diseñada.

Una parte de los límites de la eficacia de la acción de protección frente a particulares se encuentra en el diseño histórico de esta institución. Este responde a una cultura jurídica basada en la noción clásica de un primigenio constitucionalismo, que sostiene que los derechos fundamentales son solo oponibles frente al Estado, en una clara referencia a un primer momento del liberalismo, en el que la noción de ciudadanía se circunscribe a la dimensión política de la persona, del individuo; es decir, a su relación con el Estado.

Con el objetivo propuesto, se esbozará brevemente el *continuum* que existe entre la acción de amparo y la acción de protección; es decir, la tesis en ese punto es que lejos de ser contrapuestos como se ha dicho desde varios autores,²⁵⁹ es más bien un resultado lógico de la evolución de la acción de amparo, producida por la influencia de los principios del Estado constitucional de derechos consagrado en la Constitución.

Por otro lado, se abordarán dos cuestiones fundamentales que constituyen puntos de debate abiertos que no han tenido respuesta contundente desde la academia y que siguen siendo un obstáculo a la hora de la realización y, por tanto, efectivización de la acción de protección, a saber: ¿existe alguna manera formal y materialmente aceptable de diferenciar entre un asunto que involucra una cuestión de constitucionalidad y una

²⁵⁹ Ismael Quintana, *La acción de protección* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 65; Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional, 2011), 182-4.

cuestión de legalidad? Y, ¿las normas de la procedencia de la acción de protección permiten entender sin mayores dificultades que esta es una acción principal o, por el contrario, plantean dudas sobre su subsidiariedad?

3.1. De la acción de amparo a la acción de protección

Como se mencionó al inicio de este capítulo, la acción de protección constituye la evolución y perfección de ciertos aspectos de la acción de amparo a la luz de los principios que rigen el Estado constitucional de derechos, por lo que resulta imprescindible revisar ese tránsito.

En Ecuador, desde muy temprano, las constituciones recogieron distintos mecanismos de garantía de los derechos: el que ha pervivido por más tiempo es el *hábeas corpus*, que aparece por primera vez en la Constitución de 1929, aunque la prohibición de privación arbitraria de la libertad ya está en la Constitución de 1830. Según señala Luis Ávila Linzán, en la historia constitucional de esta acción se encuentran varios hitos: el primero, el ya mencionado de la carta magna de 1929; luego de un período de desaparición de las constituciones, reaparece en la de 1945; a partir de entonces se mantienen sus elementos principales hasta la ley suprema de 1998. Por último, se configura un *hábeas corpus* más completo a partir de la Constitución vigente, ya que se amplían los presupuestos de procedencia y los sujetos pasivos.²⁶⁰

En un recorrido rápido por las constituciones ecuatorianas, ya desde la segunda mitad del siglo XIX, estas recogen alguna referencia a la protección de las garantías constitucionales, aunque no se especifica un mecanismo o proceso determinado si se reconoce a los ciudadanos la posibilidad de “denunciar” a la autoridad pública que hubiere incurrido en violaciones a la Constitución. Luego, en el siglo XX, se precisa la responsabilidad de los funcionarios por violaciones a la Constitución, hasta que en la Constitución de 1967 se estableció un mecanismo al que se denominó “amparo

²⁶⁰ Hernán Salgado, en este punto, recuerda que el Código de Procedimiento Penal, desde finales del siglo XIX, introdujo el “amparo de libertad judicial”, cuyo fin era la protección frente a la privación de la libertad arbitraria, dentro de un proceso judicial, garantía que convivió con el *hábeas corpus*. Al respecto ver Hernán Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador / Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2004), 72. Luis Ávila Linzán, “El *hábeas corpus* en un Estado constitucional de derechos y justicia”, en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, ed. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011), 2:158.

jurisdiccional” (art. 28, num. 14),²⁶¹ de allí en adelante se desarrolló el amparo y luego la acción de protección.

Como se dijo, la Constitución de 1850 ya reconoció el derecho de cualquier persona de denunciar violaciones a la constitución: en la de 1852 se agregó la posibilidad de recurrir con el reclamo al Poder Ejecutivo y al Legislativo. La Constitución de 1861 fue más amplia y precisa al señalar que los reclamos pueden ser por infracciones a la carta magna y las leyes, a través de una acusación contra un alto funcionario, que debía presentarse al Congreso o al Ejecutivo. La Constitución de 1869 mantuvo esa norma con el agregado de que se puede reclamar ante la Función Judicial.²⁶²

Ya en el siglo XX, la carta fundamental de 1906 estableció que el reclamo podía ser ante cualquier autoridad competente. En la de 1945 se mantuvo esa garantía. En la de 1946, la garantía se amplió para incluir la responsabilidad de los funcionarios públicos por las violaciones a las garantías constitucionales.²⁶³ La Constitución de 1967 hizo un salto cualitativo en cuanto a la concreción del amparo de manera explícita, se denominó “amparo jurisdiccional” al mecanismo por el que se puede demandar la violación por garantías constitucionales.²⁶⁴

Pero la verdadera ampliación de las garantías jurisdiccionales empezó desde la reforma constitucional de 1996, se potenció en la Constitución de 1998 y de manera definitiva en la de 2008. La reforma de 1996 fue muy relevante porque introdujo el amparo, el Hábeas Data y el mecanismo de la Defensoría del Pueblo como procedimientos o instituciones de protección de los derechos humanos. El hábeas data se incorporó²⁶⁵ con los elementos que se mantienen hasta la actualidad: como derecho fundamental de una persona para acceder a datos sobre sí misma o sobre sus bienes, conocer la finalidad que tienen y pedir rectificación o eliminación de aquellos que se consideren errados.

La diferencia entre la regulación que hace la reforma de la Constitución de 1996 y la de 1998, con respecto a la de 2008, tiene que ver con el grado de detalle de la regulación; por un lado, al referirse a los datos personales a los que se puede acceder con

²⁶¹ Federico Trabucco, *Constituciones de la República del Ecuador* (Quito: Universidad Central-Editorial Universitaria, 1975), 463.

²⁶² *Ibid.*, 226.

²⁶³ *Ibid.*, 443.

²⁶⁴ *Ibid.*, 463.

²⁶⁵ Para este análisis se ha utilizado la base de datos de Universidad de Georgetown, “Republic of Ecuador. Constituion of 1996”, *Political Database of the Americas*, pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador96.html.

la acción, la Constitución actual incluye, de manera explícita, los datos genéticos, los que no estaban en las constituciones anteriores, el tipo de formato en que están albergados, ya sea bancos de datos, archivos o informes y el soporte: físico o digital.

Algo similar ocurre en cuanto a la posibilidad de exigir, mediante esta acción, que se informe sobre el tiempo de vigencia del archivo, cuestión que no está recogida en las Constituciones anteriores a la de 2008. Un aspecto interesante es que la carta magna de 1998²⁶⁶ incluye la posibilidad de pedir indemnización si la falta de atención causare perjuicio, que fue incorporado luego en la de 2008. En definitiva, la Constitución vigente es mucho más reglamentaria que las anteriores en este punto.

En cuanto a la institución del Defensor del Pueblo, como bien indica Hernán Salgado, no es una garantía jurisdiccional, pero sí le corresponde un papel fundamental en la tutela de los derechos humanos y, puntualmente, en el de las garantías jurisdiccionales.²⁶⁷ La Constitución de 1998 le dio la facultad al Defensor del Pueblo de patrocinar el amparo y el hábeas corpus a quien así lo requiera, además de otras funciones relacionadas con la promoción y defensa de los derechos humanos; en este punto es semejante a la reforma constitucional de 1996.²⁶⁸ La Constitución de 2008 amplía considerablemente las facultades de la Defensoría para promover y patrocinar, incluso de oficio, las acciones constitucionales, incluye a la de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento y la acción ciudadana.

Volviendo al amparo, nacido en México en el siglo XIX, se propagó por toda Latinoamérica durante finales de ese siglo y con más amplitud durante el XX. Conforme señala Alex Valle, se pueden diferenciar tres etapas: la primera, marcada por su aparición en los países de influencia directa de México: Centro América y posteriormente Brasil, durante la primera mitad del siglo XX. En el caso brasileño además se incluye una forma de acción de protección, llamada Mandato de Seguridad Colectivo, para derechos colectivos. La segunda etapa lleva el amparo, en la segunda mitad del siglo XX, a Argentina, Venezuela, Ecuador y Paraguay; según menciona Valle, en los dos países andinos no hubo un desarrollo importante debido a la falta de legislación. La tercera etapa incluye a Perú, Chile, Uruguay, República Dominicana, Andorra y Colombia.²⁶⁹

²⁶⁶ Universidad de Georgetown, “Republic of Ecuador. Constituion of 1998”, *Political Database of the Americas*, pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html.

²⁶⁷ Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 88.

²⁶⁸ Universidad de Georgetown, “Republic of Ecuador. Constituion of 1996”; “Republic of Ecuador. Constituion of 1998”.

²⁶⁹ Valle, *El amparo como garantía*, 17-8.

Hay que aclarar, sin embargo, que, a pesar de la indudable influencia del sistema mexicano, el amparo de ese país tiene características particulares, que han sido el arribo de al menos 177 años de evolución. Revisar algunos aspectos principales puede ayudar a visualizar de manera más imparcial a qué punto puede llevar el desarrollo más o menos autónomo de una institución jurídica tan importante como esta.

Como señala Héctor Fix Zamudio, en el amparo mexicano se pueden identificar cinco procesos: “tutela a la libertad personal, para combatir leyes inconstitucionales, como medio de impugnación de las sentencias judiciales, para reclamar los actos y resoluciones de la administración activa, y finalmente, para proteger los derechos sociales de los campesinos”.²⁷⁰ Cabe recoger una cita de este autor para recalcar la importancia que tiene este instituto en el sistema jurídico mexicano:

La esfera protectora del amparo se ha ampliado a tal grado que, a partir de entonces, y salvo los casos limitados que la Constitución y la ley reglamentaria señalan en los cuales no procede la impugnación, el amparo protege todo el orden jurídico nacional, desde los más elevados preceptos constitucionales hasta las disposiciones de un modesto reglamento municipal, lo que explica la complejidad que ha asumido la institución en nuestros días.²⁷¹

En resumen, se puede afirmar que el amparo o acción de protección puede tener un extraordinario desarrollo como protector del orden jurídico de un país. En Ecuador, en 1967, se recoge a nivel constitucional, pero no es posible ejecutarlo por falta de normas que establecieran su procedimiento, sin embargo, incluso tal referencia fue truncada por el golpe de Estado de junio de 1970.²⁷² En la Constitución de 1978, el artículo 141 reincorpora la “queja” como mecanismo de reclamo de violaciones constitucionales, recogiendo la institución que fue incluida en las constituciones de finales del siglo XIX como “denuncia”. En la década de los 80 y 90, el tema del amparo aparece y se regula de manera más concreta, tanto en la Constitución como a nivel legislativo.

En esta etapa se pueden distinguir dos momentos, considerando el origen de las regulaciones sobre amparo: en primer lugar, la reforma constitucional de 1983 y la de 1995-1996. En el primer caso, la reforma de 1983, en el artículo 141.3, se reintroduce la queja como mecanismo para procesar las violaciones a los derechos contenidos en la Constitución. Posteriormente, en el lapso 1995-1996 se incorpora en la Constitución el

²⁷⁰ Héctor Fix Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo* (Ciudad de México: Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México, 1999), 18.

²⁷¹ *Ibid.*, 15.

²⁷² Valle, *El amparo como garantía*, 22-3.

amparo bajo la denominación de recurso, que procedía contra acto de autoridad de la administración que sea ilegítimo.²⁷³

Por otro lado, tanto en el año 1993 como en el año 1996, mediante un estatuto transitorio de control constitucional, la Corte Suprema establece la regulación del amparo que fue incluida a nivel constitucional en 1992; posteriormente en 1996, con la resolución de la Corte Suprema, se ordenó a los jueces que mientras no existiera ley que determinara la competencia para conocer el amparo, se los rechazara.²⁷⁴ Esta situación supuso que la acción de amparo no lograra su objetivo de ser un mecanismo dinámico para la protección de los derechos constitucionales.

Es solamente hasta el 2 de julio de 1997 que, mediante la Ley de Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial 99, se viabilizó la aplicación de esta acción. Después, la acción se recogió a nivel constitucional en la carta fundamental de 1998; no obstante, mediante resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, en 2001²⁷⁵ y 2002,²⁷⁶ se restringió su accionar a una medida meramente cautelar; es decir como mecanismo para evitar la violación de un derecho constitucional.²⁷⁷ Como se puede apreciar en la comparación, existe una evolución paulatina de las características del amparo constitucional hasta la configuración de la acción de protección. En el objeto, si bien está claro que en 1996 y 1998 la Constitución diseñó una medida cautelar, también fue reparatoria, pues señala expresamente que su función, además de evitar, era hacer cesar y “remediar”. Lo que sí ocurre es que en la Constitución de 2008 se señala que la acción de protección opera ante una violación del derecho constitucional; al haber considerado medidas cautelares autónomas, la acción es principalmente reparatoria.

La posición esgrimida líneas más arriba no ha sido la generalmente aceptada por la doctrina ecuatoriana: autores como Hernán Salgado,²⁷⁸ Rafael Oyarte²⁷⁹ e Ismael Quintana²⁸⁰ sostienen que la acción de amparo era estrictamente cautelar, porque el artículo 95 de la Constitución de 1998 señalaba: “Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u

²⁷³ *Ibid.*, 23.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Publicada en el Registro Oficial 378 del 27 de julio de 2001.

²⁷⁶ Publicada en el Registro Oficial 559 del 19 de abril de 2002.

²⁷⁷ Valle, *El amparo como garantía*, 24.

²⁷⁸ Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 77-8.

²⁷⁹ Rafael Oyarte, *La acción de amparo constitucional. Jurisprudencia, dogmática y doctrina* (Quito: Andrade y Asociados Fondo editorial, 2006), 167 y ss.

²⁸⁰ Quintana, *La acción de protección*, 65.

omisión ilegítimos de una autoridad pública”.²⁸¹ Es decir, siempre se pedían medidas urgentes que hacían pensar, según estos juristas, que se hablaba de medidas cautelares. Sin embargo, desde la posición del autor de esta investigación, al señalar que esas medidas también tenían el objetivo de remediar inmediatamente las consecuencias, se estaba frente a una cuestión de fondo, o sea, era necesario declarar que hubo vulneración de derechos y era necesaria la respuesta reparatoria.

En cuanto al acto que se impugna, si bien lo que se cuestionó era la ilegitimidad del acto u omisión de autoridad pública, en los tres momentos, hay diferencias sustanciales. Tanto en las constituciones de 1996 y 1998 se pone énfasis en el daño grave, inminente e irreparable que causa la violación del derecho, lo que supuso la exigencia a la hora de concurrir al sistema judicial de la prueba de ese daño y de sus características. En cambio, la Constitución de 2008 ya no incorpora esa vinculación del daño para hacer procedente la acción; de todas formas, es necesario indicar que la ley si lo retoma, lo que ha hecho que en la práctica los jueces recojan la idea de que hay que probar el “daño” como independiente de la propia violación al derecho, pero este punto será tratado en el apartado respectivo. Sin embargo, por ahora es preciso señalar que la Constitución actual le da importancia al daño grave cuando se trata de violaciones cometidas por personas particulares.

Respecto a este tema, Hernán Salgado sostiene que el acto u omisión que se impugna, que es de carácter administrativo, debe ser ilegítimo, característica que vendrá de la incompetencia, de la falta de motivación o de la violación al procedimiento; y en el caso de las omisiones —dice—, la ilegitimidad se ubica en la falta de actuación de la administración frente a un deber jurídico que le es impuesto.²⁸² Rafael Oyarte, por su parte, sostiene que la ilegitimidad del acto se debe revisar en cualquiera de las siguientes fuentes: competencia, forma, contenido, causa y objeto del acto impugnado, es decir, más o menos la misma línea que Salgado; sin embargo, enfatiza en que no es una revisión de la legalidad o de constitucionalidad del acto.²⁸³

Parece que esta última afirmación encierra una inconsistencia: tanto la competencia, la forma y el objeto son revisión de la legalidad, pues se acude a la norma legal para poder identificar su acatamiento. Algo similar se puede afirmar de la constitucionalidad, ya que el contenido, la causa y el objeto pueden ser mirados

²⁸¹ Ecuador, *Constitución 1998*, art. 95.

²⁸² Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 79.

²⁸³ Oyarte, *La acción de amparo constitucional*, 85-7

constitucionalmente, incluso los otros elementos. Lo que sí hay que distinguir es que este análisis de la legalidad o de la constitucionalidad se hace desde una perspectiva diferente, respecto de la que se plantea en la acción de inconstitucionalidad o el juicio contencioso administrativo.

En cuanto al daño, Salgado considera que este era un elemento esencial para la procedencia del amparo, pero además, según su opinión, debe ser concreto, real o certero, si fuera futuro, subsistente (persistir hasta el momento de presentar la acción o sus efectos) y propio.²⁸⁴ Rafael Oyarte, cuando entra a analizar la gravedad del daño, recogiendo la jurisprudencia del ex Tribunal Constitucional, señala que esa gravedad se justifica cuando el daño es cuantioso, grande o permanente; en cuanto a la inminencia, no solo acepta que se refiere a situaciones futuras, prontas a suceder, sino también a que están sucediendo; cuando se refiere a daños futuros, coincide con Salgado al afirmar que no es eventual, ni remoto, sino que existen elementos suficientes para creer que va a suceder.²⁸⁵ El tema del daño, en la regulación actual, merece un estudio profundo por lo que no se hará en este acápite, sino en los siguientes.

En lo que definitivamente la Constitución actual supera a las anteriores es la amplia gama de sujetos pasivos y de objetos impugnables, no solo es la autoridad pública y quienes actúan por delegación del Estado, sino también los particulares, en sentido puro. En cuanto a estos, si bien aparecen ya en 1998, allí solo se puede ir contra particulares si causan daño grave y atentan contra un derecho comunitario, colectivo o difuso. En cambio, en la Constitución de 2008, estas causales se amplían considerablemente, además del daño grave, se incluyen cuando actúan por delegación o concesión del Estado, si la persona afectada se encuentra en situación de discriminación, subordinación e indefensión. En lo referente a los objetos impugnables no solo se puede dirigir en contra de un acto de autoridad pública y otros legitimados pasivos, sino también en contra de políticas públicas.

Para el caso de los legitimados activos y pasivos es interesante el apunte que hizo Salgado respecto de que las personas jurídicas podían concurrir al amparo, no solo para los derechos del debido proceso, sino también para los derechos patrimoniales. Esta afirmación resulta novedosa actualmente en la acción de protección, porque durante un tiempo la actual Corte Constitucional mencionó varias veces que los derechos

²⁸⁴ Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 80-1.

²⁸⁵ Oyarte, *La acción de amparo constitucional*, 125-6.

patrimoniales no merecían la protección de las garantías constitucionales,²⁸⁶ por considerar que son transables o disponibles. Desde el punto de vista del autor de esta investigación, esto se debió a una inadecuada interpretación de lo propuesto por Luigi Ferrajoli, lo cual se analizará en páginas posteriores.²⁸⁷

Para el caso de los legitimados activos que sean colectivos o grupos, Salgado proponía que el representante debe ser “legitimado” no conforme a los requisitos legales normalmente exigidos, sino que “basta que pueda demostrar de modo razonable que ostenta la representación de la comunidad”.²⁸⁸ Por otro lado, la Constitución de 1998, al igual que la actual, ya incluye la protección de los convenios e instrumentos internacionales de derechos humanos; es decir, no solo se protegerá a los derechos contenidos en la Constitución. El procedimiento se mantiene más o menos parecido: en todos los casos se deja constancia de que el trámite debe ser sumario, urgente y sin dilaciones o formalidades innecesarias, mediante audiencia y se especifica que la sentencia debe ser dictada en un plazo muy corto.

3.2. La acción de protección

Este constituye uno de los temas centrales de esta investigación, por lo que se iniciará por un análisis de las cuestiones de forma: la descripción misma de la acción de

²⁸⁶ Al respecto se puede ver la sentencia de la Corte Constitucional para el periodo de transición n.º 007-10-SEP-CC, que textualmente dice: “el asunto de fondo se relaciona con el reconocimiento del derecho de posesión y/o con el derecho de propiedad, hecho que nos sitúa en un ámbito de derechos posesorios, de dominio, patrimoniales, que eventualmente y de manera expectante podría asistir a la accionante, cuestión que no procede ser ventilada por vía constitucional”. Del mismo modo se pronunció la Corte Constitucional para el periodo de transición, en la sentencia n.º 021-09-SEP-CC-09-SEP del 13 de agosto de 2009, al señalar que “el tema medular se circunscribe a un asunto eminentemente patrimonial, el cual se pone en marcha en pos de un reclamo de daños y perjuicios y en donde el núcleo central y objeto mismo de la discusión se centra en la disputa de un bien inmueble; en este marco, corresponde analizar si la disputa por un bien inmueble, como se evidencia en este caso, es o no un derecho fundamental”. También se puede revisar la sentencia de la Corte Constitucional n.º 217-16-SEP-CC del 2 de agosto de 2016, que en uno de sus apartados indica: “La corte ha declarado que la dimensión constitucional de los derechos es aquella que tiene relación directa con la dignidad de las personas, de tal manera que si ciertos hechos atacan una dimensión legal de los derechos, como la dimensión patrimonial la vía no es la idónea”. Sin embargo, de esta aparente claridad, la Corte ha reconocido el derecho de propiedad como fundamental.

²⁸⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2001) 45-50. El autor distingue la noción de derecho fundamental de la de otros derechos por la idea de “indisponibilidad”, es decir, desde su perspectiva hay ciertos derechos que por ser comunes a todos los seres humanos, deben ser extraídos de la posibilidad de que sean limitados por el legislador. En esa medida son indisponibles inclusive de los mecanismos democráticos plebiscitarios. Corresponden a aquel grupo de derechos propios del liberalismo: libertades individuales y derechos civiles. Si bien desde esta clasificación hay otro grupo de derechos “disponibles”, esto no los excluye automáticamente de la protección constitucional y menos en la propuesta de Ferrajoli. Lo que hay que distinguir es que este autor ubica a los derechos fundamentales como derechos derivados directamente de la condición de ser humano y están reconocidos como tales por la Constitución y los instrumentos internacionales, por tal razón son indisponibles.

²⁸⁸ Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 76.

protección, en la reglamentación constitucional y legal, para luego adentrarse en las preguntas que fueron expuestas *ut supra*:

- ¿Existe alguna manera formal y materialmente aceptable de diferenciar entre un asunto que involucra una cuestión de constitucionalidad y una cuestión de legalidad?
- ¿Las normas de la procedencia de la acción de protección permiten entender, sin mayores dificultades, que esta es una acción principal o, por el contrario, plantean dudas sobre su subsidiariedad?

3.2.1. La acción de protección en la regulación constitucional y legal

La acción de protección está regulada principalmente por dos cuerpos jurídicos: la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC): la primera diseña la acción de protección desde el punto de vista material, en el artículo 88; y desde el punto de vista procedimental, en el artículo 86, explicita los principios y el trámite que se darán a las acciones jurisdiccionales. Por su parte, la LOGJCC también reglamenta, de manera mucho más minuciosa, estas dos dimensiones en los artículos del 6 al 25, que desarrollan las normas y principios procesales para el tratamiento de las garantías jurisdiccionales en general, en las que se incluye la de protección, y particularmente desde el artículo 39 al 42, que especifican los requisitos de procedencia e inadmisión de la acción; por cierto, son los que más conflictos han ocasionado.

A continuación, nos referiremos a ciertas cuestiones generales de la acción de protección que generan discusión y que deben ser estudiadas antes de adentrarnos en el procedimiento y las causales de procedencia frente a terceros.

a) La naturaleza

El debate principal en este punto se ha centrado en reafirmar el paso de la acción de amparo como cautelar a la acción de protección como reparatoria. Este tránsito que parecía pacífico, no lo ha sido, principalmente porque trajo envuelta la discusión de si la acción de protección es residual, subsidiaria o principal. Cabe entonces un breve repaso de lo que ya hemos dicho líneas más arriba sobre la calidad de reparatoria y no cautelar de la acción de amparo.

Como se ha comentado, la acción de amparo no solo tenía una forma cautelar, sino también reparatoria²⁸⁹ Si se revisa la parte pertinente del artículo 95 de la Constitución de 1998, se encuentra que el objeto de la acción de amparo fue “la *adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar* inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de un autoridad pública”.²⁹⁰ Basta una interpretación literal para identificar que no solo tuvo un objeto cautelar (evitar o cesar), sino también reparatorio (remediar). Por tanto, las medidas urgentes que se habilitaron a través de este mecanismo también tenían este fin.²⁹¹

Entonces cabe preguntarse: ¿cómo nace la idea de que el amparo solo era cautelar? Al respecto, Juan Montaña señala que esta consecuencia se produce por la interpretación de que la acción reparatoria podía darse solo cuando era posible volver las cosas al estado anterior a la violación del derecho. Lo que queda claro es que esta tesis se consolidó rápidamente, tanto por lo mencionado por Montaña, como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se pronunció de esta manera y las resoluciones de la ex Corte Suprema que limitaron sustancialmente el amparo a su forma cautelar.

En este mismo sentido, debe tomarse en cuenta que la exigencia de que la violación o amenaza de violación indique de manera inminente que se causaría un “daño grave”, convirtió al amparo en netamente contencioso exigiendo de las partes procesales y del mismo juez la prueba de dicho daño y su calidad. Esto desvirtuó incluso la forma cautelar de la acción, puesto que, en estricto sentido, como señala Ramiro Ávila Santamaría, una acción cautelar debe estar orientada a dictar medidas inmediatas,²⁹² obviándose la prueba o disminuyendo su importancia, por lo menos temporalmente, con el fin de evitar un daño.

Por otro lado, la acción de protección introducida en la Constitución de 2008 señala con claridad que su objeto es “*el amparo directo y eficaz* de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales”. Esta redacción integra al menos dos elementos relevantes para la discusión que aquí se presenta, el amparo directo y eficaz y la existencia de

²⁸⁹ Montaña, “Aproximación a los elementos básicos”, 104.

²⁹⁰ Ecuador, *Constitución 1998*, art. 95; énfasis añadido.

²⁹¹ No es este el espacio para referirse a la reparación. Baste decir sobre este tema que la Corte Interamericana ha desarrollado larga jurisprudencia y ha logrado configurar un corpus conceptual contundente respecto a la reparación; integra, dentro de este grupo, a las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantía de no repetición,

²⁹² Ramiro Ávila Santamaría. “Las garantías herramientas imprescindibles de la garantía de los derechos” en Ramiro Ávila Santamaría y otros *Desafíos constitucionales. La Constitución de 2008 en perspectiva*. (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 96

vulneración de los derechos constitucionales.²⁹³ Como ya se explicó *ut supra*, las características de sencillo, rápido y eficaz derivan tanto del artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”),²⁹⁴ como del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Con el fin de verificar si la acción de protección cumple con las características de sencillo, rápido y eficaz entraremos en el análisis del artículo 25 de la CADH.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso *sencillo y rápido* o a cualquier otro recurso *efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.²⁹⁵

Como bien aclara Christian Courtis, esta redacción permite al menos dos interpretaciones:

- a) Que se está ante la exigencia de un recurso rápido, sencillo y efectivo, o
- b) Que puede haber recursos rápidos y sencillos que no sean efectivos; y, al contrario, recursos efectivos que no sean rápidos y sencillos.

En estos casos, plantea el autor argentino, se sacrificará la rapidez y sencillez en aras de la efectividad.²⁹⁶ Cualquiera de las dos sea la interpretación elegida hace falta revisar que entenderemos por cada uno de estos términos. Las palabras *sencillo* y *rápido* no tienen mayor dificultad, se trata de términos que se pueden entender en su significado común. El Diccionario de la Real Academia Española (RAE) señala que sencillo significa “que no ofrece dificultad”, “que no tiene artificio ni composición”. Aplicado al caso que

²⁹³ Por otro lado, se ha discutido a nivel de la doctrina el hecho de que la acción de amparo se denominó recurso, lo que hacía pensar que se trata de una revisión, modificación o invalidación de una resolución anterior, esto pone en cuestión la autonomía y la calidad de principal de la acción de amparo, pues parecería que se trata de la misma discusión que vuelve a ser reeditada en la fase del recurso, lo cual en el caso del amparo es inexacto.

²⁹⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. 8.

²⁹⁵ Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 25; énfasis añadido.

²⁹⁶ Courtis, “El derecho a un recurso sencillo”, 461.

ocupa esta investigación, el recurso para protección de los derechos supone la ausencia de formalidades excesivas que dificulten su puesta en marcha.

Algo similar ocurre con el vocablo *rápido*, también puede ser entendido en su acepción común, el mismo diccionario señala que por rápido se entenderá: “que se mueve, se hace o sucede a gran velocidad, muy deprisa”. Es decir, el recurso al que se hace referencia debe ser tratado más deprisa que otros en el sistema judicial. Esto es relevante si se considera que los procesos judiciales, por lo general, tienden a ser muy dilatados, duran años y este mismo hecho puede significar una revictimización de los afectados.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto comisión como corte, ha puesto especial interés en dar pautas para delimitar estos conceptos a través de su vasta jurisprudencia. Intentando modelar el recorrido que a este respecto se ha hecho en el sistema, se halla que, en un primer momento, “sobreentendió” o si se quiere recurrió a la acepción común de estos términos para solamente calificar que no se está frente a recursos rápidos y sencillos, en los diferentes casos sometidos a ellas, sin definirlos. La Corte IDH utilizó criterios como “retardo injustificado de la decisión”, lo que hace que resulten “ilusorios e inefectivos los recursos”;²⁹⁷ exceso en el “límite permisible”;²⁹⁸ rapidez con el fin de prevenir la violación de derechos.²⁹⁹ Posteriormente, la Corte utilizó como criterio el del “plazo razonable”, estándar que ha merecido mucha atención tanto de la comisión como de la corte.

Marcela Zúñiga indica que los estándares sobre el plazo razonable elaborados por la Corte han tenido un largo recorrido: encuentra que fueron tomados inicialmente de la llamada doctrina de los siete criterios, nacida en Europa, concretamente en Alemania, y de allí se trasladó a estas latitudes, primero con algunos de estos y luego reformulándolos y adaptándolos a este contexto.³⁰⁰ Se considera que la referencia al plazo razonable como criterio para poder establecer la rapidez de un recurso es adecuado y ofrece algunas variables de orientación para las cortes nacionales.

²⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*, Fondo Reparación, sentencia 31 de enero 2001, 47.

²⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, “Sentencia 2 de septiembre de 2004”, 120.

²⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo y reparaciones*, “Sentencia de 30 de junio de 2009”, 51.

³⁰⁰ Marcela Zúñiga, “Estándares internacionales relativos al plazo razonable desde una perspectiva práctica (implicaciones y casos)”, *Docplayer*, 7-13, <https://docplayer.es/34013135-Estandares-internacionales-relativos-al-plazo-razonable-desde-una-perspectiva-practica-implicaciones-y-casos.html>.

La primera vez que el Sistema Interamericano, a través de la Comisión, se refiere a la noción de plazo razonable es en el caso *Firmenich vs. Argentina*, en 1989, y en esa oportunidad incluye tres de los siete criterios,³⁰¹ contenidos en la doctrina europea de los siete criterios. Estos son: a) duración de la detención, b) naturaleza de las infracciones que han dado lugar a los procesos del denunciante, c) problemas y dificultades judiciales para la instrucción de las causas. Posteriormente, la Comisión, en el caso *Giménez vs. Argentina*, señala que “el tiempo razonable para la duración del proceso, según el artículo 8, debe medirse en relación con una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso”.³⁰² En resumen, se puede tomar en cuenta:

- Complejidad del caso.
- La conducta de los interesados.
- La conducta de las autoridades judiciales.
- Efectos generados en la situación jurídica del afectado en el caso concreto.

La complejidad se mide por la dificultad de la prueba, la pluralidad de sujetos, el contexto; la actividad procesal del interesado se enfoca en el estudio de la conducta del interesado, diferenciando los actos de defensa propiamente dichos y actos encaminados a otros fines, como justamente la dilación del proceso y la actuación u omisión del propio interesado en el empuje de la causa. En cuanto a la conducta de las autoridades, se toma en cuenta las acciones y omisiones de las autoridades, sobre todo de los tribunales. La Comisión y la Corte han sido muy claras en no admitir como justificación el argumento de insuficiencia de tribunales o carga de trabajo. Han dicho: “La garantía de plazo razonable no es una simple ecuación nacional entre volumen de litigios y número de tribunales, sino una referencia individual para el caso concreto”.³⁰³ Sobre el cuarto criterio, referido a la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso, hay que examinar si el paso del tiempo influye directamente en la situación jurídica del involucrado.³⁰⁴

³⁰¹ Doctrina adoptada en el caso *Wemhoff vs. Alemania*, 1968. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló los siguientes criterios: duración de la detención, la duración de la prisión preventiva en relación a la naturaleza del delito, a la pena señalada y a la pena que debe esperarse en caso de condena; los efectos personales sobre el detenido; la conducta del imputado en cuanto haya podido influir en el retraso del proceso; las dificultades de investigación del caso; la manera en que la investigación ha sido conducida; la conducta de las autoridades judiciales. *Ibíd.*

³⁰² *Ibíd.*, 12-3.

³⁰³ *Ibíd.*, 18 .

³⁰⁴ *Ibíd.*, 15-8.

Por último, el sistema ha construido los criterios para determinar la razonabilidad del plazo, haciendo un análisis global del procedimiento que incluye los siguientes criterios: a) estudiar las demoras y sus causas; b) ponderar los elementos objetivos (número de imputados, número de hechos delictivos) y elementos subjetivos (conductas de las partes y actividad de autoridades); c) el plazo debe apreciar la relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicte sentencia firme y definitiva.

Para cerrar la discusión del recurso rápido y sencillo, se puede decir que un criterio gravitante es el del “plazo razonable”. En cuanto al término *efectivo*, Christian Courtis, después de revisar la numerosa jurisprudencia de la Corte IDH y las observaciones generales, encuentra que hay dos dimensiones que la Corte considera para referirse a este término: la primera desde la perspectiva normativa y la segunda desde una empírica.

a) Un aspecto *normativo* relacionado con la “idoneidad” del recurso. En términos de la corte la “idoneidad” es la capacidad “para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”, y su posibilidad de “dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos”.

b) Un aspecto *empírico*, relacionado con las condiciones políticas e institucionales que hacen posible que un recurso previsto normativamente pueda “cumplir con su objeto” u “obtener el resultado para el que fue concebido”. En este segundo sentido, un recurso no es efectivo cuando es “ilusorio”, demasiado gravoso para la víctima, o cuando el Estado no asegurado su “debida aplicación [...] por parte de sus autoridades judiciales”.³⁰⁵

Desde el punto de vista normativo, Courtis acude al análisis de la jurisprudencia y observaciones generales, y sostiene que, si bien la Corte no se ha preocupado por definir de manera clara lo que se entiende por un recurso efectivo, a través de la repetición de ciertas frases en las sentencias de varios casos ha ido construyendo la idea de su significado. La Corte ha dicho, por ejemplo, que la efectividad del recurso para tutelar los derechos constitucionales es un “pilar fundamental del Estado de derecho y la democracia”, que el recurso no solo protege “los derechos de la convención”, sino también los contenidos en “la constitución y la ley” de cada país. También ha señalado que “para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o por la ley, o con que sea formalmente admisible”, sino que “se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”.³⁰⁶

³⁰⁵ Courtis, “El derecho a un recurso sencillo”, 39.

³⁰⁶ *Ibid.*, 37.

Como se puede observar, la Corte termina utilizando el criterio de “idoneidad” para significar la efectividad, pero con esto lo único que está haciendo es trasladar la discusión hacia otro lugar. Sin embargo, respecto de este término, la Corte ha señalado que los recursos “deben ser idóneos para proteger la situación jurídica infringida y capaces de producir el resultado para el que fueron concebidos”. Es decir, el aspecto empírico se manifiesta en este punto, debe poder traducirse en la realidad conforme a los objetivos con que fueron planteados. Pero la Corte va más allá y considera que no se pueden calificar como efectivos los recursos que “por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios” y acota que tal situación puede ocurrir porque la utilidad del recurso haya quedado limitada por la práctica, ya sea por la falta de independencia del Poder Judicial, por falta de imparcialidad del juez o por la falta de medios para la ejecución de las sentencias.³⁰⁷

En el país, también se ha discutido sobre estos términos, pero se lo ha hecho desde la doctrina y muy poco desde la jurisprudencia. Para revisar este punto, se debe retomar lo que dicen la Constitución y la LOGJCC.

Art. 88 de la Constitución

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.³⁰⁸

Art. 39 LOGJCC

La acción de protección tendrá por objeto el *amparo directo y eficaz* de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de *hábeas corpus*, acceso a la información pública, *hábeas data*, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria contra decisiones de la justicia indígena.³⁰⁹

Como se puede evidenciar, ni la Constitución ni la ley incluyen en la definición de la acción de protección la característica de sencillez y rapidez; sin embargo, sí se menciona que el amparo debe ser “directo”. El autor de esta investigación piensa que esta

³⁰⁷ *Ibíd.*, 37-8.

³⁰⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 88.

³⁰⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 39; énfasis añadido.

designación se refiere justamente a la rapidez y sencillez de la acción, así si se toma en cuenta la definición del diccionario de la RAE, se encuentra que el énfasis está en la rapidez; de tal forma que se puede leer que por este término “directo” se entiende que “va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios”, “que se encamina derechamente a una mira u objeto”. Por otro lado, el artículo 86 de la Constitución, en su numeral 2, literal a), ordena que el procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Es decir, en concordancia con el artículo 88 se puede sostener que, efectivamente, la acción de protección pretende ser un recurso sencillo y rápido.

La acción de protección es directa, lo que significa que, en su ejercicio, en el procedimiento, no debe encontrar obstáculos, y tanto las partes, pero sobre todo los jueces, deben ofrecer medidas positivas y negativas para permitirlo. Las medidas positivas tienen que ver con la necesidad de conformar una justicia constitucional con identidad propia, sin las formalidades que suelen ser comunes en jueces que vienen de otras materias, como la civil. Las negativas, según señala David Cordero Heredia están conformadas por aquellas medidas que buscan evitar la limitación del ámbito de aplicación de la acción de protección; en otras palabras, la exigencia de que, en ciertos casos, se agote las vías ordinarias o dejando la acción de protección para los casos en que no existan vías ordinarias.³¹⁰

Desde la doctrina, Marco Navas y Claudia Storini afirman que la rapidez y sencillez es una cuestión de celeridad; o sea, esta característica de la acción de protección supone que su trámite debe ser inmediato ante el poder judicial. Justamente por ello el proceso no tiene formalidades que lo retrasen y está pensado principalmente a través de audiencias, el trámite es oral. De todas formas, advierten los autores, permanecen exigencias excesivamente formales sobre todo en aquellas piezas procesales que deben reducirse a escrito como la demanda y contestación a demanda. Por otro lado, considerando las normas de la LOGJCC, la acción de protección debe resolverse en cuatro días, pero el promedio identificado por Navas y Storini, en su estudio es de 25 días, por lo que afirman los plazos para el juez son muy reducidos, sobre todo teniendo en cuenta que debe valorar debidamente la prueba.³¹¹

³¹⁰ David Cordero Heredia, “¿Al fin una garantía jurisdiccional que funciona? Análisis de la acción constitucional de protección”, en *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, ed. Luis Ángel Saavedra (Quito: INREDH, 2009): 252-3.

³¹¹ Storini y Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador*, 84-7.

En cuanto al término eficaz existe mayor discusión. En el país, Marco Navas y Claudia Storini se han ocupado de este problema: su estudio sobre la acción de protección en este tema apunta a descubrir el significado del término eficaz a partir de la tutela judicial efectiva; es decir, el recurso será eficaz si contribuye al cumplimiento de dicha tutela. En ese sentido cabe recabar lo que ellos entienden por tutela judicial efectiva: “todo derecho debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso ante un órgano judicial. Siendo así, el derecho en cuestión se configura como derecho a la jurisdicción, cuyo contenido es el de lograr de los órganos judiciales una respuesta a todas las pretensiones”.³¹² Para estos autores la tutela judicial efectiva supone: acceso a un juez o tribunal, que el órgano emita una decisión fundada sobre las pretensiones; que la sentencia pueda ser impugnada; y que el fallo sea debidamente ejecutado.

Ahora bien, la eficacia se mediría respecto a la posibilidad de que la acción de protección permita el ejercicio de la tutela judicial efectiva en las dimensiones mencionadas. Para poder avanzar en esta hipótesis es necesario revisar lo que se entenderá por eficaz. El diccionario de la RAE entiende por *eficacia*: “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”; entre tanto, *efectividad* tiene el mismo significado, solo que también se añade a este último otro: “realidad, validez”. Como bien indican los autores en términos jurídicos, no es lo mismo hablar de efectividad “como sinónimo de eficacia, que hablar de efectividad como sinónimo de validez”.³¹³ Al respecto, Navas y Storini señalan que o bien el vocablo *efectivo* se utiliza como sinónimo de eficiencia y efectividad, o bien cada uno de ellos se distingue, no sin dificultad.

Por su parte, la eficiencia hace referencia a la obtención del mejor resultado posible en “el menor tiempo posible y con una utilización mínima de recursos”.³¹⁴ En el ámbito del derecho, estos términos se han entendido de diferente manera: para Kelsen la norma es efectiva si, por un lado, las personas sometidas a ella adecuan su comportamiento a la norma; y por otro, la norma es aplicada por los tribunales.³¹⁵ Storini y Navas señalan que también se puede decir que la eficacia es el logro de los propósitos del legislador, en cambio la efectividad hace relación a su reconocimiento y aplicación en la realidad.³¹⁶

³¹² *Ibíd.*, 90.

³¹³ *Ibíd.*, 44.

³¹⁴ *Ibíd.*, 45.

³¹⁵ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* (Ciudad de México: UNAM, 1995), 30.

³¹⁶ Storini y Navas Alvear. *La acción de protección en Ecuador*, 47.

Por su parte, Luis Prieto Sanchís distingue tres formas de entender el término *eficacia*: primero lo denomina *dogmático*, pues alude a los efectos o consecuencias que busca la norma, es decir, “la eficacia es así la fuerza o capacidad para producir efectos jurídicos”;³¹⁷ en ese sentido es un concepto cercano a *validez*. Por otro lado, también sostiene el autor se puede entender la eficacia como la existencia de la norma o la pertenencia al sistema jurídico del que se trate. Desde un punto de vista que denomina político, a la *eficacia* llama *eficacia de resultado*, en alusión a los resultados alcanzados por la norma, añade que, tratándose del Estado de derecho, supone el logro de los contenidos constitucionales a través de normas infraconstitucionales. Por último, desde un punto de vista sociológico, indica que se está frente a la eficacia como cumplimiento, o sea, el grado en que es aceptada y acatada por sus destinatarios.³¹⁸

En definitiva, una norma es eficaz bien si se cumple, si obtiene los resultados, en este caso constitucionales, o si tiene capacidad de generar efectos jurídicos. Esta última está, como se dijo, ligada a la validez, por lo que para definir lo que significa que un recurso sea eficaz conviene más las dos primeras definiciones. De lo revisado, se puede concluir que, materialmente, los criterios para definir si un caso concreto debe procesarse mediante una acción de protección, a lo que llama la doctrina cuestión de constitucionalidad; o si, por el contrario, el tratamiento debe darse a través de los procedimientos legales, lo que la doctrina llama cuestión de legalidad, que pasa por determinar la idoneidad y eficacia de la vía legal existente, verificación o requisito legal (artículos 40.3 y 42.4 de la LOGJCC), que determinará si para garantizar la tutela judicial efectiva la jurisdicción constitucional prevalece sobre la jurisdicción ordinaria. Cuestión que como se verá en el análisis empírico no ha sido superada.

b) La acción de protección: subsidiaria, residual o principal

Debe recordarse que el diseño jurídico de la acción de protección tuvo influencia no solo de la acción de amparo ecuatoriano, sino también de la acción de tutela colombiana y el amparo ordinario y extraordinario españoles. En el caso de Colombia, la tutela es claramente subsidiaria; en el caso español, existen dos escenarios: el del recurso ordinario y el del recurso extraordinario: el primero de amparo español es principal, se puede acudir a él sin tener que agotar ninguna vía previa; y el segundo es “subsidiario”,

³¹⁷ Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho* (Madrid: Trota, 2005), 83.

³¹⁸ *Ibid.*, 84-6.

exige el agotamiento del “recurso ordinario de amparo”. Ahora es preciso revisar la normativa de manera comparativa:

En el caso colombiano, en el artículo 88 de la Constitución Política de la República de Colombia señala:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción *solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial*, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio *para evitar un perjuicio irremediable*.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.³¹⁹

Claramente, la Constitución colombiana ha indicado que la tutela es subsidiaria y ha especificado que la Acción de Tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irrenunciable, es decir salvo que sea cautelar. Situación contraria a la nuestra que en cambio no hace ninguna especificación a nivel constitucional de la calidad de subsidiaria o residual de la acción.

En el caso español, la Constitución española en su artículo 53, numeral 2, indica:

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la *tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios* por un procedimiento basado en los *principios de preferencia y sumariedad* y, en su caso, a través del *recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.³²⁰

Como se puede ver, este artículo señala la existencia de dos procesos: el uno ante los tribunales ordinarios, que no serán las vías ordinarias, sino uno preferente y sumario, y que de él se podría presentar amparo ante el Tribunal Constitucional. Fix Zamudio, ante este panorama, se plantea como interrogantes la naturaleza del procedimiento en los

³¹⁹ Colombia Asamblea Constituyente, *Constitución de la República de Colombia*, 1991, art. 88; énfasis añadido.

³²⁰ España. Cortes del Congreso de Diputados y del Senado, *Constitución española*, 1978, art. 53, numeral 2; énfasis añadido.

tribunales ordinarios, así como la preocupación por la exigencia o no de acudir a todas las instancias antes del amparo.³²¹

El amparo ordinario, ante los tribunales ordinarios españoles, ha ido introduciéndose de manera paulatina para cada materia; en la actualidad existen para lo contencioso administrativo, laboral y civil, cada caso regulado por una ley específica, además de los ordinarios propios de cada materia.³²² La doctrina española coincide en que la más relevante es la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), que incluye la característica de recurso especial de este procedimiento ante los tribunales ordinarios y su carácter de preferente y sumario. La calidad de preferente supone que cuando se trate de una violación constitucional existe una “posición procesal ventajosa”, incluso frente a otros procedimientos ordinarios de la misma materia y por el mismo caso. Por otro lado, en cuanto a lo sumario, se entiende que el proceso tendrá “conocimiento limitado de lo que constituye el objeto del recurso”.³²³

Un punto realmente relevante por la incidencia que puede tener para nuestra realidad es la discusión que se dio en España sobre la división de vicios de constitucionalidad y de legalidad, como condición para que opere de manera adecuada el recurso preferente y sumario de protección de derechos ante los tribunales ordinarios; es decir, para el caso del amparo ordinario. Precisamente la LJCA da paso a la superación de esta discusión, pues dispone que dicho recurso será admisible siempre que tenga como finalidad restablecer o preservar los derechos fundamentales y que la sentencia se dicte cuando el acto pueda incurrir en cualquier infracción del ordenamiento jurídico. Al ampliar la infracción a cualquier norma del ordenamiento jurídico, incluye también la ley; procedería cuando se trate de vicios de constitucionalidad, así como vicios de legalidad.³²⁴

En cuanto al denominado recurso extraordinario de amparo que se ventila ante el Tribunal Constitucional español de conformidad con lo que determina la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 44, procede después de haberse agotado todos los recursos ante los órganos judiciales y que la violación del derecho sea imputable por acción u omisión de forma directa al órgano judicial, con independencia a los hechos que dieron lugar al proceso, entre otros requisitos. Es decir, se determina expresamente el

³²¹ Héctor Fix-Zamudio, “El derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca”, *Dialnet*, 255-7, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427330.pdf>.

³²² Marc Carrillo López, “La aplicación jurisdiccional del recurso de amparo ordinario (la ley 62/78, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona)”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 11 (1992): 112, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1051080.pdf>.

³²³ *Ibid.*, 86.

³²⁴ *Ibid.*, 164.

efecto indirecto de los derechos constitucionales en los conflictos entre particulares en esa garantía.

Tomando en cuenta estos elementos es importante revisar lo que ha pasado en la dogmática y doctrina ecuatorianas: constantemente se ha sostenido que la acción de protección es principal, de hecho, la Constitución no hace ninguna mención a estos elementos, pero el contenido de los artículos 40 y 42 de la LOGJCC, y también una cuestión de la práctica diaria, hacen pensar que esta garantía constitucional no es principal en realidad. Se revisan a continuación los artículos de la LOGJCC.

Artículo 40.- Requisitos.-

La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Violación de un derecho constitucional.
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
3. Inexistencia de *otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz* para proteger el derecho violado. [...]

Artículo 42.- Improcedencia de la acción.-

La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4. *Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.*
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
6. Cuando se trate de providencias judiciales.
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibles la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.³²⁵

Como se ha sostenido en esta tesis, los derechos constitucionales no solo se encuentran en la Constitución y en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, sino también en la misma ley. Esto es así no solo porque la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 25, cuando se refiere al recurso sencillo y rápido para protección de los derechos fundamentales, incluye a los de la ley, sino porque también por una cuestión histórica, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, cuando el derecho vuelve a conectarse con la ética a través de los derechos humanos, los derechos fundamentales de las personas estaban desarrollados y protegidos

³²⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, arts. 40 y 42; énfasis añadido.

principalmente en la ley. Pero, además, y esta es una cuestión de fondo, la división entre constitucionalidad y legalidad no deja de ser problemática.

Hecho este breve recorrido es momento de apartarse de la idea general aceptada por la doctrina ecuatoriana, en el sentido de que la acción de protección es principal, y se considera que en realidad se trata de una acción subsidiaria. Ello es así, no solo porque la ley delimita su acción al momento de incluir tanto en el artículo 40 como 42 la necesidad de que no exista otra vía adecuada y eficaz —lo cual pone en un segundo plano a la acción de protección, esto al margen de que tal determinación deba hacerla el juez—, sino también por una razón más abstracta relacionada con la unidad del sistema: suponer que la acción de protección es principal implica que toda materia podría ser resuelta en vía constitucional. Esto hace posible —teóricamente hablando— la desaparición de la vía ordinaria, o sea, del derecho por materias y su propia jurisdicción. Esta explicación tiene que ver con el hecho de que la Constitución reconoce igual valor a todos los derechos constitucionales, por tanto, son protegidos por la acción de protección, salvo que tengan una garantía específica. Esto supondría incluso la saturación del sistema por la vía constitucional, tomando en cuenta que los mismos jueces ordinarios son los jueces constitucionales, lo que hace que el recurso deje de ser rápido y eficaz. Precisamente por esto la doctrina ecuatoriana ha puesto mucho énfasis en diferenciar, sin demasiada suerte —sostenemos—, la materia constitucional, de la materia legal.

Quizás valga mencionar que, en España, si bien inicialmente la vía del amparo ordinario es alternativa a la ordinaria, con los requisitos exigidos —es decir, si hay violación constitucional y legal—, se puede acudir al amparo o a la vía ordinaria. En ese caso no significaría un problema saturar la jurisdicción ordinaria, porque claramente la propia Constitución española señala cuáles son los derechos considerados fundamentales, algo similar ocurre con la Constitución colombiana. En otras palabras, no todos los derechos son fundamentales, sino que existe un catálogo reducido en estos casos.

Volviendo al caso ecuatoriano, la tutela de los derechos constitucionales, vía acción de protección, supondría en principio que todos los derechos pueden ser protegidos por ese mecanismo. Entonces es el juez quien determina si corresponde la vía constitucional o legal. Se ha intentado establecer pautas desde la doctrina, sin embargo, esta investigación cree que lejos de aclarar el panorama, lo han enrarecido más. Al respecto, el autor de esta investigación propone que, una vez alegada la violación constitucional, al juez le corresponde iniciar identificando si existe otra vía idónea y eficaz para la protección del derecho; obviamente bajo el entendido de que los derechos

constitucionales tienen también protección legal. Se sostiene esta idea, ya que generalmente lo que sucede en la práctica de la acción de protección es que el juez asume que la cuestión constitucional y la legal no se juntan, entonces para poder establecer que corresponde otra vía, primero señala que la violación constitucional no existe, lo que llega al absurdo de plasmar en una sentencia que no ha existido violación constitucional, cuando por otro lado la ley también protege el derecho constitucional. Por ejemplo, un juez podría llegar a indicar que una violación al debido proceso, que podría ocasionar a la vez nulidad, no es una cuestión constitucional, sino solo legal, porque existe una vía legal para discutirlo y eventualmente declararlo nulo.

Desde esta perspectiva, el juez debe empezar analizando si la vía ordinaria es idónea y eficaz. Como ya se ha indicado, el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH ha señalado que uno de los criterios para la eficacia es la idoneidad para lograr la protección del derecho, pero además se han desarrollado otros criterios. Por ejemplo, el tiempo que tarda la acción, la dificultad de la prueba y la profundidad del debate que entrañe la discusión del derecho.³²⁶ Entonces, el camino que debe remontar el juez es a través del estudio de los hechos. Si el juez realiza primero un análisis de eficacia de la vía ordinaria, suponiendo que en prácticamente todos los casos existe tanto la vía constitucional como la legal, puede entonces entrar a revisar la existencia o no de la violación del derecho. Esto evitaría la inútil discusión sobre la necesidad de eliminar toda referencia a la ley cuando se procesan acciones de protección.

Si este es el camino por el que opta el juez, se debe primeramente definir si la acción de protección es idónea y eficaz. La presente investigación sostiene, con toda claridad, que la acción de protección es subsidiaria, así no se enfrentaría al absurdo que señala que hay derechos protegidos solo por la Constitución o dimensiones de esos derechos protegidos solo por la Constitución y otros protegidos solo por la ley. En conclusión, las normas de la procedencia de la acción de protección, leídas en conjunto, permiten, con dificultad eso sí, que la acción de protección sea una acción subsidiaria y no principal.

En el siguiente acápite se verán las discusiones sobre la pretendida distinción entre lo constitucional y lo legal.

³²⁶ Courtis, “El derecho a un recurso rápido”, 495

c) *Objeto de la acción de protección: ¿Es posible diferenciar entre la dimensión constitucional del derecho protegida por la acción de protección y la dimensión legal protegida por la vía ordinaria?*

Conforme a lo señalado por la Constitución, en su artículo 88, el objeto de la acción de protección es el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales. Ya se habló en el punto anterior sobre la eficacia, por lo que aquí se debe analizar cuáles son los derechos que se protegen a través de la acción de protección. En este punto es necesario abordar dos temas que todavía se mantienen abiertos: a) si los derechos protegidos son solo aquellos que constitucionalmente están expresamente establecidos³²⁷ o la tutela puede extenderse más allá, ya sea con los denominados derechos adscritos o con derechos establecidos en la ley, o en otros instrumentos constitucionalmente relevantes como los tratados e instrumentos internacionales; y b) existe una diferencia sustancial entre constitucionalidad y legalidad.

Existen varios caminos para identificar cuáles son los derechos protegidos por la acción de protección. La primera hace referencia a los establecidos directamente en la Constitución; aquí es necesario aclarar que se encuentran no solo los señalados de forma expresa como derechos, sino también, por bloque de constitucionalidad, los contenidos en tratados o instrumentos internacionales de derechos humanos y los que derivan de las cláusulas abiertas, como la contenida en el artículo 11, numeral 7 de la Constitución, que señala que los derechos reconocidos en la carta magna y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluyen los derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Es decir, queda abierta la posibilidad de que el juez constitucional cree derechos.

A este respecto, Juan Montaña asegura que la Constitución de 2008 es mucho más amplia en el objeto de la acción de protección que las anteriores para la acción de amparo; sostiene que los derechos económicos, sociales y culturales no eran objeto de protección en la Constitución de 1998, por estar atados a la capacidad presupuestaria del Estado,³²⁸ lo que les convertía en derechos de segunda clase. En opinión del autor de esta

³²⁷ Ismael Quintana, en su libro *La acción de protección*, señala que existen sistemas en los que la protección, a través de esta garantía, está dirigida a todos los derechos constitucionales, como el caso de Ecuador, Colombia, Honduras y República Dominicana. Existe otro grupo de ordenamientos que, en cambio, amplía esta protección a derechos cuyo origen está en la ley, como el caso de Bolivia, Guatemala y Argentina, solo que en este último caso además se incluye a los derechos protegidos por los tratados internacionales. Por último, están aquellos ordenamientos en los que la protección está dirigida solo a algunos derechos específicamente establecidos en la Constitución, como el caso de España y Chile. Quintana, *La acción de protección*, 93-4.

³²⁸ Montaña, "Aproximación a los elementos básicos", 109.

investigación, si bien es cierto que la acción de protección amplía la protección, no se coincide con la afirmación de que no se hubiera podido acudir al amparo para proteger derechos económicos; de hecho, los derechos laborales eran los que con mayor frecuencia se discutían por esa vía.

Una cuestión pendiente es hasta dónde se extiende la protección de la acción con respecto a los derechos; es decir, cuáles son derechos constitucionales y cuáles son los legales. Ismael Quintana plantea una estructura triádica para distinguir el origen de los derechos que se protegen, ya sea por la fuente, el contenido y la materia. Sobre el primer punto, para este autor, el origen legal o constitucional sería lo que distingue la cobertura de la acción de protección, entendiéndose que, si un derecho tiene origen legal, este no sería objeto de tutela de la acción de protección. Un primer obstáculo para superar esta premisa es que la ley tiene generalmente sustento constitucional, razón por la que el origen legal no es siempre puro, porque las leyes desarrollan generalmente derechos constitucionales y permiten su efectivización. Por otro lado, las normas legales también pueden recoger derechos fundamentales, ya sea que estos estén o no recogidos en la Constitución. Un ejemplo claro de este hecho es el derecho de huelga en el sector público que está recogido en el Código del Trabajo, pero, hay dudas respecto de la forma en qué está plasmado en la Constitución, en el artículo 326, numeral 15.

Por otro lado, en cuanto a la materia, el señalado constitucionalista plantea que se puede establecer una diferencia entre la competencia propia del juez ordinario y la del juez constitucional, y considera que el criterio de diferenciación se encuentra en el hecho de que si lo que se discute es materia ordinaria, le corresponderá al juez ordinario resolverlo, pero si se refiere a materia constitucional, tendrá que hacerlo el juez constitucional. No obstante, como se puede observar, este criterio es tautológico, no establece cuál es la diferencia entre la materia ordinaria y la materia constitucional, pues prácticamente todos los derechos tienen su fundamento constitucional y su regulación legal. O sea, como él mismo reconoce: “la legalidad no desaparece es un simple componente de la constitucionalidad”.³²⁹

Quintana hace énfasis sobre el tipo de proceso que involucra a la discusión sobre la diferencia entre la materia legal y constitucional, parte de la diferenciación que realiza la doctrina entre un proceso de conocimiento y un proceso declarativo. Por el primero se entiende un proceso en el que se resuelve una controversia, hechos dudosos o derechos

³²⁹ Quintana, *La acción de protección*, 98-104.

contrapuestos, sobre los cuales el juez debe pronunciarse; en cambio, los procesos declarativos reconocen la existencia de un derecho o una situación jurídica. Desde este punto de vista, señala el autor que la acción de protección es un proceso de conocimiento.³³⁰

Sin embargo, en la presente investigación se considera que esta diferenciación no es la sustancial para identificar la diferencia entre procesos constitucionales y procesos legales, pues como alguna parte de la doctrina reconoce los procesos declarativos y de conocimiento, son sinónimos. Además, la distinción entre aquello que pone en oposición derechos o hechos dudosos y el reconocimiento de una situación jurídica sigue siendo problemática.

Por último, también Quintana señala que otro criterio para distinguir entre lo legal y lo constitucional es lo que llama el “contenido del derecho”. Para ello se enfoca en lo que la doctrina ha denominado “contenido esencial”; al respecto hace el siguiente aporte: en primer lugar, qué elementos permiten establecer los rasgos del derecho que constituyen su contenido esencial; la teoría ha señalado que son aquellas características que dan identidad al derecho. Por tanto, cuando la protección tiene como finalidad estos rasgos se estaría frente a una cuestión constitucional; y cuando esos rasgos son otros, de la periferia del derecho, se estaría ante una cuestión legal. En segundo lugar, llama la atención sobre el hecho de que todos los derechos constitucionales tienen aspectos regulados por la ley y esto no supone que las acciones de protección deban ser desechadas porque tienen protección legal, lo que tiene que atender el juez es si la parte para la que se exige protección constitucional es aquella que forma el contenido esencial del derecho.³³¹

Tampoco esta parece una formulación suficiente, pues la determinación de aquello que da “identidad a un derecho” depende del ejercicio interpretativo del juez constitucional, que en el caso ecuatoriano tiene escaso desarrollo. Esto se da no solo porque el juez comparte jurisdicción constitucional y ordinaria, sino también porque es la Corte Constitucional la llamada a llenar de contenido los derechos, cuestión que no ha sido abordada con seriedad por ese ente.

Ahora bien, nuestra postura al respecto es que esta diferencia entre la constitucionalidad y la legalidad, en realidad es una creación arbitraria derivada de la preocupación judicial de que la jurisdicción constitucional se superponga a la ordinaria.

³³⁰ *Ibíd.*, 67.

³³¹ *Ibíd.*, 103.

Consideramos que no hay diferencia entre la constitucionalidad y la legalidad que pueda encontrarse en la naturaleza jurídica de dichos conceptos, como lo han pretendido las posturas aquí expuestas. Sin embargo, de que, es totalmente necesario encontrar una diferenciación funcional que no haga inútil la jurisdicción ordinaria.

Desde nuestra postura, el criterio para distinguir dichos conceptos puede construirse de la mano de la propia LOGJCC a través de las nociones de idoneidad y eficacia. Estas dos ideas han sido desarrolladas en esta tesis en el literal *a) la naturaleza*, del punto 3.2.1. La acción de protección en la regulación constitucional y legal, en este mismo capítulo, de modo que no vamos a repetir aquí tales argumentos, baste decir que antes de decidir si un asunto que se debate debe ser asumido por la jurisdicción constitucional u ordinaria es necesario que el juez identifique si existe otra vía judicial idónea y eficaz que pueda atender y resolver el conflicto jurídico. Como indicamos anteriormente la idoneidad está relacionada, según los criterios expresados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la capacidad jurídica de responder u ofrecer una solución al conflicto; y, la eficacia, según la jurisprudencia de esta misma Corte, está relacionada con la capacidad real de producir un resultado, en este caso concreto de solucionar, reparar o cesar la violación de un derecho constitucional.

Entonces, la decisión de si un asunto es constitucional o legal pasa por la verificación de la idoneidad y la eficacia de alguna otra vía ordinaria que pudiera ser alternativa a la constitucional. Solo con fines ilustrativos mencionaremos como ejemplo un asunto clásico en la práctica judicial: la discusión en torno a un despido discriminatorio de un obrero. El trabajador puede recurrir al Código del Trabajo y, también a la vía constitucional, por existir una violación al principio de igualdad, ¿la pregunta es existe una vía alternativa a la Constitucional? Sí; es idónea y eficaz: no. ¿Por qué? podría ser idónea porque la acción laboral tiene capacidad jurídica de responder ante un despido discriminatorio; sin embargo, no es eficaz, porque una acción laboral puede tomar tres años en tramitarse y requiere que el trabajador le dedique tiempo y constancia por lo que no es infrecuente que el trabajador abandone la demanda.

Es decir, si bien no se puede calificar a un asunto sometido a la jurisdicción constitucional como de mera legalidad o constitucionalidad, basándose en que: el derecho que se alega está recogido en la ley o en la constitución respectivamente; o, que dicho derecho es claramente identificable por la materia; o, que el proceso de acción de protección es de conocimiento o declarativo; o, que hay un contenido esencial de ese derecho que le convierte en susceptible de resolverse por vía constitucional; sí podemos

acudir al criterio de idoneidad y eficacia para determinar si un asunto se resuelve constitucionalmente o legalmente, sin que esto implique su calificación de constitucional o legal.

d) Legitimación activa y pasiva

Revisada la bibliografía sobre este punto³³² se encuentra que en materia constitucional se pueden identificar varios temas que no han sido abordados tanto en la legitimación activa como en la pasiva. En la activa, un asunto sin resolver lo constituye la discusión en torno a si el Estado o sus instituciones pueden ser legitimado activo para presentar una acción de protección, lo que lleva a un debate mucho más profundo de si el Estado tiene o no derechos fundamentales. En el mismo lado de la legitimación activa, también se encuentra lo referente a la forma de actuación del accionante cuando se trata de un colectivo o grupo. En ese caso habría que adentrarse en varios escenarios: el primero relativo a los colectivos que tienen derechos como tales, nacionalidades, pueblos y comunidades; y otro relativo a los grupos que se forman por una cuestión contingente, como por ejemplo los afectados por un asunto ambiental o de consumidores; es decir, se estaría frente a derechos difusos. En cambio, en el lado de la legitimación pasiva es posible discutir, primero, en torno a la legitimación pasiva de un particular, cuestión prevista por la propia Constitución y que constituye un aspecto central de esta tesis; y, segundo, si ese particular puede además de ser persona natural o jurídica, ser un colectivo o grupo no reconocido jurídicamente como persona jurídica.

Como se había anunciado, la primera cuestión a discutirse es si el Estado es o no sujeto de derechos fundamentales. Al respecto se debe mencionar que la bibliografía sobre el tema coincide en que el Estado no es sujeto de derechos fundamentales, salvo de ciertos derechos procesales, o sea, parecería ciertamente lógico que en materia de acción extraordinaria de protección podría hablarse del Estado como sujeto de derechos procesales. En este marco se plantean dos situaciones concretas: la primera hace relación a la titularidad de los derechos fundamentales y la segunda alude a la posible situación de indefensión, discriminación o subordinación del Estado frente a particulares.

Con respecto a la titularidad del Estado de los derechos fundamentales, cabe empezar recordando la frase de Luigi Ferrajoli, que resume de manera contundente toda

³³² *Ibíd.*, 105-56.

la teoría de los derechos fundamentales: los derechos son “la ley del más débil”,³³³ es decir, constituyen la carta de triunfo de los ciudadanos frente al poder estatal. Esto, por supuesto, no quiere decir que se desconozca que existen otros poderes que incluso pueden superar al Estado, poderes privados que pueden doblegarlo y no solo a los ciudadanos.³³⁴ Tal es el caso de empresas transnacionales o de organismos multilaterales, incluso de redes de crimen organizado transnacional, que pueden imponer condiciones a un Estado e incluso sanciones.

Siguiendo la línea de pensamiento de Luigi Ferrajoli y otros,³³⁵ la razón de ser de los derechos fundamentales es poder evitar el abuso o exceso de poder del Estado, o se podría decir de los poderosos frente a quien no puede hacerles frente porque carece de igualdad de condiciones: el ciudadano. Por otro lado, la construcción de la idea de derechos fundamentales permitió el surgimiento del elemento común entre individuos humanos muy diferentes, reconociéndoles el mismo valor, el valor de la dignidad como infranqueable por cualquier otro, incluidos otros individuos.

En el caso del Estado, como legitimado activo, no se estaría frente a esa situación, pues la dignidad es un valor netamente humano o, en una extensión bastante aceptada, de los seres vivos que pueden llegar a sentir dolor.³³⁶ La dignidad de un Estado está directamente relacionada con la de sus ciudadanos, no es una cuestión que se pueda establecer de un ente abstracto. En definitiva, los derechos fundamentales no le corresponden al Estado. Ahora bien, en cuanto a los derechos procesales que sí se han reconocido al Estado, parece que efectivamente los tiene no en cuanto sujeto de derechos fundamentales en sí, sino más bien de manera indirecta, ya que una violación procesal o al debido proceso supondría un atentado a la seguridad jurídica, derecho considerado fundamental.

En la investigación realizada para este trabajo, el único caso identificado sobre acción de protección en el que se discute derechos fundamentales del Estado es el N.º 17371-2015-02796, en el que el Ministerio del Interior acciona contra un ciudadano, argumentado que existe una vulneración al derecho a una seguridad integral y a la seguridad ciudadana. Con el fin de analizar algunos de los argumentos esgrimidos por los jueces de segunda instancia, se hace un breve resumen de los hechos.

³³³ Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*.

³³⁴ Mauro Benente, *Michael Foucault. Derecho y poder* (Buenos Aires: Didot, 2015), 171 y ss.

³³⁵ Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. (Madrid: Trotta, 1996) 97 y ss.

³³⁶ Eugenio Zaffaroni, *La Pachamama y el humano* (Quito: Abya-Yala, 2011), 25 y ss.

Un ciudadano particular ofrece, entre otros servicios, a través de una aplicación (app), un “botón de seguridad” para que los particulares se comuniquen a través de él, con el fin de denunciar alguna situación de inseguridad. Con este objetivo, además, organizó reuniones en muchos barrios para exponer su propuesta. Hay que tomar en cuenta que se trataba de un ofrecimiento de un servicio particular. Ante esta situación, el Ministerio del Interior interpuso una acción de protección argumentando la violación del derecho a la seguridad integral. La demanda fue rechazada. Entre los argumentos principales la Corte Provincial de Pichincha se refirió a las situaciones, reconocidas por la Constitución, en las que opera la acción de protección contra particulares, poniendo énfasis en la cuestión de la indefensión. Al respecto señala:

La subordinación o indefensión (literal d) como circunstancia que activa la acción de protección frente a particulares se da cuando producto del desnivel jurídico existente, una persona tiene la obligación de obedecer una decisión arbitraria o de realizar actos para otra que ostenta la condición de autoridad en virtud del reconocimiento que mediante contrato el primero ha hecho para el segundo o de una norma jurídica que así lo dispone; y, entonces, esto conlleva vulneración de derechos constitucionales, generando indefensión. El presente caso al ser el Estado quien acciona contra un particular obviamente no puede existir subordinación o indefensión.³³⁷

La razón principal del rechazo de la acción de protección fue precisamente que no puede haber indefensión del Estado frente a un particular. El autor de esta investigación considera que el argumento es adecuado pero incompleto, pues si bien pone el foco del debate en el desnivel existente, sin demasiada propiedad, sitúa el desnivel que produce la indefensión en la cuestión jurídica. Sin embargo, en otras circunstancias, la desigualdad es fáctica y no jurídica, lo que se revela claramente en la relación de género o entre las diferentes culturas.

El otro punto del debate en cuanto a la legitimación activa es justamente cómo se procede en el caso de que se trate de legitimados activos a quienes les unen derechos colectivos o derechos difusos. Quizás existen otros escenarios en los que no se ha reparado, no obstante, esta investigación se centrará en dos situaciones específicas relativas a derechos colectivos: los de los pueblos, nacionalidades y comunidades (artículo 57 de la Constitución de la República), y los derechos colectivos de los trabajadores.

³³⁷ Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), “Proceso constitucional n.º 17371-2015-02796”.

Con respecto a los primeros derechos mencionados, aquí no se abordarán las múltiples aristas que tiene el tema, pero sí se sentarán algunas bases para desarrollar posteriormente la tesis sobre este punto:

a) Los derechos de los pueblos, nacionalidades y comunidades tienen sentido o pueden explicarse más claramente en la relación con el otro, en este caso, en las relaciones con otros colectivos, también pueblos, nacionalidades y comunidades; es decir, de colectivo a colectivo; o entre particulares considerados individualmente frente al colectivo al que se pertenecen³³⁸ o frente a otro colectivo.

b) El reconocimiento de los derechos de los pueblos, nacionalidades y comunidades supone que existen derechos individuales particulares de los miembros del grupo, que a pesar del reconocimiento de igualdad formal siguen sufriendo desigualdad real. Un ejemplo claro sería el derecho a tener justicia propia, a través de sus propias autoridades, puesto que en la práctica los costos, la lejanía y el idioma de la justicia estatal impide su acceso. Por otro lado, también existen derechos del colectivo mismo, como por ejemplo al autogobierno, a mantener su propia cultura, a la autodeterminación, derechos que generalmente se ejercen contra el Estado o contra grupos o colectivos diferenciados.

En cuanto a los derechos colectivos de los trabajadores, como el derecho a la libertad sindical, a la contratación colectiva y a los conflictos colectivos, se puede decir lo siguiente:

a) También se presentaría la situación de un miembro del sindicato que protesta por sus derechos individuales, frente al colectivo. El escenario de un sindicato frente a otro solo se produciría cuando haya discusión en cuanto a la representación de los trabajadores, cuando uno o varios sindicatos exijan para sí la representación de un grupo de trabajadores.

b) Este segundo escenario podría aparecer cuando los sindicatos fueran impedidos de desarrollar sus atribuciones, como son justamente la representación de los trabajadores y la negociación y firma del contrato colectivo. El autor de esta investigación se inclina a pensar que más que derechos de los sindicatos, son facultades que las ejercen en nombre de los trabajadores, pues son ellos los que tienen derechos colectivos mediante sus representantes, que son los sindicatos o el comité de empresa en el caso ecuatoriano.

³³⁸ Will Kymlicka. "Derechos colectivos y derechos individuales", en *Los derechos colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección*, ed. María Belén Corredores y María Paz Ávila Ordóñez (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 5-19.

Intentando estructurar cuáles son los escenarios que se producirían en cuanto a la legitimación activa es oportuno identificar qué preguntas se desean responder: ¿quién es el legitimado activo en caso de que se discutan derechos colectivos o difusos? ¿Cuáles son los efectos de la sentencia respecto de un determinado legitimado activo se trate de un derecho colectivo o difuso? Para responder, se ha pensado en el cruce de dos dimensiones: la del derecho en discusión y la de la calidad del legitimado activo.

| Por sus propios derechos | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Individuo al colectivo al que pertenece • Efectos de la sentencia son interpartes | <ul style="list-style-type: none"> • Individuo por derechos difusos • Efectos de la sentencia son interpartes e inter pares |
| D Colectivos | D Difusos |
| <ul style="list-style-type: none"> • Representante de colectivo frente al Estado u otro colectivo • Efectos son intercomunis | <ul style="list-style-type: none"> • Representante jurídico o de hecho por derechos difusos • Efectos intercomunis |
| En representación del grupo o colectivo | |

Gráfico 1. Legitimado activo
Fuente y elaboración propias

El primer cuadrante estaría configurado por la actuación de una persona natural, en calidad de individuo, en un caso en el que se discuten derechos colectivos. La situación sería el caso de que una persona reclame derechos frente al colectivo al que se pertenece, por ejemplo, una comunidad, pueblo o nacionalidad, o un sindicato. En ese sentido cabría una sentencia interpartes.

El segundo cuadrante se refiere a la actuación de un individuo, en calidad de persona natural, en el caso de que se discutan derechos difusos. En ese caso se estaría frente a una situación de actuación por haber recibido algún daño específico. Ahora bien, puede ser que el individuo pertenezca a un grupo no definido de personas que sufrieron daño por la violación de un derecho difuso; en ese caso, la sentencia, si bien principalmente tendrá efectos particulares, interpartes, también podría tener efectos inter pares o *intercomunis*.

El tercer cuadrante está configurado por la actuación de un representante a nombre de un grupo o colectivo; en este caso, el enfoque se centraría en determinar cuáles son los elementos que constituyen la representatividad, al respecto en el caso del sindicato es claro: se trata de una persona con personería jurídica y, por tanto, con representante legal.

En el caso del colectivo como pueblo o nacionalidad, habría que recurrir a los criterios establecidos por las observaciones generales de la OIT.³³⁹

En el cuarto cuadrante confluyen: los derechos difusos y la representación del grupo. Con el fin de aclarar las particularidades de la legitimidad activa en el caso de derechos de grupo, colectivos o derechos o intereses difusos, parece oportuno referir aquí a las denominadas *Class Action*, que, si bien no están contempladas en la legislación ecuatoriana, sí pueden ofrecer un modelo para pensar la protección de derechos difusos y colectivos en lo que se refiere a los efectos de las sentencias y la legitimidad activa. Ahora cabe la pregunta: ¿el hecho de reconocer a los grupos y a las nacionalidades, comunidades y pueblos la acción de protección significa que se tiene una *Class Action* en el caso ecuatoriano?

En primer lugar, se referirá a la diferencia entre derechos colectivos, intereses difusos y derechos de grupo. Antonio Gidi utiliza la noción de derechos de grupo de manera genérica para referirse a aquellos que se contraponen a los derechos individuales. Dentro de los grupales reconoce los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

Los derechos difusos son “derecho(s) transindividual(es)³⁴⁰ e indivisible(s), que pertenece(n) a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero que están vinculadas únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica”, como, por ejemplo, el derecho a un ambiente sano. El derecho colectivo, en cambio, se define también como un derecho transindividual e indivisible, pero “pertenece a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte debido a una relación jurídica”, por ejemplo, los derechos a la contratación

³³⁹ El Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) remarcó que “dada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas. Pero es fundamental cerciorarse de que la consulta se lleva a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados”. La observación general de la comisión de expertos, sobre el Convenio N.º 169, 2008, señala en relación a la consulta que se debe: “I) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativa susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; e II) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previstas como parte del proceso en el que se determinare si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de recursos naturales”. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT* (Lima: OIT, 2009), 64

³⁴⁰ Por esta palabra se entiende que no es individual, “sino que existe como una entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos [...] no es una simple colección de derechos individuales”. Antonio Gidi, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004), 53

colectiva. Por último, se tienen los derechos individuales homogéneos como derechos individuales, divisibles con origen común; por ejemplo, sería la situación de los afectados por los descuentos no autorizados a los bancos para el pago de seguros, cuando demandan el daño.³⁴¹

El autor referido toma esta clasificación de la legislación brasilera. Hay que aclarar que esta nace precisamente de las necesidades de transparentar las formas en que los derechos pueden ser discutidos por un grupo de personas, es decir, más que una diferencia sustancial se trata de una diferencia funcional adecuada a las *Class Action*. Estas funcionarán en cada caso de manera diferente, así para los derechos difusos y colectivos la satisfacción a la pretensión de uno de los solicitantes significa la de los demás. Por ejemplo, en el caso del derecho a un río sin contaminación, si la sentencia ordena su descontaminación eso beneficiará a toda la comunidad. Algo similar ocurre con el derecho colectivo a la buena calidad de la educación o de la salud, si un grupo de personas demanda la buena calidad de la educación en una escuela privada y se concede, esto beneficiará a todos los estudiantes.

Es necesario hacer notar que la diferencia entre los derechos difusos y los colectivos es la falta de delimitación de las personas que lo conforman. En el caso de los derechos difusos, el grupo está constituido por personas unidas por hechos circunstanciales: comprar el mismo producto, ver un mismo comercial. En cambio, en los derechos colectivos las personas están ligadas por un vínculo jurídico previo. Un banco que cobra intereses excesivos.³⁴²

Los derechos individuales homogéneos tienen una cuestión común de hecho o de derecho, pero la reclamación está orientada al daño, favorece la demanda por daños, que puede ser de distinta proporción en cada caso. Por ejemplo, en el caso del derecho difuso al ambiente limpio, si la contaminación de un lago es reclamada por la comunidad y se concede, se está frente a un derecho difuso, pero cada uno de los que viven cerca pudieron haber sufrido daños, ya sea a la salud, a su actividad económica si estaban relacionados a la pesca; si mediante una demanda se hace responsable a alguien de dicha contaminación, responderá de manera diferente frente a cada uno. En ese caso se enfrenta a derechos individuales homogéneos, lo que habilita la *Class Action* es presentar una sola acción con reparaciones diferentes para cada caso.³⁴³ En resumen, la *Class Action* es “una acción

³⁴¹ *Ibid.*, 52.

³⁴² *Ibid.*, 59-60.

³⁴³ *Ibid.*, 60-1.

emprendida por un gran número de personas que sufrieron individualmente el mismo perjuicio [...] (quienes inician el proceso para) obtener la reparación de un perjuicio causado por el mismo comportamiento o por el reembolso de una suma cierta”.³⁴⁴ Es decir, están pensadas para acudir a la justicia cuando se presenta una injusticia repetitiva que lo causa el mismo comportamiento. En la *Class Action* son representantes quienes presentan y gestionan la acción ante los tribunales, y asegura a todos quienes están en esa situación una reparación en caso de obtener sentencia favorable.

Como se había sostenido líneas arriba, en cuanto a la legitimidad pasiva aparece la pregunta en torno a quienes pueden ser demandados. Al respecto hay que señalar que el principal legitimado pasivo es el Estado y sus instituciones; al respecto no hay mucho que añadir, salvo que efectivamente es frecuente que el principal violador de los derechos constitucionales sea el Estado. Aquí la cuestión más relevante tiene que ver con la legitimación pasiva de los particulares, la Constitución en este aspecto es muy clara:

Art. 88.- Y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación 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.³⁴⁵

3.2.2. Procedimiento de la acción de protección

En este acápite se abordará el procedimiento de la acción de protección, este recuento es necesario no solamente para entregar información a los lectores, sino para identificar sí, conforme lo señala una de las variables de la hipótesis planteada, hay problemas de diseño en la acción de protección que contribuyen a su escasa eficacia frente a particulares. Como ya hemos visto en párrafos anteriores, conceptualmente hablando, se presentan algunas tensiones, como: constitucionalidad-legalidad, pero también desde el punto de vista del procedimiento, se pueden encontrar varias que influyen en su desempeño.

Revisaremos cinco temas relevantes: la competencia, la demanda, la audiencia, la prueba y las formas de terminar el proceso.

Pero, antes es necesario dejar establecido que un punto del debate doctrinario ha sido la validez y sobre todo la eficacia de que no exista una jurisdicción constitucional específica para las garantías de los derechos, sino que sean todos los jueces quienes deben

³⁴⁴ Sonia Venegas Álvarez, “La *Class Action* como solución a la demanda de justicia”, *Jurídicas UNAM*, 881, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/46.pdf>.

³⁴⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 88.

tratar estos casos, de manera paralela a las otras materias que les corresponden. Sin embargo, estas primeras críticas no se sustentan en estudios empíricos que permitan afirmar con cierta base real que podría ser mejor una jurisdicción constitucional específica. Lo que sí existe es un amplio sustento, ese sí basado en estudios empíricos que indican la poca eficacia que han tenido las acciones de protección y, más aún, aquella dirigida contra particulares.³⁴⁶ Es decir, podría indicarse, todavía a manera de hipótesis que una parte de la ineficacia de las acciones de protección se explica en el hecho de que no se cuenta con jueces constitucionales exclusivos para dicha materia, y, en la práctica existe una doble competencia, debido a la materia que cada uno de los jueces constitucionales debe atender, sobre todo cuando, por razones extrajurídicas, un mismo juez está encargado de una materia diferente, además de aquella para la cual fue nombrado, y los principios que exige la práctica de la jurisdicción constitucional son distintos a los de la materia civil o laboral. Este debate todavía no está concluido y seguramente requerirá alguna decisión legislativa. Dejando de lado este asunto que corresponde más a la política judicial es momento de adentrarse en el proceso de la acción de protección.

a) Principios que rigen el proceso

La Constitución, en el artículo 86, numeral 2, señala cuáles son los principios que rigen el proceso de garantías jurisdiccionales; en resumen, diseña un proceso informal, que no está apegado a los formalismos de procesos de otro tipo. Indica que será un procedimiento sencillo, rápido y eficaz, oral en todas sus fases, sin formalidades, a tal punto que puede ser planteado por escrito u oralmente, sin la asistencia de un abogado, incluso no es necesario citar la norma infringida. Esta norma merece algunas consideraciones: con respecto a la calidad de *sencillo, rápido y eficaz*. En primer lugar, como ya se indicó *ut supra* esta norma está en entera concordancia con las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente con el artículo 25, que exige a los Estados contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los tribunales, que les ampare contra actos que violen los derechos reconocidos en la Constitución, la ley o la misma Convención. Esta cuestión ya se ha tratado en acápites anteriores.

En cuanto a la oralidad, el proceso constitucional es uno de los primeros procesos en los que rige la oralidad, como se sabe, después del laboral, lo que ha supuesto cierta

³⁴⁶ Al respecto ver Storini y Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador*.

agilidad. En cuanto a la falta de formalidades, hay que decir que en la práctica esto no se cumple, pues es común que la acción de protección se mande a completar o, lo que es más grave, que se incluyan formalidades del proceso civil o el penal, sobre todo en la consideración de la prueba con directa influencia sobre la resolución. En cuanto al uso del principio *iura novit curia*, principio por el cual el juez puede suplir la falta de conocimiento de derecho de la parte, en opinión de Ismael Quintana, en ningún caso debe completar la omisión en la pretensión, sino que solo debe circunscribirse al asunto de *iure*.³⁴⁷

Si bien el autor de esta investigación coincide con él en el hecho de que el principio *iura novit curia*, exclusivamente, habilita al juez para suplir el derecho que no ha sido señalado por las partes, sobre todo por el demandante, al contrario de lo que sostiene él, no se piensa que en materia constitucional rija el principio dispositivo, que es propio de los procesos civiles. Se considera que no es aplicable, pues se está frente a un proceso que no requiere el patrocinio de un abogado, y si esto es así, mal podría exigirse que sea la parte la que impulse el proceso, debido a la gravedad de una violación de derechos constitucionales, que no solo afecta a las partes, sino a la sociedad en general, es el juez el que dirige el proceso y lo impulsa, no las partes. El principio dispositivo no opera en materia constitucional. Por otra parte, la norma que se estudia señala cuestiones relativas a la facilidad de acceso, por ejemplo, que serán hábiles todos los días y horas, y que las notificaciones se harán a través de los medios más eficaces.

En este contexto se podría afirmar que desde el punto de vista del diseño, tanto constitucional, como legal, los principios que rigen el procedimiento constitucional aportan a la sencillez y rapidez que deben tener estos trámites, sin embargo, en la práctica jurisdiccional la cuestión es distinta, pues, el hecho de que hay amplia discrecionalidad del juez, ha llevado a una falta de consistencia en las decisiones de los tribunales, es decir, en ciertos momentos y en ciertos lugares, cada juez determina cómo se deben entender estos principios. Desde luego, que aquello se acrecienta porque la Corte Constitucional del Ecuador no ha sido acuciosa en dotar de contenido a los conceptos indeterminados, entre los cuales se encuentran varios de los principios que rigen estos procesos.

³⁴⁷ Quintana, *La acción de protección*, 19-21.

b) Competencia

La competencia en virtud de lo determinado en el artículo 86, numeral 2 de la Constitución, en concordancia con el artículo 7 de la LOGJCC se entrega al juez del lugar en el que se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Aunque la redacción es más clara y sencilla, mantiene el espíritu de la competencia de la acción de amparo, que señalaba que son competentes los jueces de lo civil y los tribunales de instancia (menos los contencioso-administrativo), de donde se consumó el acto o donde puede producir sus efectos. Lo interesante es precisamente esta posibilidad de que se pueda presentar en otro lugar distinto de donde se consumó el acto.

La ley amplía la regulación constitucional en lo relativo a los procesos de sorteo, cuando en una jurisdicción existen varios jueces y, según lo expuesto por Ismael Quintana,³⁴⁸ denomina competencia extraordinaria, es decir, las ocasiones en que por el carácter de “urgencia” de la acción es necesario presentarla ante un juez de turno. Vale la pena indicar que esta urgencia está totalmente justificada, pues se trata de violaciones a derechos constitucionales que hacen necesaria la inmediata respuesta del poder judicial, llamados a protegerlos.

Este tema que parecería que no trae mayor dificultad acarrea algunos problemas, en primer lugar, está la competencia que recae en jueces que poca experiencia tienen en materia constitucional; en segundo lugar, la dificultad que se puede presentar cuando la competencia recae en jueces multicompetentes, lo ocurre sobre todo en lugares lejanos de los centros urbanos. El juez multicompetente no solo está encargado de varias o de todas las materias, sino que también se encuentra en una situación de ilegalidad, ya que el COFJ exige jueces especializados.

Por otro lado, nuevamente nos enfrentamos al funcionamiento en la práctica, es relativamente frecuente que se extienda indebidamente la norma que sostiene que la competencia se fija por el lugar donde produce sus efectos el acto, pues, el hecho de que sea un acto nacional, y, los efectos se den en todo el país, no significa que el actor pueda buscar un juez de un lugar recóndito para presentar su demanda, cuando lo más lógico es que lo haga en lugar de su emisión, o donde tiene el domicilio.

En conclusión, podemos sostener que nuevamente el diseño parece no presentar mayores problemas, sin embargo, la práctica sí.

³⁴⁸ *Ibíd.*, 289 y ss.

c) Contenido de la demanda

El contenido de la demanda está regulado por el artículo 10 de la LOGJCC y señala cuáles son los requisitos fundamentales de esta: en primer lugar, se deben identificar con claridad la persona que acciona y la afectada en caso de ser diferente, la persona o entidad de la que se originó el acto, la descripción de la acción u omisión que causó la vulneración constitucional, el lugar de la citación al accionado, el lugar de la notificación para el accionante y la persona afectada en caso de haberla, y la declaración de no haber presentado otra garantía por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión (esta exigencia puede subsanarse en la audiencia). También en el escrito de acción pueden solicitarse medidas cautelares, si se creyere oportuno, y, por último, los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tengan como resultado la violación de derechos constitucionales.

Sobre estos requisitos es importante señalar que deben entenderse a la luz de los principios que regulan el proceso constitucional y no pueden ser considerados como un filtro para el acceso a la justicia constitucional. Ese era el espíritu del legislador, pues, en el inciso final del artículo 10, se establece la posibilidad de la completación de la demanda; inclusive, en caso de que ella no se hiciera, que el juez la tramite de todas formas, si del mero relato de los hechos se desprende que hay una violación constitucional.

También merece especial consideración el caso de haberse planteado otra garantía. La ley es clara al exigir la concurrencia de identidad subjetiva, objetiva y causa para que opere esta restricción. En otras palabras: que sean los mismos sujetos los accionantes y accionados, que sea el mismo objeto del proceso: la misma cosa, cantidad o hecho, y, por último, la misma pretensión. Es decir, pueden coexistir varias acciones constitucionales, siempre que no cumplan con la triple identidad, en cuyo caso se estaría hablando de *litis pendencia*. Desde el punto de vista del investigador de la esta tesis, estos son los únicos requisitos que debe analizar el juez el momento de calificar la demanda y no los que corresponden al artículo 40 y 42 de la LOGJCC que son una cuestión de fondo, como ya se vio anteriormente.

El artículo 40 de la LOGJCC indica que son requisitos para la presentación de la demanda: violación de un derecho constitucional; la acción u omisión de autoridad pública o ente particular; y, la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. En cuanto al artículo 42 del mismo

cuerpo legal, éste indica las denominadas causales de improcedencia de la acción de protección y recoge siete: cuando no se desprenda de los hechos una violación de derechos; cuando los actos demandados hubieren sido revocados o extinguidos; cuando en la demanda se impugne solamente la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión; cuando el acto pudiere ser impugnado en otra vía judicial, salvo el caso que se demuestre que no es idónea y eficaz; cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho; cuando se trate de providencias judiciales y cuando el acto u omisión venga del Consejo Nacional Electoral o del Tribunal Contencioso Electoral.

En este punto sí se pueden encontrar problemas de diseño en la propia norma de la LOGJCC, pues, durante varios años, concretamente desde 2009 hasta 2013, fue frecuente que los jueces constitucionales revisaran también los requisitos de los artículos 40 y 42 para la admisión a trámite de las causas de acción de protección, privando a los accionantes de la tutela judicial efectiva. De hecho, la corte constitucional tardó varios años en solucionar este problema a través de una interpretación conforme en la Sentencia 102-13-SEP-CC,³⁴⁹ en ella aclara este problema señalando que los requisitos del artículo 40 son de fondo y deben ser resueltos en sentencia y, con respecto a los del 42, solamente los contenidos en los numerales 6 y 7 debían ser resueltos mediante auto en la admisión de la demanda, los demás debían serlo en la sentencia, pues también son de fondo.

Ya hemos revisado con anterioridad lo que significa la “existencia de una vía adecuada y eficaz” y, qué se entiende por “declaración de un derecho” por lo que no se abordará aquí.

d) Prueba

El tema de la prueba es uno de los más polémicos al momento de hablar de la acción de protección, pues, por un lado, concurre el mandato de informalidad que rige para todos los procesos de garantías constitucionales; y por otro, la obligación de probar las violaciones de derechos, salvo el caso de inversión de la carga de la prueba. Una lectura atenta de la Constitución y de la LOGJCC permite la convivencia pacífica de ambos principios, sin afectar ni a la necesidad de la prueba, ni a la informalidad del proceso.

Para entrar en el debate es necesario empezar justificando la tesis de la diferencia de la prueba en un proceso ordinario y en un proceso constitucional. En primer lugar, una

³⁴⁹ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia n.º 102-13-SEP-CC”, 4 de diciembre de 2013, 25-6.

buena parte de la doctrina constitucional procesal ha señalado que la prueba, en materia constitucional, además de considerarse procedimiento, medio o resultado como en el ámbito ordinario,³⁵⁰ debe ser tomada además como un derecho.³⁵¹

Como “procedimiento [...] se refiere a una parte del proceso en la que actúan partes y juez; medio porque se refiere al conjunto de mecanismos (testigos, peritos, testimonio, etc.) legalmente establecidos, con [los] que cuentan las partes y el juez, para contribuir a formar la convicción en el juzgados [...]; y resultado, en razón de que la convicción en el juzgador solo es posible cuando se ha acreditado de manera fehaciente algo como cierto”.³⁵² Según el autor de esta investigación, además de esta tradicional forma de considerar la prueba, también es un derecho fundamental, una garantía del debido proceso, relacionada con el derecho a la defensa. Este primer elemento diferenciador entre la prueba en el proceso ordinario y en el constitucional no es el único, pues tres elementos más configuran esta institución en el derecho constitucional: el primero, hace relación al rol del juez en la prueba; el segundo, a la inversión de la carga de la prueba; y el último, la valoración de la prueba.

En cuanto a la prueba como derecho, ésta debe mirarse desde dos perspectivas: la subjetiva y la objetiva. En la subjetiva, como facultad de las personas, integra tres dimensiones: la admisión de los medios probatorios o su denegación motivada, la producción de los medios admitidos y la valoración.³⁵³ La violación de alguno de estos derechos supondrá una violación al debido proceso, protegido a su vez por la propia acción de protección o por la acción extraordinaria de protección, según se trate de un acto administrativo o judicial.

³⁵⁰ Víctor de Santo, *El proceso civil*, t. 2 (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000), 8; Hugo Alsina, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. 3 (Buenos Aires: Ediar, 1957), 224.

Eduardo Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil* (Buenos Aires: Editorial IB de f, 2002), 178.

³⁵¹ Marcelo Sebastián Midón, “El derecho a la prueba como contenido esencial de la garantía del proceso justo”, en *Proceso y Constitución*, coord. Oswaldo Gozáini (Buenos Aires: Ediar, 2009), 398. En el mismo sentido, se pronuncia Anita Giacomette Ferrer, “Valoración de la prueba por el juez constitucional”, en *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. 2, coord. Víctor Bazán (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010), 806-7.

³⁵² Angélica Porras Velasco, “La prueba en los procesos constitucionales”, en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2, ed. Angélica Porras y Juan Montaña (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011), 39.

³⁵³ *Ibid.*, 48.

La discusión sobre la admisión de los medios probatorios tiene que ver, según Couture, con la diferencia entre la pertinencia³⁵⁴ y admisibilidad.³⁵⁵ Por pertinencia se entiende la relación entre los hechos que se prueban y el tema sometido a decisión; en cambio, la admisibilidad “tiene que ver con la capacidad de un medio determinado para acreditar un hecho³⁵⁶ y es decidida por el juez. Desde este punto de vista, el autor señala que el tema de la pertinencia no se puede juzgar sino hasta la sentencia, a riesgo de prejuzgar; no así la admisibilidad que sí puede ser identificada al momento mismo de la producción.³⁵⁷ La exclusión por inadmisibilidad de una prueba debe ser debidamente motivada.

En cuanto a la producción de los medios probatorios, esto está relacionado con las reglas de la actuación de la prueba, tanto en su enunciación como en su misma producción en la audiencia. El artículo 16 de la LOGJCC, que regula esta materia, define que será la audiencia el momento de actuación de las pruebas; faculta, además de manera clara, al juez para que ordene práctica de las pruebas si así lo creyere conveniente o designe comisiones para recabarlas; indica también los términos en que dicha recolección se hará. Es importante recalcar en esta norma jurídica el tema de la inversión de la carga de la prueba: el artículo 16 empieza señalando que el accionante deberá demostrar los hechos que alega, es decir, que rige el principio general que opera en el resto de las materias jurídicas. Sin embargo, en el inciso cuarto se revierte la carga de la prueba en cuatro supuestos:

- Cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario.
- Cuando la entidad pública no suministre la información solicitada.
- Cuando se accione en contra de un particular por discriminación, subordinación e indefensión
- Cuando se accione en contra de un particular por violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.

Las dos primeras causales están relacionadas con las entidades públicas, aunque la consecuencia jurídica de inversión de carga de la prueba debe tener distinta connotación en cada una de ellas. Si es que la entidad pública no prueba lo contrario es lógico que se

³⁵⁴ El COGEP, además, incluye la utilidad y la licitud. La utilidad se refiere al grado de contribución de la prueba en el esclarecimiento de los hechos y la licitud se refiere a la concordancia constitucional en la obtención y actuación de la prueba.

³⁵⁵ Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, 45.

³⁵⁶ Porras Velasco, “La prueba en los procesos constitucionales”, 45.

³⁵⁷ Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, 194-6.

entiendan como probados los hechos del accionante, pues dada la relación de poder que existe entre la administración pública y el administrado, lo más probable es que la prueba más importante esté en manos de la administración pública. Sin embargo, el problema más relevante se presenta en el segundo supuesto, cuando la administración pública no suministre información. La norma no detalla en qué marco la falta de entrega de la información tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba: si esa falta es cuando el accionante la requirió antes de la audiencia o en la misma audiencia. En definitiva, lo más lógico sería pensar que si hubo una negativa anterior a la audiencia se invertiría la carga de la prueba.³⁵⁸

La valoración de la prueba es otro elemento sustancial. Está claro que a nivel doctrinario existen varias escuelas que han tratado este tema: la de la libre convicción, la de la tarifa legal y la de la sana crítica. Estos sistemas se suceden históricamente, la libre convicción parte de la idea de la absoluta libertad del juez para formar su convencimiento y posterior decisión, no existen reglas previas para que el juzgador asigne valor a cada prueba. En la tarifa legal es la ley la que determina el peso de la prueba y sus condiciones, de tal forma que cada prueba tiene asignado un grado de convicción para el juez, así se reconocen la prueba plena o semiplena. Por último, el sistema de la sana crítica propone que si bien el juez puede construir su convencimiento debe asistirse de las reglas de la racionalidad y la razonabilidad, y la fundamentación de su valoración debe ser “expresa, coherente y suficiente”.³⁵⁹

Otra de las etapas fundamentales en el proceso constitucional es la audiencia, espacio en el que se presentan los alegatos de las partes y las pruebas. Al respecto, el artículo 86 de la Constitución, en concordancia con el 14 de la LOGJCC, señala que la audiencia será pública, así como las reglas que deben operar durante ella, el tiempo y el orden en que se escuchará a las partes, primero el accionante y luego el accionado, con derecho de réplica, y se señala que siempre la réplica la hará el accionado. Por último, en cuanto al procedimiento, se debe revisar la forma de terminar el proceso. Al respecto, el artículo 15 de la ley describe que se puede terminar el proceso de garantías jurisdiccionales y, por tanto, de acción de protección por desistimiento, allanamiento o sentencia.

³⁵⁸ Porras Velasco, “La prueba en los procesos constitucionales”, 57-9.

³⁵⁹ Giacomette Ferrer, “Valoración de la prueba por el juez constitucional”, 811.

El desistimiento es el acto por el que el afectado puede abandonar expresamente la acción, pero tal hecho debe ser valorado por el juez, es decir, la causa podría continuar incluso sin su consentimiento. También reconoce la ley el desistimiento tácito cuando la persona afectada no compareciere a la audiencia sin justa causa y su presencia fuera indispensable para probar el daño. El allanamiento de la parte accionada puede ser total o parcial: cuando este se dé, el juez debe declarar la violación y ordenar la reparación. En el caso del allanamiento parcial, el procedimiento continuará en la parte en que no hay acuerdo. Por último, la sentencia, otra forma de terminar el proceso, por la cual el juez se pronuncia sobre el fondo y será dictada, dice la ley, en la misma audiencia y se notificará en las 48 horas siguientes.

Desde nuestro punto de vista, el diseño que trae consigo tanto la Constitución como la LOGJCC en lo que se refiere a la prueba está bastante bien logrado, sin embargo, la práctica ofrece problemas serios: desde la exigencia de su anuncio, de la presentación de copias certificadas, hasta lo reducido del tiempo para la actuación de esta. Nuevamente pensamos que es la Corte Constitucional la llamada a ofrecer parámetros generales de anuncio, admisibilidad, actuación y valoración de la prueba, siempre en el marco de los principios que rigen el proceso constitucional.

e) Reparación integral

El tema de la responsabilidad del Estado, en el derecho internacional, como sujeto que debe reparar una violación a los derechos humanos, también se vio por mucho tiempo influida por la corriente *iusprivatista*. De allí que toda violación a un compromiso internacional debe repararse de forma adecuada por parte del Estado, al que le es “imputable el hecho ilícito”.³⁶⁰ La doctrina, en este punto, ha sido clara: no se trata de una responsabilidad subjetiva en cuanto intención del sujeto (Estado) de provocar daño, sino del hecho mismo del daño, o más precisamente el incumplimiento imputable al Estado. Por tanto, siguiendo a Roberto Ago, solo hay dos requisitos para que se configure la responsabilidad internacional del Estado: “comportamiento atribuible al Estado como sujeto del derecho internacional y la contravención de la norma”.³⁶¹ En resumen, se puede

³⁶⁰ Claudio Nash Rojas, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)* (Santiago de Chile: Universidad de Chile-Facultad de Derecho / Centro de Derechos Humanos, 2007), 11.

³⁶¹ Roberto Ago, citado por Nash Rojas, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 12.

sostener que uno de los principios del derecho internacional es que toda violación a una obligación internacional que produzca un daño comporta el deber de repararlo.

Ahora bien, desde este principio general del derecho internacional, hay que aterrizar esta obligación en la de reparar cuando el Estado ha sido declarado responsable de una violación de derechos humanos. Para ello, fue necesaria una reformulación que viene aparejada desde el derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto a los sujetos de la relación internacional, que ya no son solo las unidades políticas, es decir, los Estados, sino también, “la sociedad humana universal”. Desde este punto de vista está, por un lado, el Estado y, por otro, la personas que pueden exigirle que cumpla con los derechos. Por otra parte, también el objeto del derecho internacional cambia, ya no es solo la protección de intereses recíprocos entre los Estados, sino la protección de los derechos de las personas.³⁶²

La Corte IDH ha sido prolífica en la doctrina de la reparación, su fundamento lo encuentra en el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que señala para el caso de que se determine la violación de un derecho o una libertad, “se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.³⁶³ El camino de la Corte IDH ha sido largo: en cuanto a la responsabilidad internacional, esta inicialmente exigía tres condiciones: un ilícito internacional, que sea atribuible a un Estado y además que se haya producido un daño concreto a una víctima. Sin embargo, a partir del fallo *La última tentación de Cristo*, ya no hace falta que exista culpa del agente ni tampoco que se produzca el daño.³⁶⁴ Una vez que se ha establecido por parte de la Corte que existió violación de derechos humanos, al Estado le compete restaurar la obligación original, o sea, cumplir el derecho y además reparar, otra obligación, esta vez de carácter secundario.

En cuanto a las medidas de reparación, la Corte ha reiterado que la obligación de reparar no es punitiva, sino “compensatoria”. En ese sentido, como se había visto anteriormente, operaría la reparación por equivalencia del daño. Pero no solo ese elemento, propio de la reparación del daño desde la perspectiva civilista, se cuela en la reparación de las violaciones a los derechos humanos, también se exige que el daño sea

³⁶² Nash Rojas, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 13-7.

³⁶³ Emilio Ibarlucia, *El derecho constitucional a la reparación. Su contenido y alcance* (Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2013), 95.

³⁶⁴ Nash Rojas, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 18.

directo; en otras palabras, que sea posible derivarlo del acto a través del establecimiento del nexo causal entre perjuicio y acto. Por otro lado, esos efectos del acto deben estar tutelados, es decir, son bienes jurídicos.³⁶⁵ Como ya se ha dicho con antelación, la reparación cabe sobre los daños materiales, inmateriales y se han establecido diferentes formas de compensarlos. Las principales formas que ha desarrollado la Corte IDH son:

- Cese de la violación.
- Reparaciones materiales.
 - Daño emergente.
 - Lucro cesante.
- Reparaciones al daño inmaterial.
 - Proyecto de vida.
- Otras formas de reparación.
 - Restitución.
 - Satisfacción y garantías de no repetición.

Como se puede observar, la reparación material a través del daño emergente y el lucro cesante también han sido categorías usadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para fijar la reparación material ante la violación de un derecho. Sin embargo, como se señaló, en el país se ha abstraído este hecho y se ha determinado que, si el accionante desea este tipo de reparaciones, solo los mecanismos procesales ordinarios brindan esta posibilidad, lo cual constituye un error. Esta premisa se ha asumido con más fuerza cuando la violación del derecho se ha consumado y lo que se solicita es reparación solamente y no que cese la violación del derecho.

Revisando cada una de las formas de reparación diremos que el cese de la violación se presenta hasta el momento en que se discute el caso ante la Corte; no obstante, hay que aclarar que en la mayoría de los casos la violación ya se consumó. Un ejemplo de este tipo de medidas es la orden de demarcación de territorios indígenas.³⁶⁶

En las reparaciones materiales se presentan cuando hay ocasiones en que la *restitutio in integrum* no es posible, por tanto, la compensación toma otro rumbo: la indemnización, que radica en atender a las consecuencias patrimoniales de las violaciones de derechos humanos, que consisten en la pérdida o detrimento de los ingresos (lucro

³⁶⁵ *Ibid.*, 37-8.

³⁶⁶ *Ibid.*, 40.

cesante), así como los gastos en que incurrieron las víctimas producto de la violación de derechos (daño emergente),³⁶⁷ y también los daños morales.

El daño emergente consiste en los gastos “directos e inmediatos” que debieron ser cubiertos por la víctima o sus familiares para hacer cesar el ilícito o anular sus efectos. Dentro de estos están: gastos directos, salarios dejados de percibir, gastos médicos, gastos de funerales, entre otros. La Corte ha exigido no solo la invocación de tales daños, sino su debida prueba.³⁶⁸

El lucro cesante o pérdida de ingresos. La indemnización en este caso tiene que ver con “las pérdidas patrimoniales ocasionadas por una merma de ingresos, con ocasión de una violación de derechos”.³⁶⁹ Generalmente, se calcula considerando la proyección de vida e ingresos mínimos en el país de origen.³⁷⁰

En cuanto a la reparación del daño inmaterial, también llamado daño moral, consiste en la valoración en equidad de la aflicción que ocasionó la violación de derechos humanos; posteriormente, se incluyó el “menoscabo” de valores que fueron significativos para las personas.³⁷¹

El proyecto de vida se refiere a la frustración del desarrollo o expectativas del desarrollo de la vida de la víctima, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones. Es un daño que se considera diferente al daño moral, pues tiene que ver con las proyecciones futuras. Sin embargo, la Corte no ha sido consistente en las consideraciones.³⁷²

Por último, es necesario revisar, otras medidas de reparación, dentro de este grupo están las medidas de restitución, de satisfacción y garantías de no repetición, deber de actuar en el ámbito interno. En el caso de la restitución, lo que se busca es que el afectado logre volver al estado anterior a la violación de derechos humanos. Las medidas de satisfacción y garantías de no repetición comprenden medidas para conseguir la cesación de violaciones, verificación de los hechos y revelación pública y completa de la verdad, búsqueda de desaparecidos, identidades de niños o de cadáveres de personas asesinadas y ayuda para recuperarlos, declaraciones oficiales que restablezcan dignidad o reputación, disculpas públicas, sanciones a los responsables, conmemoraciones, capacitación en

³⁶⁷ *Ibid.*, 41-2.

³⁶⁸ *Ibid.*, 43-4.

³⁶⁹ *Ibid.*, 47.

³⁷⁰ *Ibid.*, 48.

³⁷¹ *Ibid.*, 52-7.

³⁷² *Ibid.*, 58.

derechos humanos. En cuanto a las garantías de no repetición, se exige el control de las autoridades, el ajuste de los procesos civiles y militares a normas del debido proceso, fortalecimiento del poder judicial, la protección de profesionales de derecho, salud y asistencia sanitaria.³⁷³ En cuanto al deber de actuar en el ámbito interno es necesario que el Estado se comprometa a investigar las posibles violaciones de derechos humanos.

Cabe indicar que la Corte ha ido cambiando de posición respecto de los beneficiarios de la reparación y ha abierto el espectro de quienes serían los beneficiarios, desde el círculo familiar más cercano hasta personas relacionadas. Finalmente, se puede indicar que el mito de la patrimonialidad, respecto de la reparación, que tiene que ver principalmente con los conceptos de daño emergente y el lucro cesante, ha ahondado la confusión respecto de la legalidad y la constitucionalidad, que han servido como justificativo para determinar si un asunto debe ser resuelto o no mediante la garantía constitucional de acción de protección, posición instaurada, pero que no ha sido explorada ni explicada con seriedad por la Corte Constitucional.

Luigi Ferrajoli, como ya se mencionó, planteó en varios de sus textos, sobre todo en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, una diferenciación entre derechos fundamentales, en tanto que indisponibles, y derechos patrimoniales como disponibles por el legislador. Los primeros serían fundamentales, pero es claro al decir que tal “fundamentalidad” viene de la propia norma, o sea, serán calificados por la propia Constitución como tales. Desde luego, estas afirmaciones del jurista italiano deben comprenderse desde el contexto específico, el de Europa. Las Constituciones europeas y muchas latinoamericanas también distinguen los derechos fundamentales de otros derechos de las personas, sobre todo esa distinción se hace entre las libertades y derechos políticos (primera generación), de los derechos económicos y sociales (segunda generación), y solo sobre los primeros y de manera excepcional sobre los segundos operan los mecanismos de garantías jurisdiccionales.

En este sentido, Farith Simon señala que la Corte Constitucional, para el periodo de transición, utilizó el concepto de derechos fundamentales y derechos patrimoniales de Luigi Ferrajoli de manera equivocada, con lo que se disminuyó la cobertura de la acción extraordinaria de protección. Señala que la Corte erró porque considera que el derecho a ser propietario y a decidir sobre sus bienes es parte de la tipología del derecho fundamental de autonomía privada, señalado por el propio Ferrajoli, y que la Corte ha

³⁷³ *Ibíd.*, 60-1.

ignorado, reduciendo el ámbito del derecho a la propiedad sin sustento normativo, sino sobre la base de valoraciones que justifican la opción ideológica por la que se han decantado.³⁷⁴ Delia La Rocca es contraria a tal diferenciación de patrimonialidad y no patrimonialidad, porque con ello se desconoce la posibilidad de disponer del propio tiempo, movilidad, actividad física o la propia inteligencia a cambio de un salario. Si esto se tiene en cuenta, la base de la referida distinción de patrimonialidad y no patrimonialidad —que son las características de indisponibilidad e inviolabilidad— se pierden.³⁷⁵

En cuanto a la reparación, nos parece que las normas legales y constitucionales dotan de un diseño suficiente a la acción de protección, lo que, unido a la amplia doctrina internacional de los derechos humanos, generalmente usada por los jueces, han dado buenos resultados en este punto. Sin embargo, quizás sea necesario llamar la atención respecto de la absoluta negativa de los jueces a ordenar la reparación material, salvo excepciones muy raras, generalmente los jueces constitucionales son reacios a reparar materialmente los daños.

3.2.3. Causales de justiciabilidad de la Acción de Protección frente a terceros

Tal como se indicó con anterioridad, uno de los avances más importantes de la Constitución vigente es precisamente la posibilidad de activar la acción de protección frente a particulares. La premisa de que la relación de jerarquía del Estado frente al ciudadano hace posible el abuso del poder y la violación de derechos, también se presenta entre particulares, pues ahí igualmente se presentan relaciones jerárquicas. La Constitución prevé cuatro causales para la procedencia de la acción de protección frente a los particulares:

- a) Cuando la violación provoque daño grave.
- b) Si el particular presta servicios públicos impropios.
- c) Si el particular actúa por delegación o concesión.
- d) Si el afectado se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

³⁷⁴ Farith Simon Campaña, “La noción ‘derechos fundamentales’ en la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (la exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional)”, *Revista Iuris Dictio* 13, n.º 10 (2010): 27-31.

³⁷⁵ Delia La Rocca, “La patrimonialización de los derechos en la ciencia jurídica europea”, *Universidad de Catania*, <https://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/06delialarocca.htm>.

Como se puede ver, hay causales que se refieren concretamente a quien puede causar la violación y otras a quien puede resultar afectado. En el primer caso se habla de particulares que presten servicios públicos impropios y quien actúe por delegación o concesión. Por otro lado, las dos causales referidas a quien recibe la afectación ponen el foco en la producción del daño grave y de la existencia de subordinación, indefensión o discriminación. Empezaremos por revisar las que ponen atención a quienes causan la violación y luego nos referiremos a aquéllas que lo hacen en la víctima.

a) Particular que preste servicios públicos impropios o actúe por delegación o concesión

Antes de analizar cuáles son las circunstancias o condiciones en las que se puede accionar contra un particular que preste servicios públicos impropios, debe referirse a qué se entiende por esa categoría. La doctrina que habla de los servicios públicos impropios está actualmente en desuso, por lo que llama la atención que la Constitución la siga recogiendo, pues se trata de una teoría ya fue superada hace varias décadas. De todas formas, por estar referida en la Constitución parece importante hablar brevemente de ella.

Como sostiene Carlos Balbín, se pueden encontrar tres campos relativos a las funciones estatales que tienen que ver con los servicios públicos: las funciones estatales básicas, indelegables y que constituyen funciones estatales esenciales como las de justicia, seguridad y servicio exterior; los servicios sociales que son prestados por el Estado pero no exclusivamente, ya que pueden concurrir terceros privados, dentro de este grupo están: la educación, la salud y la seguridad social; y por último, los servicios públicos que el Estado debe garantizar, más bien de carácter económico, pero puede “abstenerse” de hacerlo.³⁷⁶

Otra clasificación distingue entre servicios públicos propios e impropios, que viene de la doctrina italiana³⁷⁷ y que tuvo recepción en América Latina a través de la obra de Rafael Bielsa. En su libro *Ciencia de la administración* señala:

Servicios públicos propios son los que presta o debe “prestar” el Estado directamente, o bien indirectamente, por concesionarios. [...] Servicios públicos impropios son aquellos que tienen de común con los propios el satisfacer en forma más o menos continua

³⁷⁶ Carlos Balbín, *Manual de derecho administrativo* (Buenos Aires: La Ley, 2011), 242-3.

³⁷⁷ Esta doctrina tiene su principal exponente en Arnaldo de Valles, quien por los años 20 del siglo anterior, desarrolló la distinción entre servicios propios e impropios.

necesidades colectivas, pero no es el Estado quien los presta no los concede, sino quien tan solo los “autoriza” o “permite”, y “reglamenta”.³⁷⁸

Aunque esta clasificación en la doctrina prácticamente ya no se utiliza, en la dogmática ecuatoriana sigue vigente y, de hecho, se ha mantenido en las normas constitucionales y legales. De todas formas, para interpretar el artículo 88 de la Constitución, en cuanto a la procedencia de la acción de protección frente a particulares, nos indica que cabrá tanto para los servicios propios concesionados o delegados, y los impropios.

Alguna aclaración merece el tema de la concesión y la delegación. En primer lugar, partiendo del marco general recogido por la Constitución que distingue entre servicios propios e impropios, se indica que los primeros —que los presta y debe prestarlos el Estado— se dividen a su vez en aquellos cuya prestación es directa o a través de concesión o delegación. Generalmente, se entiende por delegación al género y concesión a la especie.

La concesión será siempre temporal y depende de la decisión del Estado. Se realiza a través de un “contrato que tiene por objeto transferir la gestión del servicio público a manos de los particulares [...] el núcleo del acuerdo consiste en que el concesionario asume la obligación de prestar el servicio en determinadas condiciones y, al mismo tiempo, adquiere, entre otros, el derecho de cobrar el precio por ese servicio”.³⁷⁹ Su regulación es tanto contractual como reglamentaria. Esta definición se puede complementar teniendo en cuenta el elemento de la titularidad, de las atribuciones o facultades que se delegan a favor de un tercero.³⁸⁰ Hay que anotar que otras definiciones incluyen entre las posibilidades de la concesión a la explotación y aprovechamiento de los bienes del dominio del Estado.³⁸¹

La concesión puede tener como objeto la delegación del servicio público, de la obra pública y del uso de bienes de dominio del Estado. “Las primeras tienen por objeto satisfacer necesidades de carácter general; las segundas tratan de satisfacer la necesidad pública; las últimas, en cambio, pretenden primordialmente satisfacer la necesidad

³⁷⁸ Rafael Bielsa, *Ciencia de la administración*, (Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1955), 88-9.

³⁷⁹ Balbín, *Manual de derecho administrativo*, 265.

³⁸⁰ Flor Jiménez Bautista, “Concesión del transporte público individual”, en *Actualidad de los servicios públicos en México*, coord. David Cienfuegos y Luis Rodríguez (Ciudad de México: UNAM, 2009), 227.

³⁸¹ *Ibíd.*

privada o el interés privado del concesionario”.³⁸² No es este el espacio para entrar en el debate de las teorías de la concesión y la delegación, sin embargo, baste aquí decir que en los casos en los que existe concesión en sus diversas modalidades, por servicio público, obra pública o uso de bien de dominio estatal, cabe acción de protección en contra de un particular. Es decir, para que se habilite como legitimado pasivo debe haber sido parte del contrato de concesión en cualquiera de las modalidades señaladas. Por último, es necesario tomar en cuenta que la Constitución, en el artículo 316, establece la posibilidad de delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas con participación del Estado y a la iniciativa privada o de la economía social y solidaria. O sea, está permitida constitucionalmente la delegación.

b) La causal del daño grave

Hablar de daño supone un extenso debate que involucra necesariamente abordar temas como la responsabilidad y la reparación. Con el fin de entrar en este complejo asunto, se empezará por aclarar la pregunta: ¿cómo se va a entender y cuál es la relación del daño con la responsabilidad? Luego se pasará a abordar la reparación.

c) La responsabilidad

El desarrollo de la noción de responsabilidad es tan polémico que la doctrina viene discutiendo hasta la validez del nombre; se habla entonces de que el término responsabilidad debe sustituirse por el de “reparación” o “derecho de daños”. Esto, sobre todo, por la relación existente entre la responsabilidad civil y la reparación de los daños.³⁸³ De todas formas, la discusión en torno a los diferentes vocablos a utilizarse no se ha superado, por lo que dependerá de cada autor como lo denomine. Sin embargo, hay que aclarar que independientemente de cómo se la llame, lo que está detrás de la definición de responsabilidad es justamente la obligación que nace de ella, para hacer frente a los daños y perjuicios.

Autores como Díez Picaso,³⁸⁴ Pascual Estevill,³⁸⁵ Bonnacase,³⁸⁶ entre otros, consideran que el punto central está en la equivalencia de la responsabilidad con el

³⁸² *Ibíd.*, 228.

³⁸³ Mercedes Campos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. El caso del agua en México* (Ciudad de México: UNAM, 2000), 19.

³⁸⁴ Luis Picaso y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil* (Madrid: Tecnos, 1988), 559.

³⁸⁵ Pascual Estevill, *Derecho de daños* (Barcelona: Bosh, 1995), 13 y ss.

³⁸⁶ Julien Bonnacase, *Elementos de derecho civil* (Ciudad de México: Cárdenas, 1985), 10-1.

cumplimiento indirecto de la obligación, es decir, surgirá cuando el sujeto no ha cumplido con su deber. Aunque aquí no se abordará el tema de las diferencias entre responsabilidad penal y responsabilidad civil es necesario mencionar que son las dos principales ramas de la responsabilidad, según la rama del derecho en la que se debata.³⁸⁷ Ensayando una posible definición, se debe tomar en cuenta dos elementos para la responsabilidad: la presencia de un daño y la obligación de reparar ese daño causado. Se podría definir la responsabilidad civil como “la obligación que surge a cargo de aquel sujeto que viola el deber genérico de no causar daño a nadie, de pagar los daños y perjuicios a la víctima”.³⁸⁸

Ahora bien, en materia civil siempre se ha reconocido la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Esta clasificación obedece a la fuente que le da origen, ya sea el contrato o no. Desde este punto de vista, en el primer caso la obligación está previamente establecida en el acuerdo de las partes; en cambio, en la segunda no, sino que nace a partir de una “lesión de un interés e inobservancia de un deber de respeto y de conservación de la esfera de intereses ajenos”,³⁸⁹ que podría ser la “declaración de voluntad, enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, los hechos ilícitos, el riesgo creado o la responsabilidad objetiva y el abuso del derecho”.³⁹⁰ Es decir, en este último caso, las personas relacionadas como autor y víctima del daño no tuvieron antes ningún tipo de vínculo.

El tema de la responsabilidad, o sea, la obligación que nace de reparar un daño, tuvo durante varios siglos como fundamento la culpa. Era necesario determinar el dolo o la culpa del autor del acto que produjo el daño, precisamente por eso a esta teoría se la denominó subjetiva. Sin embargo, a mediados del siglo XIX y durante todo el siglo XX, esta noción, como pilar fundamental de la teoría de la responsabilidad, se puso en crisis y poco a poco fue abriendo espacio para la teoría del riesgo u objetiva de la responsabilidad.³⁹¹

³⁸⁷ Se debe señalar que hay varias diferencias entre la responsabilidad penal y la civil. En primer lugar está la sanción: en el derecho penal corresponde al sistema de penas; en el derecho civil corresponde principalmente a la indemnización. Otra diferencia está en la tipificación: en materia penal, un delito para ser tal y generar responsabilidad debe estar previamente tipificado en la ley; en el derecho civil, en cambio, basta que el acto cause daño para que exista la obligación de repararlo; y por último, los delitos penales a veces no causan ningún perjuicio en materia civil.

³⁸⁸ Campos, *La responsabilidad civil por daños*, 24

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ *Ibid.*, 28.

³⁹¹ Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis / Universidad de la Sabana, 2009), 3-6.

Ahora bien, toca en este punto desarrollar la noción de responsabilidad extracontractual, también llamada aquiliana, subjetiva y objetiva. La responsabilidad subjetiva requiere que la culpa o el dolo se prueben, o bien se presuma por mandato de la ley, pero cuando se trata de responsabilidad objetiva, basta la existencia de la conducta, el daño y el nexo causal. En este último caso se está frente a una responsabilidad sin elementos subjetivos. A pesar de estas diferencias, existen elementos comunes a todo tipo de responsabilidad:

- Actividad humana, que puede consistir en una acción y omisión humana. Cuando se trata de responsabilidad subjetiva es fácil identificar, pero frente a la responsabilidad objetiva no es tan obvia.
- Ilícitud del acto, que en el caso de la responsabilidad subjetiva está relacionada con el dolo y la culpa; en cambio, en el de la responsabilidad objetiva tiene que ver con una contradicción del deber general de no generar daño a nadie.
- Daño cierto, personal y antijurídico. Requisito esencial para la existencia de la responsabilidad, ya que sin él sería imposible la reparación.
- Nexos causal entre conducta y daño. Relación de causalidad entre el acto y el daño mismo, sin embargo, de su importancia se ha cuestionado la dificultad de establecer el factor causal.³⁹²

Estos elementos resultan comunes a todas las responsabilidades, sea contractual o extracontractual, e inclusive responsabilidad del Estado.

d) El daño

Como se ha dicho ya, el daño es un elemento esencial para generar responsabilidad sea subjetiva u objetiva, y por tanto, para la obligación de reparar. Pero es importante aclarar qué se debe entender por daño y sobre todo de qué tipos de daño se habla, ya que la norma constitucional que permite plantear una acción de protección contra particulares establece como causal el daño grave. Para concluir con lo que se entiende por daño grave, se especificará la delimitación de daño. Sobra decir que sobre este concepto existen decenas de definiciones, aquí se tomarán los elementos configurativos más ampliamente aceptados. Los autores han identificado dos elementos para definir lo que es el daño: por un lado, el perjuicio (alteración, lesión, herida, enfermedad, dolor, disminución del

³⁹² *Ibíd.*, 16-7. También se puede revisar Campos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, 30-7.

patrimonio) que causa en otra persona; y por otro, los ámbitos en los que opera ese perjuicio, ya sea el físico, espiritual o patrimonial.³⁹³

En cuanto al objeto de la lesión, Obdulio Velásquez indica que el daño opera sobre un bien jurídico, que puede ser patrimonial (como los derechos reales) o puede ser no patrimonial (como los derechos personales). Los dos tipos de bienes pueden verse lesionados por la acción imputable a un tercero: en esa situación se está frente a un daño indemnizable.³⁹⁴ Por tanto, los daños también podrán clasificarse en patrimoniales y extrapatrimoniales, según el bien jurídico que ataquen, inclusive un mismo acto u omisión puede generar daños a nivel de lo patrimonial y de lo extrapatrimonial.

También se ha discutido si la lesión solamente debe concretarse en la afectación al derecho. Al respecto la doctrina, de manera mayoritaria, se ha pronunciado por incluir también los casos de daño a un interés legítimo, además de los de a un derecho. Es decir, se trataría de situaciones en las que alguien sin ser titular de un derecho está siendo beneficiario lícitamente de algo y, por efecto, de la acción u omisión deja de recibir ese beneficio; en ese caso se estaría frente a un daño resarcible por afectar un interés legítimo que no es un derecho.³⁹⁵ Precisamente en este orden de ideas hay autores como Guido Alpa que considera que el daño exclusivamente debe entenderse como la “lesión a un interés protegido”.³⁹⁶

Para que el daño sea considerado tal, la doctrina ha establecido que debe cumplir con ciertos requisitos: directo (nexo de causalidad), personal y cierto; a este grupo de características se le ha agregado también el de antijurídico³⁹⁷ y que el perjuicio recaiga sobre un ámbito jurídico diferente al del autor del acto u omisión.³⁹⁸ Se revisarán a continuación cada uno de ellos. En cuanto a la calidad de directo, esta se encuentra en la conexión entre el acto y el resultado. Es decir, debe existir el nexo causal: aunque el criterio de causalidad está asediado por todos lados por la constatación de la pluricausalidad de los hechos y por la dificultosa operación de este principio en la

³⁹³ Se puede ver Adriano De Cupis, *El daño* (Barcelona: Bosh, 1975), 81; Juan Carlos Henao Pérez, *El daño* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 84; Mercedes Campos *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, 32.

³⁹⁴ Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 229.

³⁹⁵ *Ibid.*, 231.

³⁹⁶ Guido Alpa, *Nuevo tratado de responsabilidad civil* (Lima: Juristas Editores, 2006), 773.

³⁹⁷ Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 233.

³⁹⁸ Carlos Céspedes, *El daño lícito* (Madrid: La Ley, 2016), 33.

omisión, sigue siendo el principal mecanismo para establecer la relación entre acto u omisión³⁹⁹ y daño.

Lo personal hace referencia a quien tiene la titularidad del derecho, perjudicado con el hecho dañoso, o sea, quien reclama por el hecho dañoso debe ser titular del derecho. También se ha discutido a nivel doctrinario que la afectación no solo se concreta al derecho, sino también se produce un daño cuando afecta a un interés, como ya se dijo. En cuanto a esta característica, la doctrina, sobre todo la colombiana, se ha dividido en dos posiciones: la que considera que la característica de personal es sustancial al daño, representada sobre todo por Henao,⁴⁰⁰ y la que estima que esta cuestión está relacionada con la legitimación en causa, representada por Obdulio Velásquez.⁴⁰¹ En otras palabras, es una cuestión procesal en cuanto a la identificación de quienes pueden solicitar la reparación; en cambio Henao plantea que la lesión de un derecho es sustancial para que proceda la indemnización.

La otra característica es la de cierto: el daño no puede ser eventual, hipotético o meramente posible. Por certeza se entiende un estado mental por el cual se da algo como real, pero para arribar a este se requiere una serie de actos que tienen por finalidad que se pruebe la existencia del daño, es decir, que ha “producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el perjudicado”.⁴⁰² Sin embargo, si puede ser futuro, esto se entiende en la medida en que existe una probabilidad importante de que el desarrollo normal de la conducta lleve al daño. Dentro de este daño futuro, la doctrina francesa ha abordado la cuestión de la pérdida de oportunidad, que se refiere a la pérdida de un “chance” de participar en un concurso o competencia, que de ser favorable puede reportarle un beneficio. Si bien se acepta esta posibilidad, el problema se traslada a la forma de cuantificación del daño.

La antijuridicidad del daño es un elemento esencial de la resarcibilidad, pues la protección del patrimonio no es generalizada. Existen causas de excepción o, más propiamente dicho, causales de justificación del daño, o sea, la obligación de soportar las consecuencias de una acción que en principio parece dañosa. Estas causales son la legítima defensa, el estado de necesidad y el consentimiento de la víctima.

³⁹⁹ En cuanto a la omisión, se ha planteado que sí opera la causalidad, tomando en cuenta que existe un deber general de cuidado y no hacer daño a los bienes ajenos; por tanto, el nexo causal se establecería entre el resultado de la omisión la falta de cuidado del autor.

⁴⁰⁰ Juan Carlos Henao Pérez. *El daño*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 103.

⁴⁰¹ Velásquez Posada. *Responsabilidad Civil extracontractual*, 238.

⁴⁰² *Ibid.*, 235.

Para concluir el tema del daño es necesario adentrarse en la clasificación del daño. El sistema tradicional de tratamiento jurídico del daño lo clasifica en daño patrimonial y no patrimonial o moral. Durante mucho tiempo primó en el derecho la noción de que el daño era exclusivamente patrimonial; no fue sino hasta la primera mitad del siglo XIX, en Francia, que se empezó a hablar del daño moral, de aquellas consecuencias de carácter aflictivo que la víctima o sus familiares experimentaban como producto de la lesión del bien jurídico, o sea, como consecuencia del daño. Pero la lógica patrimonialista también se apoderó de este campo del daño y la traducción en dinero del daño moral es hasta ahora la manera más frecuente de resarcir una violación de derechos no patrimoniales, se habla incluso del *pretium doloris*.⁴⁰³ Además de esta clásica diferenciación, se fue introduciendo la noción de “daño biológico”: la lesión del bien protegido en sí mismo y no de la mano de las consecuencias en el patrimonio. Tiene más bien fines resarcitorios como se verá más adelante.

Los daños, dependiendo de quien sufre la afectación, pueden ser individuales o colectivos. Los individuales se clasifican, a su vez, en daño emergente, lucro cesante o daño patrimonial. Por su parte, los daños inmateriales se clasifican en moral, al proyecto de vida y alternación a las condiciones de existencia. Como se ha dicho, el tránsito desde el daño patrimonial al daño no patrimonial ha supuesto un largo camino; en esta última etapa no solo se habla de daño moral, como el clásico ejemplo de daño no patrimonial, sino de daño a la persona, partiendo de la noción de persona como central al derecho y, por tanto, como prioritaria a la hora de considerar qué daños se deben reparar. Desde este punto de vista, algunos autores rechazan seguir denominando al daño no patrimonial como moral o daño biológico, sino que directamente piensan que debería denominarse daño a la persona.⁴⁰⁴

En cuanto al daño al proyecto de vida, se considera de tal magnitud que se ha denominado incluso un daño radical a la persona, porque ha sido conectado con la libertad del ser humano, pues desde esta perspectiva, la vida misma del ser humano se explica en su dimensión temporal. Por tanto, solo es posible si proyecta su futuro, con independencia de si sus proyectos se llegan o no a concretar, pero esa misma posibilidad es la que permite la existencia humana.⁴⁰⁵

⁴⁰³ Cesare Salvi. “El daño”, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, ed. Leysser León (Lima: Ara Editores, 2001), 292-3.

⁴⁰⁴ Carlos Fernández Sessarego, “Daño moral y daño al proyecto de vida”, *Cathedra. Espiritu del derecho* V, n.º 8 (2001): 13.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, 16.

Se diferencia, por lo tanto, entre daño moral y daño al proyecto de vida, aunque ambos son considerados parte de los daños a la persona: el primero, el moral afecta la esfera de los sentimientos, pues constituye aflicción, dolor, sufrimiento; en cambio el daño al proyecto de vida afecta principalmente la libertad, la voluntad de la persona. Por otra parte, el daño moral produce sufrimiento; en cambio el daño al proyecto de vida “genera truncamiento en el desarrollo personal”. El daño al proyecto de vida altera “las condiciones de vida de la persona”, en cambio el moral la esfera emocional.⁴⁰⁶

e) Reparación

En términos generales, la reparación está relacionada con volver a la víctima a la situación, en el goce y ejercicio de sus derechos o bienes, anterior a la lesión, sin embargo, eso no es posible, pues ha transcurrido el tiempo, por ello se busca un método para restaurar el *statu quo*. Por décadas y hasta ahora es una tendencia generalizada, se intenta que sea una suma de dinero la que mediante equivalencia con la lesión sufrida permita el resarcimiento.⁴⁰⁷ La reparación hace referencia a la cuantificación del daño causado: el objeto de la reparación es el resarcimiento o recomposición del daño. Generalmente la reparación se hace cuantificando en dinero el daño, es decir, indemnizando.

Se debe señalar que es generalmente aceptado que la patrimonialidad es una característica del daño, es decir, se entiende como una alteración del patrimonio, producto o resultado de la lesión al derecho. Esto no quiere decir que no puedan ser afectados derechos no patrimoniales, sino que la violación a los bienes jurídicos generalmente se resarce por equivalencia, económicamente. Sin embargo, también se acepta que no existe exacta correspondencia “entre resarcimiento y lesión del derecho patrimonial”,⁴⁰⁸ pues aunque se ha aceptado que incluso el daño moral sea resarcido económicamente, no resulta fácil ponerle un valor al dolor.

Esta matriz dual de daño patrimonial y moral ha sido entendida solo desde la perspectiva patrimonial, lo que derivaba necesariamente en un cálculo del resarcimiento basado exclusivamente en la cuantificación a partir de la disminución de la capacidad de la víctima para generar ingresos. Sin embargo, en distintas partes del mundo, a partir de los años 70, se empieza a cuestionar esta única forma de resarcir el daño y aparece la noción de daño biológico, que lo que busca es resarcir la lesión misma del derecho y no

⁴⁰⁶ *Ibid.*, 20-21.

⁴⁰⁷ Salvi. *El daño*, 303.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, 291.

la falta de capacidad de generar ingresos.⁴⁰⁹ En la actualidad, la resarcibilidad del daño no solo está encaminada a compensar las consecuencias económicas de la lesión, sino la lesión misma del bien jurídico o del derecho.

Con todos estos antecedentes, se puede adentrar en las formas de reparación: el resarcimiento por equivalente. La base del resarcimiento del daño por equivalente está en que la víctima debe ser restituida con una suma de dinero concordante con el grado de lesión a su derecho o bien jurídico por la disminución de su patrimonio (daño emergente), ganancia no realizada (lucro cesante).⁴¹⁰ La doctrina, pero sobre todo la jurisprudencia de diferentes latitudes ha desarrollado los mecanismos mediante los cuales debe ser reparado el daño, sobre todo cuando se trata de aquellos “nuevos daños”. Para el caso de la reparación del daño a la persona, incluye, como se ha dicho, el biológico, el moral y al proyecto de vida.

Se empieza por el daño psicomático, que incluye al biológico y a la moral. Hay que anotar que varias legislaciones han construido tablas de compensaciones a partir de una equivalencia entre la disminución y la indemnización; obviamente hay que considerar que concurren tanto el daño en sí, físico o psicológico, y la disminución que eso supone para las actividades del afectado. A ese porcentaje, el juez puede aumentarlo o disminuirlo considerando la situación específica de la persona. Pero además de este daño biológico, debe analizar si esto produjo dolor, aflicción o sufrimiento, en cuyo caso se está indemnizando el daño moral y por último el proyecto de vida.⁴¹¹

Mención especial merece el trabajo que en el tema de la extensión del concepto de daño han jugado los tribunales de derechos humanos, justamente a partir de aquello que ya hemos mencionado que es la irrupción en el derecho del concepto de persona como gravitante de todo el sistema. Esto ha venido aparejado de toda una construcción jurisprudencial sobre las formas de resarcimiento de ese daño, que ha dado origen a la doctrina de la reparación, sobre todo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esta cuestión va a ser desarrollada con todo detalle en la parte correspondiente a la reparación.

Si bien la doctrina no se refiere al daño grave en sí, hace una larga referencia al daño en general. Entonces, se entiende que el daño en cualquiera de sus formas —

⁴⁰⁹ *Ibíd.*, 294-5.

⁴¹⁰ *Ibíd.*, 307.

⁴¹¹ Carlos Fernández Sessarego, “Apuntes sobre el daño a la persona”, en *La persona humana*, dir. Guillermo Borda (Buenos Aires: La Ley, 2001), 344-8.

material, inmaterial, individual o colectivo— puede ser de distinta intensidad: leve, moderado o grave. Faltaría definir qué se comprende por grave. Tampoco se ha construido, vía jurisprudencia, el contenido de la gravedad del daño. Sin embargo, considerando que se trata de una situación donde están en riesgo los derechos humanos, se podría utilizar como referencia las variables que se utilizan para calificar los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Al respecto se ha dicho que la manera de establecer la intensidad de estos radica en la frecuencia y la intensidad. Como estos dos criterios se pueden utilizar, se debería agregar uno más: justamente el de la imposibilidad de volver al Estado anterior a la violación, es decir, sería grave además de ser frecuente, intenso también cuando el paso del tiempo o la forma en que se ha producido el daño impidan volver al Estado anterior a la violación.

En cuanto a la reparación del daño no patrimonial, aunque la tendencia ha sido la reparación en dinero a través de la fórmula *pretium dolores* es cada vez más claro que no todo dolor o sufrimiento se puede compensar con dinero. En los últimos tiempos se han incorporado otras formas de compensación como medidas de satisfacción que tienen que ver más bien con la restauración del sentimiento de justicia.⁴¹² La discusión en torno a la persona y a su relevancia en el derecho, sobre todo en los derechos constitucionales, permite afirmar que la violación a un derecho constitucional no solo supone una afectación individual, sino a la humanidad en su conjunto y al sistema jurídico contemporáneo, que se traduce en la garantía de los derechos fundamentales. Por ello, es importante que se discuta si la reparación hace la diferencia entre el derecho constitucional y el derecho legal, teniendo presente que en el país la justicia ordinaria prevé mecanismos procesales para conflictos entre particulares que, de manera general, resarcen el daño con una indemnización y no la cesación del acto o la nulidad de la acción demandada o alguna otra medida diferente. Cabe señalar que se ha instalado en el imaginario que la reparación económica no puede ser procesada mediante la acción e protección, sino solo por la vía ordinaria, dejando automáticamente de la lado el concepto de reparación económica, que hace parte de la reparación integral, que constituye un derecho constitucional.

⁴¹² Salvi, *El daño*, 312-5.

f) *Cuando la persona afectada se encuentre en un estado de subordinación, indefensión o discriminación*

Una cuestión sobre la que se debe llamar la atención en este punto es que la Constitución fundamenta la procedencia de la acción de protección por el estado de la persona afectada. Este acercamiento ya se coloca en la posición de darle valor jurídico a una cualidad material real, antes que formal, es decir, vuelve la mirada sobre la desigualdad que predomina en las relaciones humanas reales, más allá de las declaraciones de igualdad la ley.

Ahora toca revisar qué se entiende por el estado de subordinación, indefensión y discriminación. Para tal objetivo, se utilizará tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que ha desarrollado ampliamente estos conceptos. Para empezar, se debe iniciar por estudiar las nociones de igualdad y desigualdad. Luigi Ferrajoli propone un sistema, muy completo, para analizar la dupla igualdad-desigualdad. Para ello sostiene que existen cuatro posibles modelos “de configuración jurídica de las diferencias y, a partir de ellos, de la igualdad y de la diferencia”.⁴¹³ Según el autor estos son: la indiferencia jurídica de las diferencias, la diferenciación jurídica de las diferencias, la homologación jurídica de las diferencias y la igual valoración jurídica de las diferencias.

En el modelo de la *indiferencia jurídica de las diferencias*, estas ni se valoran ni se reprimen, simplemente se ignoran, lo que supone que su resolución se deja a las fuerzas de los poderes privados, corresponde al estado de naturaleza; en ese momento, el derecho y los derechos están en su mínima expresión. El segundo modelo, la *diferenciación jurídica de las diferencias*, corresponde a un estado en el que se valoran ciertas diferencias y otras se desvaloran, con lo que existe una relación jerarquizada entre ellas. Las que corresponden a las valoradas positivamente constituyen un *statu* privilegiado; si bien como hace notar el autor, corresponden a sociedades arcaicas en términos jurídicos, también estuvieron presentes en los orígenes de la modernidad cuando los derechos solo eran pensados en términos de los varones, blancos y propietarios.

En el tercer modelo que corresponde a la *homologación jurídica de las diferencias*, estas se ignoran en aras de una “abstracta afirmación de igualdad”, sin embargo, tal operación no puso en cuestión el “sujeto universal” construido en la anterior

⁴¹³ Luigi Ferrajoli, “Igualdad y diferencia”, en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, ed. Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 156.

etapa, con lo que la inclusión se permite solo en la medida en que se homologa al modelo universal. El cuarto, la *igual valoración jurídica de las diferencias*, en palabras de Ferrajoli, “garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo”, pero no como en el primer modelo, entregados a las fuerzas privadas que impone la ley del más fuerte, sino desde un sistema jurídico de derechos fundamentales, es decir, desde la ley del más débil.⁴¹⁴

En este recorrido, Ferrajoli presenta el último modelo como el sistema jurídico contemporáneo basado en los derechos fundamentales; en cambio los tres anteriores, más bien como modelos sociológicos en los que la igualdad/desigualdad, se analiza desde la perspectiva de las diferencias reales.

Esta descripción nos servirá para el análisis de las tres categorías —subordinación, indefensión y discriminación—. Se parte de la afirmación de que las diferencias (desigualdades) son el hecho, la realidad con el que se manifiestan las identidades y, por otro lado, la igualdad es el horizonte normativo que se requiere alcanzar. No obstante, esto deja pendiente un problema: cómo evitar la falsa universalidad de un sujeto particular. Quizás aquí merece alguna atención el proceso de participación de los involucrados, pero, aunque este no es el espacio para tratar ese tema, sí es importante dejarlo evidenciado.

Ahora bien, si la igualdad es el valor normativo, los hechos que se le enfrentan son justamente la subordinación, la discriminación, la opresión y, como corolario de ellas, la indefensión. El tema de la discriminación ha merecido un tratamiento profundo y largo: en este acápite se va a intentar definir lo que se entenderá por discriminación. Se puede coincidir en que la discriminación es el trato diferenciado sin justificación, pero esta frase todavía no revela mucho, pues tiene vacíos; la verdadera pregunta, como dice Saba es: ¿cuáles son los criterios que permitan diferenciar las distinciones justificadas de aquellas que no lo son?⁴¹⁵ Todo el aparato teórico sobre discriminación parte del principio del trato igual para todos: dicho así parece un asunto sencillo, pero no lo es. No se trata de trato idéntico, es decir, como si todos fueran los mismos, sino que hace referencia a un trato igual para todos quienes tienen la misma circunstancia y, a su vez, esta dimensión tiene su correlato en otro: si se trata a alguien de manera diferente, tal tratamiento debe estar justificado.

⁴¹⁴ *Ibid.*, 157-9.

⁴¹⁵ Roberto Saba, “(Des)igualdad estructural”, en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, ed. Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 60

Esta pequeña introducción solo abre el camino para la discusión más profunda: ¿cuándo o con qué criterios se justifica el trato diferente para las personas que están en la misma circunstancia? La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha desarrollado dos conceptos para abordar esta cuestión: el de *rationality* (racionalidad) y el de *reasonability* (razonabilidad).⁴¹⁶ Se entiende por racionalidad, desde la jurisprudencia de los Estados Unidos, a la proporcionalidad entre medios y fines, y la razonabilidad como la “necesidad de no establecer clasificaciones arbitrarias”. Es decir, esta última “debe descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga vinculación, sustancial y justa, con el propósito de la legislación”.⁴¹⁷ Como se ve en la razonabilidad, entra en juego algún tipo de justificación material que hace relación a la justicia de la decisión. Desde ese punto de vista, no es solo necesaria la igualdad de tratamiento en igualdad de circunstancias, sino también la *calificación* de la circunstancia elegida. Esta calificación debe ser razonable en el sentido de que “guarde relación de «funcionalidad» o «instrumentalidad» entre el fin buscado por la norma y el criterio o categoría escogido para justificar el trato diferente”.⁴¹⁸

Una vez identificados los límites jurídicos del concepto de discriminación es importante analizar qué debe hacer el juez para enfrentar una situación de estas. La primera cuestión es identificar si está frente a ella o no, para eso debe recurrir a las nociones de racionalidad y razonabilidad. La Constitución, en la mayoría de países, prevé una salida más corta, justamente las denominadas categorías sospechosas, o sea, el juez debe identificar si la medida calificada de discriminatoria basa la distinción en una de las cualidades de las personas que la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos le ha dado la calificación de categoría sospechosa.

La categoría sospechosa, a decir de Ezequiel Nino, tiene dos dimensiones: la primera la clasificación en categorías que incluyen a personas históricamente desaventajadas: mujeres, indígenas, afrodescendientes, entre otras; y en la segunda, la subsistencia en el presente de diferencias de hecho, prejuicios que no les permiten desarrollar con total amplitud sus derechos.⁴¹⁹ En el caso ecuatoriano, el artículo 11, numeral 2, de la Constitución se refiere a las categorías sospechosas:

⁴¹⁶ Se puede ver el caso *F. S. Royster Guano Co v. Virginia, Reed v. Reed*.

⁴¹⁷ Saba, “(Des)igualdad estructural”, 62-3.

⁴¹⁸ Saba, “(Des)igualdad estructural”, 64.

⁴¹⁹ Ezequiel Nino, “Efecto de intención:Cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación”, en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, ed. Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 220.

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2.-Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; no por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.⁴²⁰

El constituyente ha enumerado varias características como posibles categorías sospechosas: esto, por un lado, muestra que la sociedad tiene conciencia de que por estas clasificaciones las personas han sido históricamente desaventajadas; por el otro, también enfrenta a la situación de que constantemente el juez y el propio legislador deben realizar algún análisis respecto de si es que la medida es discriminatoria. Continuando con los pasos que debe dar el juez, se ha dicho que, en primer lugar, debe identificar si está frente a una situación de discriminación: al respecto puede ayudarse de las categorías sospechosas, en el sentido de que se puede presumir que cualquier clasificación o trato diferenciado realizado con base en estas categorías tiene la sospecha de ser discriminatorio.

En este escenario, el juez se enfrenta a dos posibles variantes: una en la que sea fácilmente distinguible en la medida que hay una discriminación, con base en alguna de estas categorías, como podría ser el género, una medida que prohíbe a las mujeres hacer algo que le está permitido a los hombres; y otra variante que tiene que ver con medidas aparentemente “neutrales”, que en la práctica terminan discriminando a un grupo en específico; por ejemplo, estatura para ingresar a la carrera militar. Conociendo que generalmente las mujeres suelen tener menos talla que los hombres, esta puede ser una medida discriminatoria, aunque en apariencia “neutral”.

En esta segunda variante, cuando la medida aparenta neutralidad, a decir de Ezequiel Nino, cabe preguntarse si se debe probar o no la intención de discriminar. Como es fácil de suponer, la doctrina y la jurisprudencia tienen posiciones encontradas: por un lado, existe una etapa en la que se pensó que era necesario probar la intención de la discriminación en el sujeto que emitió la medida, pero en la actualidad tal posición ha

⁴²⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11, num. 2.

sido cuestionada, sobre todo porque se pone énfasis en los efectos al margen de la intención y por la dificultad de la prueba.⁴²¹

En los Estados Unidos, la tesis preponderante a nivel de la Suprema Corte fue precisamente la necesidad de probar la intención de la discriminación, sin embargo, a nivel de juzgados federales y algún caso a nivel de Corte Suprema, se cambió de criterio y se puso énfasis en el hecho en sí de la discriminación, es decir, en sus efectos y no en la intención. En el caso ecuatoriano, la jurisprudencia ha sido muy pobre, salvo contados casos no se ha profundizado en la noción de discriminación. Pero el mayor problema en el caso ecuatoriano es la prueba. Aunque expresamente la Constitución y la LOGJCC establecen, en los artículos 86 y 16, respectivamente, que en los casos de discriminación la carga de la prueba se revierte, tal mandato constitucional y legal no se pone en práctica en los juzgados y se exige a quien alega la discriminación que la pruebe.

La reversión de la carga de la prueba en materia de discriminación tiene su explicación en que el tratamiento diferenciado, en principio, no está permitido, pues el derecho moderno entero y los propios derechos fundamentales se fundan en la igualdad ante la ley, por tanto, cualquier comportamiento que se aleje de tal principio debe ser justificado. La Corte Constitucional colombiana, en cambio, sí ha realizado un largo recorrido jurisprudencial para atender casos de discriminación: si bien no ha puesto énfasis en la definición, sí ha construido escenarios constitucionales,⁴²² a partir de distintos casos que ha resuelto.

La inclusión de la subordinación como otra de las categorías que hace viable la acción de protección frente a particulares apareja dos grandes problemas para la comprensión del derecho constitucional y, concretamente, de los fines de la Constitución ecuatoriana. Esto se debe a que un primer vistazo de la diferencia que la doctrina⁴²³ reconoce entre discriminación y subordinación, enfrenta a la situación de aceptar que la Constitución optó por ver más allá de discriminación, que es un conflicto individual y situarse en el debate estructural de la diferencia, es decir, en las relaciones de poder, que, si bien tienen su manifestación a nivel individual, su explicación se encuentra a nivel colectivo. En ese espacio se ubica la subordinación.

⁴²¹ Nino, “Efecto de intención”, 220-2.

⁴²² Al respecto ver Diego López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, 2006).

⁴²³ M. Barrere Unzueta, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: Subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, *Universidad de Valencia*, <https://www.uv.es/CEFD/9/barrere3.pdf>.

Hay que aclarar lo dicho en el párrafo anterior: el derecho moderno, liberal, a partir de la abstracción que hace del ser humano de sus condiciones específicas de vida (sexo, género, clase social, etnia), le reconoce el mismo trato ante la ley, o sea, consagra una igualdad de *iure* como individuo. Como es lógico, solo es posible comprenderla en la medida en que se invisibilicen las distinciones de facto. Siendo así, el derecho considerará legítimo el trato igual para los iguales y desigual para los desiguales; sin embargo, este acercamiento permite identificar los tratamientos desiguales solamente a nivel individual. Un ejemplo se encontraría en un concurso de oposición y méritos en el que dos personas obtienen el mismo puntaje, y a uno lo escogen por su apariencia física: este es un tratamiento diferente injustificado, por tanto, habrá discriminación.

Por otro lado, la subordinación supone una diferencia de poder sostenida, estructural, por ejemplo, en un caso de feminicidio, que un hombre mate a una mujer por el hecho de serlo muestra justamente que entre ellos existe una relación de poder, que hace pensar a una de las partes que puede disponer de la vida de la otra porque es “superior”. La Corte Constitucional colombiana ha sido muy pródiga en la discusión sobre la discriminación y la ha ido vinculando paulatinamente a la subordinación. Varias sentencias han desarrollado algunos criterios relevantes para atender la discriminación, la Corte plantea un test de igualdad en que se toman en cuenta:

- Igualdad entre quienes.
- Igualdad en que.
- Distinción fundada o arbitraria.

El estudio de esta última categoría supone alguna dificultad, porque muy a menudo entrará en colisión otro derecho y será necesaria la ponderación.

Algunas de las sentencias más relevantes han sido: T-1083-2002, T-131-2006, T-216-2009 y T-022-2009, que se revisarán de manera general en este apartado. La primera sentencia se refiere a la negativa de ofrecer la eucaristía a un niño con parálisis cerebral, bajo el argumento que no comprendía la importancia del sacramento; la segunda en cambio trata de la negativa de una discoteca para que ingrese una mujer afrodescendiente; la tercera tiene que ver con el despido de un trabajador que fue afectado por un accidente laboral y sufrió disminución de sus capacidades para el trabajo; la cuarta se refiere al cambio en la metodología de educación de una escuela, que suponía el traslado de una aula a otra constantemente, lo que perjudica a las personas con discapacidades físicas.

En todos los casos, la Corte Constitucional procede a realizar comparaciones entre quiénes deben ser considerados iguales. En el primer caso, jóvenes feligreses católicos y

la importancia que tiene para ellos la comprensión de los sacramentos; se considera que no existe discriminación por la negativa, pero sí considera un comportamiento discriminatorio el hecho de referirse al niño como “un animalito” por la falta de comprensión debido a su parálisis cerebral. En el segundo caso, considerando los estándares diferentes de admisión al centro de diversión nocturna, se consideró el comportamiento discriminatorio, aunque llama la atención que el fundamento de la exigencia a los locales haya sido, para la Corte, el hecho de que presten un servicio público y no en sí la obligación de tratar a todos por igual, incluso en las relaciones entre particulares. En este caso también se comparó el comportamiento del local de diversiones con respecto a las demás personas y se ponderó derechos, considerando el libre ejercicio de la actividad económica y la dignidad de las personas. En el tercer caso, la Corte se decantó por declarar discriminatorio al despido intempestivo del trabajador debido a su discapacidad, ponderando los derechos a la libertad de contratación. Por último, en el caso de la escuela que cambió su metodología, ordenó a la escuela que tome las medidas necesarias que faciliten su movilidad, en este caso también se procedió a realizar una ponderación.

Una sentencia de mucha relevancia, en cuanto a la vinculación entre estos tres conceptos es justamente la T-878-14, en la que se declara la discriminación en la decisión de la universidad al haber despedido a su trabajadora, quien fuera agredida por su expareja y por tal razón se ausentó legalmente de su trabajo. En dicha sentencia se hace un reconocimiento de la histórica subordinación de la mujer por razones estructurales y su sometimiento a violencia de género, la que además termina culpabilizándole por poner en “cabeza” de ella la responsabilidad de mantener lejana la violencia y no en la sociedad y sobre todo en el agresor. El agresor, un estudiante de la universidad, solo obtuvo una recomendación; en cambio ella, una secretaria, perdió su trabajo.

La Corte considera un acto de discriminación la actuación de la universidad, parte de una consideración de la relación de poder, es decir, la sitúa estructuralmente, lo que la acerca más a las posiciones doctrinarias sobre el tema de la subordinación. Ahora ¿de qué se habla cuando se refiere a la subordinación? Si bien las consecuencias pueden ser individuales, la explicación de tal situación es estructural. El ejemplo más claro de esta situación se halla en el derecho laboral, se reconoce una relación de subordinación, o sea, de poder entre trabajador y empleador. No es una cuestión que esté ligada solamente al tratamiento diferenciado por una de las categorías sospechosas en un evento específico es una condición que tiene que ver con un *statu*, en este caso el de clase social. Otro

ejemplo también se lo puede encontrar en la tipificación de ciertos delitos contra las mujeres, como el feminicidio o femicidio en el caso ecuatoriano.

En el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional, en las acciones de protección frente a particulares, se ha preocupado por la cuestión de la discriminación y no tanto por la subordinación, a la que se ha referido de manera general sin profundizar. Respecto del primer concepto, sobre todo es relevante la Sentencia 603-12JP/19⁴²⁴, la que construye una prueba de discriminación, en la que se establecen tres criterios (estándares) para identificar si existe o no una acción discriminatoria: a) comparabilidad, b) trato diferenciado y c) verificación del resultado (vulneración del derecho) por el trato diferenciado. A partir de esta sentencia, el juez deberá analizar si la medida (acción que está acusada de discriminatoria) es discriminatoria 1) comparando si otra persona o grupo de características similares ha sido tratado de la misma forma; 2) identificando en qué se concreta el trato diferenciado aplicado a uno y a otro; y 3) describiendo si por ese trato diferenciado existe disminución en el acceso, goce o ejercicio de un derecho.

Avanzando en el desarrollo de la idea ahora, se debe revisar cómo responde la norma ante la subordinación. No se trata entonces de enfrentar un determinado evento que causó discriminación, sino una relación de poder que estructura una jerarquía, en torno a una característica (por ejemplo, género) que sitúa a la persona en el lado más débil en una situación de desventaja. Desde este punto de vista, la respuesta del derecho ha sido de diversa índole: el derecho laboral, por ejemplo, ha optado por construir una normativa, regida por un principio de tutela, asumiendo en cada momento que el trabajador está en desventaja. La categoría género no ha llegado a ese punto, pero se considera que se encamina a él, ha logrado poco a poco introducir en el mundo del derecho el reconocimiento de ciertas circunstancias que van más allá de la discriminación, observando más bien la existencia de subordinación, lo que ha llevado a respuestas encaminadas a enfrentar los problemas estructurales de desventaja de la mujer, como por ejemplo las acciones afirmativas⁴²⁵ o la tipificación del feminicidio.

⁴²⁴ Sentencia que se encuentra fuera del período de análisis de esta tesis, pero que por su importancia se menciona. Hay varias otras sentencias, que no han sido consideradas aquí, ya sea por ser posteriores al período de análisis o, porque han sido emitidas en acciones diferentes a las de protección frente a tercero, que las mencionamos de manera referencial: 037-13 SCN-CC, 292-16-SEP-CC, 61-17-IN/21, 263-18-SEP-CC, 002-13-SEP-CC, entre otras.

⁴²⁵ Las acciones afirmativas son de diversa índole. José García Añón reconoce al menos cuatro: medidas de incentivo, medidas de discriminación inversa, medidas de trato preferencial y medidas de retribución, recompensa o sanción positiva. Las primeras se refieren a aumentar los medios de inclusión o disminución de las desventajas, el ejemplo más claro, las medidas de reclutamiento. Las segundas en cambio se dirigen a “premiar” al más desventajado en una situación de partida desigual. Las terceras se

Para el caso concreto de esta tesis, en la consideración de la subordinación como una de las causales para la acción de protección frente a particulares, el juez no se debe limitar al estudio del evento concreto que genera discriminación, sino que debe enfocarse en el análisis de la relación de poder entre las partes. Para esto debe situarse en un metadiscurso, más allá de lo jurídico, que le permita estudiar la condición de subordinación y no solo la situación de discriminación.

Si se revisa lo que ha dicho la Corte Constitucional colombiana se encontrará, en cambio, que el debate no se sitúa a nivel factual sino jurídico y que para hablar de subordinación se parte de un desnivel reconocido jurídicamente. La Corte Constitucional colombiana ha puesto énfasis en tres características para definir una situación como de subordinación:

- Desnivel jurídico: autoridad y un subordinado.
- Contrato o norma jurídica que origine dicha relación.
- Vulneración de derechos constitucionales.

La Corte estudia la subordinación desde una perspectiva netamente jurídica, presupone un contrato o norma que origina una relación de subordinación que se manifiesta jurídicamente, o sea, es legítima. Sin embargo, en ese marco se violan derechos constitucionales. Por ejemplo, en una relación laboral en la que jurídicamente existe un trabajador y un empleador con desnivel jurídico, en principio no está cuestionada esa relación, de hecho, tiene un marco protector propio. Pero precisamente a partir de esa subordinación y por ella es posible que una de las partes, arbitrariamente, al margen del derecho, obligue a otro a soportar una situación violatoria de derechos.

De las sentencias de la Corte Constitucional colombiana analizadas (sentencias T-745-2002, T-333-1995, T-982-2001 y T-593-1995) se encuentra que efectivamente siempre se parte de la subordinación jurídica, aunque en distintos grados. Las sentencias T-745-2002, T-593-1995 y T-982-2001 se refieren a casos en los que median relaciones laborales: de futbolistas en el primero, quienes, tras regresar a su club de origen, después de un préstamo, no fueron reintegrados a sus funciones y se les mantuvo sin ellas y sin remuneración por varios meses. La segunda sentencia involucra a una empleada de una

dirigen a dar un trato preferencial en una situación de partida semejante. Y las cuartas son acciones que se adoptan como recompensa tras la realización de una acción querida, como por ejemplo el pago estatal de la seguridad social en el caso de incapacidad temporal por violencia intrafamiliar en contra de la mujer. José García Añón, "Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa", en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, ed. Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 264-5.

cafetería que fue trasladada de su lugar original de trabajo a otra ciudad, por tanto, había dejado a sus hijos solos y uno de ellos sufrió un accidente y no podía estar presente para cuidarle. La tercera sentencia también involucra una relación laboral en la que se obliga al trabajador a trabajar los sábados, aun cuando él pertenece a una iglesia que le impide trabajar esos días. La otra sentencia se refiere a una de las acciones de la asociación de copropietarios de un conjunto residencial, que obligó al pago de televisión por cable incluso a quienes no estuvieron en la reunión en la que se decidió.

Cómo se puede ver en todas ellas, hay una relación de subordinación jurídicamente reconocida. En ese marco se presenta la violación de derechos, una acción arbitraria que causa restricción de sus derechos, ya sea por privación de su remuneración, y por tanto, de su capacidad para cubrir sus necesidades básicas; por despido de un trabajador que se acogió a su libertad de cultos y no acudió a trabajar los sábados; y la falta de idoneidad y eficacia de las vías ordinarias, dada la urgencia de atender la vida de su hijo, de la empleada que, por orden de su empleador, estaba prestando sus servicios en otra ciudad.

Si bien este acercamiento ha permitido un desarrollo importante en la jurisprudencia colombiana, llama la atención que no se aborde la subordinación como una condición estructural, sino más bien como el abuso o la actuación arbitraria (fuera del derecho) de quien se encuentra en superioridad jerárquica: es alguna especie de “autoridad”, jurídicamente reconocida, vía norma o contrato. No es que en los casos esbozados por la Corte Constitucional colombiana no exista subordinación, sino que ella se manifiesta solo cuando se abandona el marco jurídico ya establecido para regular esas situaciones. Así lo recoge de manera clara la Sentencia T-605-1995:

En cuanto a la subordinación ha dicho que esta supone especiales poderes de sujeción, autorizados por la ley, que ejerce una persona con respecto a otra de tal modo que le puede exigir determinados comportamientos, positivos o negativos, y someterla a particulares restricciones o limitaciones; tales son los casos de los trabajadores y de los alumnos de un establecimiento educativo. Con respecto a la indefensión se ha pronunciado en el sentido de que ella comporta la ausencia de medios físicos o jurídicos eficaces e idóneos para asegurar la defensa de los derechos.⁴²⁶

Parece que ese acercamiento deja por fuera del debate la situación estructural de la subordinación, ya que no todas las relaciones de poder jerarquizadas son o están reconocidas jurídicamente, el caso de la relación laboral si lo está y quizás por eso es fácil

⁴²⁶ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia No. T-605-1995”, 12 de diciembre de 1995, corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-605-95.htm

identificarla y sobre todo establecer el abuso. Pero no así en otras relaciones de poder que no se evidencian jurídicamente o más bien tienden a ser escondidas por un discurso jurídico que parte de la igualdad para todos o de la “neutralidad” respecto de ciertas categorías.

En cuanto a la indefensión, se puede analizar el concepto desde dos posiciones, una desde la jurídica estrictamente, es decir, desde la vulneración del derecho a la defensa y, por tanto, al debido proceso; y la otra desde una perspectiva más bien sociojurídica, que hace relación a la situación en la que se encuentra alguna persona, lo que le impide precisamente ejercer su derecho a la defensa. Desde el primer punto de vista, se ha escrito bastante, sobre todo desde el derecho penal y constitucional. El debido proceso es un principio fundamental del Estado de derecho, que precisamente se concreta en la eliminación de la arbitrariedad en el juzgamiento de una persona. Por ello su manifestación actual en todas las Constituciones es un conjunto de garantías que no pueden violarse o desconocerse a lo largo del proceso judicial.

La Constitución ecuatoriana reconoce las garantías del debido proceso, en los artículos 76 y 77 (Anexo 1) que enseguida se analizan:

El tratamiento que da la Constitución al tema del debido proceso es bastante amplio y tiene dos fases. El artículo 76, aquí citado, se encarga de establecer los principios, las prohibiciones y las obligaciones de las autoridades que llevan adelante el proceso, así como los derechos que protegen al procesado, de manera general, y no solo para el derecho penal, sino para todos aquellos procesos en los que se debate sobre derechos y obligaciones de las personas. El artículo 77, en cambio, traduce las normas generales del debido proceso al proceso penal.

Desde un segundo punto de vista, se reconoce la indefensión como el resultado de la discriminación y sobre todo de la subordinación. Es decir, una situación en la que el dominado no puede reivindicar sus derechos constitucionales, se encuentra impedido de poder ejercerlos. Desde luego, ese impedimento no es solamente jurídico, sino que responde concretamente a una condición material que, como se ha visto, va acompañada de una supuesta neutralidad del derecho que pretende tratar a todos por igual. Estas limitaciones se podrían identificar a tres niveles:

- a) Las restricciones provenientes de las circunstancias fácticas.
- b) Las condiciones del dominado para repeler la violación de los derechos.

c) La ausencia, la falta de idoneidad y la ineficacia de medios de carácter material, físico o legal para enjuiciar las acciones de la autoridad administrativa o judicial que viola los derechos.⁴²⁷

La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado también este concepto, sin embargo, lo sitúa exclusivamente en el primero de los escenarios que se han planteado, en el fáctico, dejando el jurídico netamente para la subordinación. Dicha institución ha enfatizado en que la indefensión es el producto de las circunstancias o situación fáctica, que sitúa al dominado en una condición de impotencia que le impide reivindicar sus derechos o repeler el ataque, ya sea por la inexistencia de recursos materiales, físicos o legales que sean rápidos y eficaces. Las condiciones para que se dé la indefensión serían:

- Una relación de poder producto de las circunstancias y no de una norma o contrato.
- Impotencia del dominado para reivindicar sus derechos.
- Falta, idoneidad, ineficacia de medios de carácter material, físico o legal que sean adecuados y eficaces.

La Corte contrapone este concepto al de subordinación, de hecho, lo sitúa en lo fáctico. Cabría decir, en la desigualdad fáctica, que no está habilitada o reconocida legalmente, ya sea mediante norma o contrato, sino que se presenta cruda y produce violación de derechos. Obviamente si la subordinación no está reconocida y, por tanto, limitada o regulada legalmente será en realidad la falta de estos medios legales o su ineficacia los que reducen a una persona a indefensión.

De las sentencias de la Corte Constitucional colombiana analizadas (T-412-1992, T-357-1995, T-222-2004, T-375-1997 y T-263-1998), se encuentra que en todos los casos se trata de una situación en principio en igualdad de condiciones, es decir, en ninguna circunstancia se estaría frente a subordinación, pero hay ciertos actos, imputables justamente al particular, que ponen a la otra persona en indefensión. En otras palabras, sin posibilidades de acudir a medios legales para defenderse, ya sea por su inexistencia o por su ineficacia.

La primera sentencia se refiere al hecho de que, a una deudora, a través de actos de intimidación y ridiculización, se pretende obligarla a pagar una deuda; algo semejante ocurre con un local de diversión que utiliza música a alto volumen, lo que incomoda a los

⁴²⁷ Richard González Dávila, *La acción de protección frente a particulares*, tesis de maestría, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2010.

vecinos. La tercera sentencia se refiere a la negativa de una cooperativa de dejar de hacer descuentos a su cliente con el fin de que obtenga de su pensión jubilar, de esa misma cooperativa, el mínimo para sobrevivir. La cuarta, en cambio, se produce en una situación de contratación de provisión de parafina, que le fue negada al fabricante, cuando el productor de ella era uno solo en la zona, lo que lo obligaba a comprar en otro lugar y hacía reducir sus ganancias. La última se refiere a la situación de un profesor que fue acusado por el párroco de “diabólico” y llamó a los feligreses a actuar.

Como se ve en todos estos casos, los particulares partieron de una situación de igualdad de condiciones —y de hecho, a partir de eso contrataron o se comprometieron— pero una acción arbitraria llevó a que ese principio se rompa y se encuentren en una situación de indefensión; sin capacidad de activar los medios legales de protección ya sea por ausencia o ineficacia. Al respecto podemos revisar la sentencia T-277-2018:

no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida esta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate [...] En otras palabras, la indefensión se presenta cuando “debido a las circunstancias fácticas concurrentes, una persona se encuentra impotente o sometida en relación con otra y, por tanto, se halla en la imposibilidad de defender sus derechos. En ese contexto, la jurisprudencia también ha señalado que la indefensión se configura no solo cuando la persona afectada carece de medios físicos o jurídicos de defensa, sino también cuando los medios y elementos con que cuenta resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de su derecho fundamental, razón por la cual se encuentra inerme o desamparada.”⁴²⁸

Parece ser que la noción de indefensión se concreta en cuestiones eventuales, es decir, acciones imputables a una de las partes, en principio en igualdad de condiciones, que le ponen en situación de indefensión y justifican la intervención del juez constitucional. Si bien es cierto algunas sentencias de la Corte Constitucional colombiana tratan el tema de la indefensión como fáctico —y eso haría pensar, en un principio, que se están abordando las diferencias estructurales de poder—, esto ocurre solo en apariencia, pues de plano luego se concreta en situaciones específicas que solamente coinciden con la subordinación jurídica.

⁴²⁸ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia n.º T-277-2018”, corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-277-18.htm.

4. Jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la acción de protección

Como planteamos anteriormente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es fundamental para entender por qué razones las acciones de protección contra particulares no son eficaces. La Corte Constitucional ha emitido varias sentencias sobre procedibilidad de la AP, el valor del precedente y la diferencia entre constitucionalidad y legalidad, tales sentencias no se refieren a las acciones de protección frente a particulares, pero, ofrecen el marco general en que se manifiestan las que son objeto específico de este estudio por lo que las limitan o facilitan.

Se podría señalar que, en los últimos tiempos, la corte cambió su jurisprudencia respecto del valor del precedente, sin embargo, en el período estudiado encontramos que este criterio jurisprudencial, junto con los otros señalados, explican una buena parte del funcionamiento de las acciones de protección frente a particulares. Y contrariamente a lo que varios académicos que no ejercen la profesión pudieran pensar, esos criterios, ya superados por la Corte Constitucional, se siguen manteniendo en la práctica diaria, lo que genera un verdadero caos en las decisiones de jueces de instancia.

Como se ha visto, la Constitución de la República estableció, en su artículo 88, que la garantía de acción de protección tiene por objeto solo la protección de derechos constitucionales. Esto generó que automáticamente se instaure una división entre estos y los “derechos legales o infraconstitucionales”, que no estarían en el objeto de su protección. Este criterio se reflejó en la LOGJCC al momento de reglamentar su procedimiento. Esta premisa tuvo como consecuencia una separación entre la constitucionalidad y la legalidad que, hasta el momento, ha entendido que todo asunto referente a la constitucionalidad solo puede ser tratado por la jurisdicción constitucional y que todo lo referente a la legalidad debe ser tratado por la jurisdicción ordinaria. Esta distinción artificial hizo que se dedujera automáticamente que la jurisdicción ordinaria no protegería derechos constitucionales.

Estas inferencias desconocen que ambos jueces son constitucionales y que la ley —y que incluso los reglamentos— pueden garantizar los derechos constitucionales o también atentar contra ellos, pues estaría vedado analizar la constitucionalidad de todo acto que sea o se considere infraconstitucional, olvidando que, de acuerdo a lo establecido por la misma Constitución de la República, en su artículo 11, numeral 8, el contenido de los derechos constitucionales se desarrolla de forma progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

Asimismo, no tiene presente que la Constitución de la República también determina que los derechos garantizados en la constitución son interdependientes y de igual jerarquía. Por esta razón el incumplimiento o defectuosa aplicación de una norma legal o reglamentaria podría vulnerar derechos constitucionales, más cuando también se ha establecido en el artículo 76, numeral 1, de la carta suprema, que constituye un derecho constitucional el que en “todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.⁴²⁹

Este derecho es interdependiente del derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82, de la Constitución de la República, que terminaría afectándose si obviamente en un proceso no se garantizan los derechos de las partes que no solo pueden estar prescritos en la Constitución, sino que también estarán desarrollados en las leyes y en los propios reglamentos de estas. Así, por ejemplo, la inobservancia de una norma reglamentaria puede implicar la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, garantizado por el artículo 11, numeral 2, de la Constitución de la República; así como del debido proceso que generalmente está también garantizado en reglamentos, estatutos u ordenanzas donde se establecen las formas y tiempos en los ejercerá el derecho a la defensa.

En esta línea, se puede reflexionar sobre el proceso sancionatorio de docentes universitarios, que se establece en los estatutos de una universidad de forma general y en reglamentos de forma específica. En estos instrumentos normativos, debido a la autonomía que se le ha garantizado a la universidad, se determina la forma en la que deberá llevarse un proceso investigativo que podría tener consecuencias jurídicas para el investigado. Si no se le otorga en el reglamento el tiempo necesario para defenderse o si en la arquitectura procesal no se ha previsto que pueda contradecir o presentar los descargos necesarios el investigado, se estaría ante la transgresión del derecho a la defensa, lo que podría ser llevado al tribunal contencioso administrativo o ante un juez de garantías constitucionales mediante la acción de protección, si se le impone una sanción en estas circunstancias. Entonces de la respuesta a la interrogante “¿qué jurisdicción es la más adecuada y eficaz para restaurar los derechos vulnerados?”, se decidirá qué

⁴²⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11, núm. 8.

jurisdicción debe asumir la competencia y pronunciarse sobre el fondo del asunto propuesto.

En este contexto, la revisión de casos permitirá verificar cómo los jueces constitucionales en la práctica, usan la premisa de la división del mundo de la constitucionalidad y la legalidad, para decidir sobre el ámbito de tutela de la acción de protección. Por ende, se podrá vislumbrar cómo, en el litigio diario, resulta efectiva esta garantía, que el país se ha obligado a implementar conforme lo ordena el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que Ecuador firmó el 22 de noviembre de 1969 y ratificó el 13 de agosto de 1984.

Como se ha expuesto a lo largo de este capítulo no solo la doctrina ha inoculado y reproducido las premisas arriba mencionadas respecto de la procedibilidad de la acción de protección, sino que además se han instaurado en la práctica constitucional del país mediante los fallos expedidos por la Corte Constitucional del Ecuador, proceso que inició con la Corte de transición y ha continuado con la Corte definitiva por lo menos, hasta el periodo estudiado.

Desde la Corte de Transición, se ha entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional como obligatoria siempre y cuando se lo exprese en su texto así. En esta línea acuñó la denominada “jurisprudencia vinculante”, a la que la Corte hasta el año 2019, le adjudicó para reconocerla, las siglas PJO, que significa *precedente jurisprudencial obligatorio*⁴³⁰.

Vale señalar que la potestad de revisión de casos de garantías jurisdiccionales que tiene la Corte Constitucional está prevista en el artículo 436, numeral 6, de la Constitución, en la que se prevé: “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.⁴³¹

De la lectura de esta regla constitucional se puede inferir que la Corte Constitucional, cuando conozca de garantías jurisdiccionales, puede dictar sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante y jurisprudencia que no se constituya en vinculante; es decir, podrían dictarse sentencias que sean obligatorias de manera general y otras que

⁴³⁰ Se debe aclarar que a partir del año 2019 la nomenclatura de la Corte Constitucional, para referirse a los precedentes, cambió. Sin embargo, esta tesis estudia el periodo que va desde 2008 hasta 2017 por lo que las sentencias analizadas mantienen la nomenclatura anterior.

⁴³¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 436, num. 6.

lo sean solo para las partes. Según la presente investigación, esta diferencia fue un rezago del sistema constitucional ecuatoriano anterior a la Constitución de 2008 que había considerado al Tribunal Constitucional como un órgano que dicta resoluciones y no sentencias; por tanto, el poder para ejecutar sus decisiones era mínimo y dependía de la voluntad política de otros órganos como el sistema penal.

No obstante, lo dicho, la Corte Constitucional para la transición entendió que no todos los fallos emanados por la Corte Constitucional constituían derecho objetivo, sino que solo se constituía el fallo en obligatorio para las partes, a no ser que expresamente se lo señalara lo contrario. Esto ocasionó obviamente que se generaran contradicciones respecto de las decisiones que se adoptaban sobre la base de determinados hechos y que el criterio de analogía, necesario para vislumbrar o identificar la *ratio decidendi* de una sentencia, no se le diera el papel que le corresponde para la generación de jurisprudencia constitucional y el respeto del principio de igualdad y no discriminación.

La misma Corte Constitucional para el periodo de transición estableció, el 5 de agosto de 2010, el Protocolo de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios, en el que se contemplaba que las sentencias expedidas por la Corte Constitucional podían incluir precedentes que contenían reglas específicas y determinaban los efectos generales que dichas reglas debían tener. O sea, se podía concluir que no toda sentencia se constituía en precedente, pues incluso expresamente se determinó que para establecerlo se debía prescindir del caso concreto,⁴³² entendiéndose que las reglas eran la extracción de la *ratio decidendi* de la sentencia que debía servir para futuros casos.

Este Protocolo también señaló que no se debe confundir el precedente constitucional con los fallos de triple reiteración que dicta la jurisdicción ordinaria, a través de la Corte Nacional de Justicia. Estableció que las diferencias se encuentran principalmente en el proceso de razonamiento, los efectos y el procedimiento para su formación. Expresó que mientras el fallo de triple reiteración forma la *ratio* a partir de un problema de legalidad, el precedente parte de un problema de constitucionalidad en el que colisionan principios constitucionales. En estos la aplicación de principios infraconstitucionales es insuficiente, porque genera una situación injusta, arbitraria o discriminatoria en contra de personas, colectividades o la naturaleza.

⁴³² Ecuador Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, *Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios*, Registro Oficial 210, 5 de agosto de 2010, directrices 1-3.

Refiere también el fallo de triple reiteración es obligatorio para la judicatura, las instituciones estatales y los usuarios del sistema judicial, sin tener efecto sobre los procesos concretos que se reiteran. Con respecto al tercer punto, se manifiesta que el fallo de triple reiteración responde a un análisis silogístico, que busca la reiteración formal de un criterio idéntico o similar por tres ocasiones para convertirse en un criterio general de interpretación; mientras tanto, el precedente constitucional no requiere de aquello y más bien desde un caso concreto puede construir reglas que ratifiquen la interpretación anterior o construir criterios nuevos construyendo “reglas concretas para resolver un problema jurídico y, además, desarrollar o interpretar (aclarar o establecer los alcances o límites) las normas constitucionales”.⁴³³

Así, se estableció un modelo que otorga preponderancia en la determinación del precedente, a las reglas que se establecían en la parte resolutive de la sentencia. Esto a pesar de que también se especificó en el Protocolo que la *ratio decidendi* del fallo en realidad es lo que constituye precedente y la parte que obliga del fallo, teniendo varios efectos posibles como *erga omnes*, *inter pares*, *inter partes* e *inter comunes*.⁴³⁴ Esta contradicción generó, en la práctica, una distorsión que se decantó por el criterio que señala que el precedente vinculante lo constituyen las reglas específicas determinadas por la Corte, expresamente las que eran aplicadas para el caso concreto y para el futuro.

Este criterio se discutió cuando en la “Sentencia 175-15-SEP-CC”, del 27 de mayo de 2015, se reconoció que la acción extraordinaria de protección contiene una dimensión no solo subjetiva, sino también objetiva, en la medida que sus pronunciamientos se constituyen en precedentes jurisprudenciales y de interpretación constitucional. Estos, para precautar el derecho a la igualdad, deben ser aplicados por los jueces de forma obligatoria; o sea, que para hechos iguales o análogos debe producirse la misma decisión o resultado, lo que es parte de la predictibilidad de las decisiones judiciales y la seguridad jurídica.⁴³⁵

A la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional en casos que no eran denominados como PJO en la práctica se le dio el valor de indicativa. De esta se toman en cuenta los conceptos ya expedidos que son comunes al caso que se va a decidir, no se toman en cuenta los supuestos fácticos del caso precedente. Un sistema de precedentes

⁴³³ *Ibid.*, dir. 4.1-4.3.

⁴³⁴ *Ibid.*, dir. 22-4.

⁴³⁵ *Ibid.*, dir. 22.

que solo le da el valor de indicativa a la jurisprudencia, no permite reclamar efectos *inter pares* a los fallos, dejando el principio de igualdad y no discriminación en jaque.

Para entender el desempeño de la Corte Constitucional en este sentido, vale también explicar que el máximo intérprete de la Constitución podía y puede asumir competencia y pronunciarse en una garantía de acción de protección o en otra garantía jurisdiccional, a través de a) la acción extraordinaria de protección, que es una garantía jurisdiccional contra las decisiones judiciales que vulneren derechos y que generalmente se la propone contra las sentencias de segunda instancia dictadas por las cortes provinciales de justicia, cuando conocen garantías jurisdiccionales. b) En sede de revisión, que se produce cuando la Corte Constitucional, conforme el artículo 25 de la LOGJCC, sin justificación o motivación, voluntariamente decide escoger un proceso de acción de protección o de garantías jurisdiccionales para revisarlo y pronunciarse independientemente de que se haya solicitado o no dicho proceso de revisión.

Cabe resaltar al respecto que, por disposición legal, todos los jueces que conocen de garantías jurisdiccionales deben remitir los fallos que dicten a la Corte Constitucional, a fin de que esta pueda ejercer la facultad de revisión y escoger los casos para pronunciarse, con el objeto de solventar y establecer precedentes en materia constitucional, que resuelvan contradicciones interpretativas que llevan a aplicaciones diferentes de las normas en casos en que los hechos fácticos sean idénticos o reestablecer la inaplicación de un precedente. En fin, establecer los criterios y pautas de la constitución material y la consecuente política pública jurisdiccional en sede constitucional.

Según el artículo 25.4 de la LOGJCC, para decidir revisar un caso, la Corte Constitucional debe tener presente: 1. gravedad del asunto, 2. novedad del caso e inexistencia de precedente judicial, 3. negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional, 4. relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia. Esta facultad de revisión de la Corte Constitucional es discrecional y no ha sido usada consistentemente por esta. La mayoría de los pronunciamientos referentes a garantías jurisdiccionales, específicamente de acción de protección, ha sido al aceptar a trámite acciones extraordinarias de protección provenientes de la impugnación de sentencias dictadas por las cortes provinciales de justicia en segunda instancia, cuando han conocido garantías jurisdiccionales. Esto fue lo que precisamente, de una forma tácita, hizo que solo se entendiera como que los pronunciamientos que obligaban eran los expedidos en sede de revisión y no cuando se lo hacía mediante acción extraordinaria de

protección. Esto, como se señala, en la práctica hizo que prevaleciera la jurisprudencia conceptual e indicativa, cuyas características principales según la doctrina son:

1. La plenitud del derecho, que implica que no existen lagunas en el derecho, pues los conceptos están para absolver las ausencias o dudas que se puedan generar en la ley, adhiriéndose estos a ella; 2. La creación de la ley por científicos, que propugna que el derecho no puede mezclarse con los hechos, debido a que estos trastornan la norma. Los conocimientos teóricos deben abstraerse de la realidad, debido a que lo práctico es pasajero; 3. Elaboración de conceptos jurídicos se apoya en los aspectos históricos de las instituciones jurídicas y la dialéctica como forma de mejorarlos, sin admitir la realidad como parte de su construcción; 4. El juez es un simple mecánico del derecho, mediante la regla de construcción de conceptos se debe obtener la respuesta para el caso concreto, en esa medida el juez debe aplicar cognoscitivamente y no arbitrariamente las reglas que establecen los mismos. Evita la apelación a decisiones pasadas o futuras para aplicar el derecho, el juez realizaría una operación mecánica, no arbitraria, según esta posición.⁴³⁶

No obstante, las críticas a la jurisprudencia de conceptos se dan por el hecho de que la separación de la realidad no permite la realización de la justicia, la equidad y el bien común. Esto se debe a que al volverse tan abstractos, los conceptos no permiten determinar si la construcción lógica que se realiza es correcta, pues el derecho no puede ser deducido solamente de axiomas generales del comportamiento.⁴³⁷ Además, el modelo previsto por la Constitución y la LOGJCC no concede oportunidad para que la Corte Constitucional no esté sujeta a los fallos dictados por esta y, en consecuencia, no observe en todo momento los hechos fácticos y las normas sobre las que ya ha emitido un pronunciamiento.

Vale destacar que desde la creación de la acción de protección en la Constitución, fue problemática la delimitación respecto de los requisitos de procedencia de esta, tanto que el legislador, luego de un año de aprobada la Constitución, sobre la base del temor de su mal uso o abuso, temor heredado del recurso de amparo constitucional estableció requisitos que causan confusión a la hora de su aplicación, empezando porque en dos artículos, el 40 y el 42, se prevén distintas causales de procedencia.⁴³⁸

⁴³⁶ Elvia Lucía Flores Ávalos, “Jurisprudencia de conceptos”, *Archivos UNAM*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/16.pdf>.

⁴³⁷ *Ibid.*, 227-9.

⁴³⁸ Ramiro Ávila Santamaría, “Del amparo a la acción de protección jurisdiccional”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 5, n.º 27 (2011): 104, <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222188006.pdf>.

En primer lugar, se estableció antes de la vigencia de la LOGJCC, un reglamento en el que se determinó las causales de improcedencia de la acción de protección, las denominadas Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, dictadas el 11 de noviembre de 2008 y publicadas en el Registro Oficial 466, el 13 de noviembre de 2008.⁴³⁹ Estas reglas establecían, en su artículo 50, que la acción de protección era improcedente cuando:

Art. 50.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección no procede: a) Cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente, la vía administrativa; b) Cuando la indemnización de perjuicios sea la pretensión principal, siempre que esta no sea la única alternativa para la reparación integral; c) Cuando se trate de una interposición abusiva, temeraria, maliciosa o fraudulenta de la acción de protección; d) En caso de duda respecto al agotamiento o no de las acciones ordinarias, se admitirá a trámite la demanda de protección, sin perjuicio de las eventuales sanciones por la interposición abusiva o temeraria de la acción; y e) Cuando se trate de providencias judiciales.⁴⁴⁰

Algunos de estos requisitos evidencian las delimitaciones conceptuales que pretendía dársele a la acción de protección. En primer lugar, se establece que esta no cabe cuando se reclame aspectos que tengan que ver con la mera legalidad y no tengan vías judiciales para ser reclamados, es decir que, si no existen tales vías, por más que sean asuntos de mera legalidad cabría la acción de protección. Por otra parte, se sataniza la indemnización de perjuicios como pretensión de reparación y se indica que, si esta no es la única vía para resarcimiento, no procedería, desconociendo desde ya el concepto de reparación integral, que puede comprender la reparación económica, que incluso luego se estableció en el artículo 18 de la LOGJCC. Se plantea también que ante la duda de que el demandante deba agotar vías ordinarias o no, se podrá admitir a trámite la demanda de acción de protección (*principio pro actione*), en otras palabras, que si no existe duda de que las vías existentes en la jurisdicción ordinaria son suficientes para la protección del derecho, resulta improcedente la demanda.

A continuación, se revisarán los pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional respecto de la acción de protección, sobre la base de lo establecido en los

⁴³⁹ El Tribunal Constitucional que ejercía funciones bajo la vigencia de la Constitución de 1998, tras la aprobación de la Constitución de la República mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008, y publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008, se autoproclamó Corte Constitucional de transición y asumió las competencias que el nuevo ordenamiento constitucional le otorgaban al organismo de control constitucional del país existente al momento de adoptar la nueva carta magna.

⁴⁴⁰ Ecuador Corte Constitucional, *Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición*, Registro Oficial 466, 13 de noviembre de 2008, art. 50.

artículos 40 y 42 de la LOGJCC, y los conceptos que ha establecido como reglas para la procedencia de esta garantía jurisdiccional, requisitos comentados en líneas anteriores. La primera sentencia que trató de definir parámetros de fondo para determinar los requisitos que deben existir para que proceda una acción de protección fue la “Sentencia 001-10-PJO-CC”, dictada por la Corte Constitucional de transición el 22 de diciembre de 2010. La Corte Constitucional para el periodo de transición denominó a esta sentencia como la primera “*jurisprudencia vinculante*”, que se expedía sobre la base de las facultades de revisión que le confirió la Constitución y la LOGJCC a la Corte. Sin embargo, hay que señalar que el caso revisado se presentó cuando estaban vigentes las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición.

En esta “Sentencia 001-10-PJO-CC”, se revisaron dos casos presentados que se produjeron en torno al conflicto que, al interno de una empresa, por el nombramiento de sus representantes. La discusión se centraba en la inscripción de nombramientos de gerentes de la Empresa INDULAC: varios accionistas pugnaban porque se inscriban determinados nombramientos y, por ello, plantearon por separado dos acciones de protección, que ocasionó que el resultado de la primera se viera opacado por la decisión de la segunda, tornando inejecutable la decisión inicial. Como se expresó, la Corte puede, de forma discrecional, escoger un caso y proceder a revisar la última decisión adoptada. No obstante, la Corte de transición marcó como línea de acción procesal que las partes de tal proceso en revisión no debían ser notificadas con el inicio, procedimiento y decisión que la Corte Constitucional efectúe, dejando sin posibilidad de defensa a las partes litigantes pues los efectos del fallo si los debían soportar:

La Corte Constitucional, en ejercicio de dichas competencias constitucionales y legales, está facultada para, *de manera paralela al desarrollo de jurisprudencia vinculante, efectuar la revisión con efectos inter partes, pares o communis de aquellos casos en los que se constate en la sustanciación o decisión de la causa una vulneración a derechos constitucionales.*⁴⁴¹

Para la Corte, esta afirmación significa que constituyen cuestiones diferentes la jurisprudencia vinculante —reglas—, y los hechos y la decisión del caso, a pesar de que de la primera nace la segunda. La denominación de jurisprudencia vinculante da a entender que la Corte puede dictar reglas de carácter general para todos los casos, además

⁴⁴¹ Ecuador Corte Constitucional para el Periodo de Transición, “Sentencia 001-10-PJO-CC”, 22 de diciembre de 2010, párr. 14. Énfasis añadido y ortografía original.

de pronunciarse sobre el caso concreto que se encuentra revisando. Siguiendo esta línea, la Corte, acto seguido, señala que para la construcción de su precedente o sentencia —en la que dictará reglas que tendrán efecto *erga omnes* o de carácter general— se fundamentará a partir de lo expresado ya en la “Sentencia 055-10-SEP-CC”, que tuvo efectos interpartes:

15.- La Corte Constitucional, luego de un análisis de las fuentes como precedente a esta sentencia, determina la inexistencia de precedente constitucional vinculante relacionado con los casos objeto de estudio. No obstante, *tratándose de acciones de protección, esta Corte tomará en consideración algunos criterios esgrimidos con anterioridad, particularmente la Sentencia No. 055-10-SEP-CC. Dicho fallo, aun cuando haya generado efectos inter partes, servirá de base para la construcción de este precedente jurisprudencial.*⁴⁴²

Es decir, la Corte devela que las sentencias que no tuvieran el título de jurisprudencia vinculante se constituirían en la denominada jurisprudencia de conceptos o indicativa, y solamente tendrían efectos para las partes. En ese sentido es jurisprudencia que obligaba solamente a ellas, a nadie más, ni a la Corte Constitucional misma, ni a las personas que pudieran atravesar las mismas circunstancias. Por ello esta señaló que, de manera excepcional o discrecional —y no porque esté obligada a observar sus propios criterios expuestos con anteriormente—, iba a sustentarse en los criterios expresados en la “Sentencia 055-201-SEP-CC”, atacando los cimientos del principio de igualdad y la conceptualización de lo que se denomina como precedente o jurisprudencia en el sistema constitucional ecuatoriano, pues con ello se tendrían pronunciamientos que debían ser observados por todos y otros que solamente los debían observar las partes, autorizando este modelo que va contra la igualdad, para que la Corte pudiera contradecirse aparentemente sin ninguna responsabilidad. Todo esto resulta contrario a la obligación constitucional de escoger fallos para revisión, con el objetivo de reestablecer la igualdad al momento de evidenciar casos análogos con diferentes resultados.

Sobre la base de una sentencia con efecto interpartes y no con efectos para los casos análogos o futuros, la Corte expresó que los asuntos de mera legalidad debían ser rechazadas cuando se demanden mediante acción de protección. La Corte abordó la discusión sobre los asuntos de constitucionalidad versus los de legalidad, situando la existencia de mecanismos adecuados y eficaces, para resolver los problemas planteados como asuntos de legalidad, y la no existencia de dichos mecanismos como asuntos de constitucionalidad.

⁴⁴² *Ibíd.*, párr. 15; énfasis añadido y ortografía original.

La Corte, en su primera jurisprudencia vinculante, explicó que como lo preveía el artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, vigentes al momento de haberse propuesto los casos que se revisaban,⁴⁴³ mas no al momento que se resolvían, la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de las cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente la vía administrativa.

Tal como lo ha señalado esta Corte en ocasiones anteriores, y como lo preveía el artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, vigentes al momento de la interposición y sustanciación de la causa, *la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa*. Cabe precisar que la desnaturalización de la acción de protección por parte del señor Juez Sexto de Tránsito del Guayas, en su providencia de avoco, se reflejó también en la sentencia dictada con posterioridad.⁴⁴⁴

Esta sentencia perpetuó las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional de Transición y condicionó a estas el entendimiento y aplicación de la LOGJCC. De las causales de improcedencia de la acción de protección, previstas en el mencionado artículo 50 de las Reglas de Procedimiento, la referente a la “mera legalidad”, pervive hasta el presente debido al “precedente jurisprudencial obligatorio (PJO)” de marras. Los jueces constitucionales de todos los niveles frecuentemente están invocando la mera legalidad para rechazar una demanda.

Sin embargo, de determinar la Corte Constitucional para el Periodo de Transición que el primer caso que revisaba se trataba de un asunto de mera legalidad y que, por ende, no correspondía tratarlo en la jurisdicción constitucional como equivocadamente se lo habría hecho por parte de los jueces de primera instancia y apelación, no expresó ni explicó la siguiente pregunta: ¿por qué, al ser casos entre particulares, no se habrían presentado ninguna de las causales de procedencia previstas en el artículo 88 de la

⁴⁴³ Las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional es un reglamento que fue dictado por el Tribunal Constitucional del Ecuador, el 11 de noviembre de 2008, y publicado en el Registro Oficial 466, el 13 de noviembre de 2008. Tras la aprobación de la Constitución de la República, mediante el referéndum del 28 de septiembre de 2008, y publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008, este organismo se autoproclamó Corte Constitucional de transición y asumió las nuevas competencias que le otorgaban el nuevo ordenamiento constitucional, de control constitucional del país existente al momento de adoptar la nueva carta magna.

⁴⁴⁴ Ecuador Corte Constitucional para el Periodo de Transición, “Sentencia 001-10-PJO-CC”, párr. 57, 17.

Constitución de la República? Resulta evidente que ninguno de los demandantes notificó con la acción de protección que planteaba, en el un caso en contra del registrador mercantil y en el segundo en contra del Superintendente de Compañías, a su contraparte o afectados con la decisión judicial que se produciría si se aceptaba la acción de protección demandada.

La Corte de Transición se refugió en el concepto de “mera legalidad” para lograr que el auditorio (ciudadanos, abogados, jueces) comprendiera cuando se encontraba presente ante este escenario y no debía utilizar la vía constitucional para pretender resolver un problema jurídico. No obstante, finalmente, lo que logró fue crear una falacia de principio, que afectó la tutela judicial efectiva al restringir injustificadamente el acceso a la jurisdicción constitucional y estableció, de forma abstracta, que la presunta violación de normas legales deja a salvo el derecho de las partes para acudir ante los órganos de la justicia ordinaria pertinentes, y por ende, no es competencia de la jurisdicción constitucional.⁴⁴⁵

Esta regla finalmente se ha traducido en que todos los casos en los pueda existir violación de normas legales es un asunto legal y, por tanto, de la jurisdicción ordinaria y no de la jurisdicción constitucional. Es decir, se instauró la creencia de que bastaría con que se presuma que están inmiscuidas normas legales dentro del conflicto jurídico, para que la acción de protección no proceda. Esto implica que casi nunca podría prosperar esta garantía, a menos que la ley no haya desarrollado el contenido del derecho constitucional que se alega vulnerado, con lo que automáticamente queda restringida esta garantía constitucional para los casos de aplicación directa de los derechos constitucionales.

Con esta falacia también se instaló la regla de que no se puede citar o nombrar la ley en las demandas o alegatos de acción de protección, pues inmediatamente se visibilizaría que se encontraría ante un asunto de legalidad. Esto, por ejemplo, se puede evidenciar en la contestación que dio el Banco Central del Ecuador y que la Corte Constitucional analizó en la “Sentencia 207-14-SEP-CC”, expedida el 20 de noviembre de 2014. También se revisará si lo propio se ha recogido en el pensamiento judicial al momento de resolver, al evitar en las sentencias nombrar o analizar lo que dice la ley respecto de los conflictos propuestos, debido a que eso develaría que no es un tema de constitucionalidad, sino de legalidad. Con esto el modelo de efecto indirecto de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares —que constituye uno de los

⁴⁴⁵ *Ibíd.*, 18.

pilares de complementariedad de la eficacia de los derechos constitucionales en estas relaciones— queda anulado.

La Corte Constitucional de Transición, con este criterio expuesto en su “Sentencia 001-10-PJO-CC”, creó una especie de virus que ha contagiado a la mayoría de los jueces constitucionales, como un meme que se comparte, como un chiste de mal gusto, y que vacía los derechos constitucionales mediante una falacia que ha alcanzado nivel de jurisprudencia. Esta Corte Constitucional también expresó criterios rescatando el valor procesal de la garantía constitucional, mas no surtió el efecto deseado, puesto que se lo hizo a través de una sentencia que no constituía “precedente jurisprudencial obligatorio”, ya que solo obligaba a las partes en conflicto y no se generaba ningún efecto para casos similares en el futuro, con lo que tampoco la Corte Constitucional se encontraba obligada a observar su propio criterio en futuras controversias.⁴⁴⁶ Así, por ejemplo, la misma Corte, al resolver un caso de acción extraordinaria de protección, mediante la “Sentencia 085-12-SEP-CC”, señaló:

No se trata de desconocer la competencia que tienen los jueces en la jurisdicción contencioso administrativa para resolver los casos sometidos a su conocimiento por disposición de la ley; lo que debe quedar claro es que *tratándose de actos u omisiones a los que se impute vulneración de derechos constitucionales, la vía contencioso administrativa, así como las demás vías previstas en la jurisdicción ordinaria (que constituirían otros “mecanismos de defensa judicial”), devienen en ineficaces para la protección de esos derechos, debido a la naturaleza del trámite propio de cada una de las acciones en la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la dilación que genera su propia sustanciación, así como por la interposición de recursos, lo que no es desconocido por el foro ni por los usuarios del sistema de administración de justicia, siendo ello público y notorio, y respecto de lo cual no amerita que se exija prueba, por expreso mandato del artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial.*⁴⁴⁷

Sin embargo, como en una suerte de ratificación de que este fallo no obliga, en el futuro, a los jueces de la Corte Constitucional a respetar el precedente, es decir, a los mismos jueces que votaron por esta sentencia, ni a los casos que guarden los mismos antecedentes fácticos, el numeral 3, del artículo 40, de la LOGJCC afirma sobre la “inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”. Esto es contrario a los artículos 84 y 11, numeral 4, de la Constitución de la República, porque desnaturalizaría la característica de ser preferente y sumaria de

⁴⁴⁶ Como se señaló, la Corte Constitucional para el Período de Transición determinó, en su primer precedente jurisprudencial obligatorio 001-10-PJO-CC, que estas sentencias solamente obligan a las partes involucradas en el litigio y que no tienen efecto para casos futuros.

⁴⁴⁷ Ecuador Corte Constitucional para el Período de Transición, “Sentencia 085-12-SEP-CC”, 29 de marzo de 2012, 12-3. Énfasis añadido y ortografía original.

esta garantía, restringiendo su contenido. Esta afirmación es fortísima, pues debió provocar la declaratoria de inconstitucionalidad, pero tal conclusión pasa desapercibida en la parte decisiva de la sentencia y se continúa resolviendo en los casos venideros, como si nunca se hubiese escrito. O sea, este criterio sirvió solamente para ser aplicado en este caso y, por ende, solo afectó a las partes litigantes. Obsérvese:

El legislador, al expedir la citada Ley, agregó como requisito para la procedencia de la acción de protección la inexistencia de “otro mecanismo de defensa judicial” (artículo 40, numeral 3, de la LOGJCC); es decir, con dicha norma legal ha convertido a la acción de protección en una acción de carácter residual, desnaturalizando el carácter de preferente y sumario para la protección de derechos que le otorga la Constitución a la referida acción; además, al expedirse la norma legal no se tomó en consideración el artículo 84 de la Carta Magna, que imperativamente dispone: “...En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. *Si bien la norma infraconstitucional (artículo 40, numeral 3, LOGJCC) se halla en plena vigencia y forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, es evidente que contraría el principio contenido en el artículo 11 numeral 4 de la Constitución, que dispone: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”*.⁴⁴⁸

Esta conclusión, al ser inobservada en casos posteriores, quebranta el principio de igualdad ante la ley y crea un estado de discriminación y arbitrariedad sistemático, violatorio del principio *stare decisis* que la misma Corte Constitucional de Transición determinó en su primer precedente vinculante, que la obligaba. Esto dice la “Sentencia 001-10-PJO-CC”:

27.- La Constitución vigente finalmente reconoce de manera expresa el principio *stare decisis* en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Carta Fundamental. El conocido principio *stare decisis* se ha entendido como aquél deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; o dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada.

28.- En razón a esta innovación constitucional y al reconocimiento del principio *stare decisis*, y por tanto, de la jurisprudencia como fuente directa de derecho, es preciso que la Corte Constitucional a partir de esta nueva competencia constitucional marque el camino para la consolidación del derecho jurisprudencial ecuatoriano.⁴⁴⁹

Si la misma Corte que expresó que sus decisiones la obligan al responder la interrogante de si la jurisprudencia constitucional ecuatoriana ha experimentado cambios

⁴⁴⁸ *Ibíd.* Énfasis añadido y ortografía original. En este fallo votaron los jueces Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia de tres jueces más: Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera y Édgar Zárate Zárate.

⁴⁴⁹ Ecuador Corte Constitucional de Transición, “Sentencia 001-10-PJO-CC”, párrs. 27-8.

desde la vigencia de la Constitución de la República, y en un segundo momento se olvidó lo que resolvió, ¿qué se puede esperar de los jueces de primer y segundo nivel? Privilegios y preferencias al momento de interpretar los mismos enunciados normativos y hechos análogos, lo que termina por vulnerar la igualdad y la seguridad jurídica de forma sistemática. Posteriormente, incluso la propia Corte Constitucional ratificó que órganos como la Corte Nacional de Justicia —máxima entidad de la justicia ordinaria del Ecuador— debían seguir sus criterios resueltos para casos análogos futuros. La Corte Constitucional, en la “Sentencia 191-16-SEPC-CC”, siguiendo lo que ya dijo en la “Sentencia 001-10-PJO-CC”, ratificó que

Es preciso resaltar que dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, se torna necesario e indispensable salvaguardar la aplicación y cumplimiento de los precedentes jurisprudenciales, pues de esta manera se garantizan los derechos constitucionales a la igualdad y a la seguridad jurídica, toda vez que a través de la administración de justicia se otorga un trato igualitario a quienes se encuentren en situaciones similares, generando además uniformidad de la aplicación del derecho vigente y en la predicción de las decisiones judiciales. [...] En tal razón, es evidente que la inobservancia de los precedentes jurisprudenciales y específicamente del principio *stare decisis*, por parte de los órganos de justicia, genera la transgresión del derecho a la seguridad jurídica, por ello, aquellas controversias que guarden identidad objetiva entre sí, deben necesariamente recibir un tratamiento jurídico idéntico por parte de la administración de justicia, lo que implica realizar una aplicación uniforme de la normativa pertinente para la resolución de casos análogos.⁴⁵⁰

Así como se usó, por parte de la Corte Constitucional, los conceptos de precedente y *stare decisis*, se utilizó el concepto de “mera legalidad”. Posteriormente, la Corte, en la “Sentencia 102-13-SEP-CC”,⁴⁵¹ del 4 de diciembre de 2013, tuvo que realizar una interpretación conforme debido a la avalancha de procesos que aprovecharon una defectuosa redacción del artículo 42 de la LOGJCC: estos inadmitían la demanda a trámite y ordenaban el archivo en la primera providencia. Este problema se presentó debido a la sola redacción del último párrafo del artículo 42 de la LOGJCC: “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”.⁴⁵²

La Corte tuvo que realizar una interpretación conforme con la Constitución para no eliminar dichos enunciados normativos de la LOGJCC del ordenamiento jurídico y

⁴⁵⁰ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 191-16-PJO-CC”, 15 de junio de 2016, p.11.

⁴⁵¹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 102-13-SEP-CC”, 4 de diciembre de 2013, Gaceta Constitucional 005 de 27 de diciembre de 2013.

⁴⁵² Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 42.

determinó que los requisitos, previstos en el artículo 40 de la LOGJCC, son cuestiones que requieren un análisis de fondo, que solo podrán ser dilucidadas e invocadas por el juzgador en consecuencia en sentencia. Además, estableció que los requisitos de procedencia, previstos en el artículo 42 de la LOGJCC, tienen dos momentos de revisión por parte del juzgador: los numerales 6 y 7, al calificar la demanda; mientras que los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 solo podrán ser declarados en sentencia. Con esto se corrigió lo que el último inciso del mismo artículo 42 establecía y que estaba siendo utilizado para rechazar inicialmente, mediante auto de inadmisión, las demandas de acción de protección.

Por otra parte, pero en la misma línea de análisis, en la “Sentencia 002-14-SCN-CC”,⁴⁵³ del 15 de enero de 2014, la Corte dictó una regla jurisprudencial que establecía que los jueces, en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando en un proceso reciban una petición de consulta de norma para ante la Corte Constitucional —esto es, cuando ataquen la aplicación de una norma en un caso concreto, argumentando su inconstitucionalidad— están en la obligación de analizar el pedido y luego de verificar la existencia de una duda razonable y motivada respecto de la inconstitucionalidad de una norma. Entonces remitirán la consulta correspondiente a la Corte Constitucional o, en su defecto, motivarán la negativa de la consulta por la inexistencia de duda razonable en la aplicación de una norma infraconstitucional.

Con esta regla jurisprudencial se dilucida que en el país existe la posibilidad de proponer acción de protección contra normas, cuando afecten derechos constitucionales. Así queda sin sustento jurídico la respuesta generalmente empleada de que se niega la demanda porque, en realidad, lo que se pretende es la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma legal. Para ello existe la acción de inconstitucionalidad, por lo que el juzgador se olvida de revisar la aplicación de la norma atacada a los hechos.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en la “Sentencia 016-13-SEP-CC”, del 16 de mayo de 2013, al resolver un problema en el que, de forma directa, mediante una acción de protección, se reclamaba la inconstitucionalidad de la aplicación del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público —o el denominado Decreto Ejecutivo N.º 813, mediante el que se estableció la posibilidad de que el Estado pueda implementar en el sector público compras de renuncias obligatorias a los servidores públicos de carrera

⁴⁵³ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 002-14-SCN-CC”, 15 de enero de 2014, Gaceta Constitucional 006 de 14 de febrero de 2014.

y separarlos de sus funciones con una indemnización— estableció que, de acuerdo a la “Sentencia 003-13-SIN-CC”, “la presunta vulneración al principio de jerarquía normativa, sustentado en un conflicto decreto-ley, no es materia de relevancia constitucional, sino de legalidad; en tal virtud, no es un asunto de competencia de la justicia constitucional”.⁴⁵⁴

La Corte señaló que por ser una norma reglamentaria la acusada de inconstitucionalidad, dicha acusación era aparente, pues lo que en realidad existía era un conflicto infraconstitucional de presunta contradicción con la Ley Orgánica de Servicio Público. Por esta razón, este asunto debía ser atendido en la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante el recurso objetivo de nulidad, con lo que se evidencia una contradicción con el fallo señalado en la “Sentencia 002-14-SCN-CC”,⁴⁵⁵ del 15 de enero de 2014, pues introduce la posibilidad de que un reglamento u ordenanza que generalmente desarrollan las leyes, no puedan ser acusados de inconstitucionales, sino solamente de ilegales. ¿Qué sucede si se establece en el reglamento u ordenanza requisitos o previsiones que solo le correspondían al legislador? No se vulnera el principio constitucional de reserva de ley o de seguridad jurídica. ¿Significa acaso que los que tienen la última palabra normativa en la cadena de desarrollo normativo están exentos de control constitucional?

En la “Sentencia 207-14-SEP-CC”, expedida el 20 de noviembre de 2014, la Corte Constitucional resolvió un caso donde se hace presente esta discusión. El demandante había impugnado una resolución de carácter normativo, expedida por el Banco Central del Ecuador, su empleador, acusándolo de vulnerar su derecho a la seguridad jurídica al determinar que debían dejar de percibir una pensión de jubilación que venían gozando exservidores del Banco Central. Esto debido a la existencia de un informe de la Superintendencia de Bancos y Seguros que señalaba que habrían comprado prerequisites para hacerse merecedores de estas jubilaciones, razón por la que constituirían privilegios que carecen de sustento jurídico y, por tanto, no pueden ser considerados derechos adquiridos. En primera instancia, el juez rechazó la demanda por considerar que la pretensión era improcedente porque ninguno de los derechos constitucionales alegados había sido vulnerado. En segunda instancia, la Corte Provincial del Guayas revocó esta decisión y ordenó que el demandado cumpla con su obligación adquirida con anterioridad,

⁴⁵⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 003-13-SIN-CC”, 16.

⁴⁵⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 002-14-SCN-CC”.

restablezca el pago de la pensión y además pague lo que se ha dejado de percibir como efecto de la resolución impugnada.

La Corte Constitucional conoció esta decisión de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, porque se presentó una acción extraordinaria de protección contra esta. El Banco Central alegó que era un tema de mera legalidad que no podía ser conocido por la jurisdicción constitucional, ya que el demandante impugnó un acto administrativo que debía ser conocido por la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, la razón de su afirmación se encontraba en los dichos del propio accionante, cuando expresó que se habían vulnerado derechos y disposiciones de orden legal, siendo lo ilegal, antijurídico y arbitrario ajeno al control constitucional, pues este le correspondería a la esfera del control de legalidad, por lo que se ha violentado el principio de no subsidiaridad.

Dicha Corte señaló que no podía considerar a *prima facie* que existía falta de competencia por ser asuntos de “mera legalidad”, ya que el accionante había realizado alegaciones sobre la presunta violación de derechos constitucionales al establecer que la resolución emanada del Directorio del Banco Central desconocía obligaciones asumidas por el Banco en calidad de empleador, frente a derechos adquiridos por parte de los jubilados. Sobre la base de este criterio, entró la Corte a pronunciarse sobre el fondo del conflicto jurídico propuesto, al determinar que no era incompetente debido a la materia, sin perjuicio de que se acepte o se rechace la demanda, según indicó.

Al continuar con el análisis, la Corte llegó a la conclusión de que la acción de protección no puede invadir las atribuciones que atañen al control de legalidad, ni se extiende para actos u omisiones que incumplen las disposiciones constitucionales, legales o contractuales de cualquier índole, puesto que para ello existen las vías pertinentes. La Corte concluyó que la acción de protección no puede sustituir los demás medios judiciales, también sentenció que para que esta proceda, debe verificarse que los aspectos materiales de la acción sobrepasen las características típicas del nivel de legalidad, y si luego del estudio razonado se evidencia que no existe la suficiente relevancia constitucional, debe ser negada.

Con estos criterios no se indica nada, parecen palabras que se vuelven humo por su indeterminación: ¿Qué características se requiere para que exista relevancia constitucional? ¿Cuándo los hechos pueden sobrepasar los niveles típicos del nivel de legalidad, si todos los derechos constitucionales son de igual jerarquía y por ende justiciables, entre ellos el derecho a que toda autoridad administrativa o judicial garantice el cumplimiento de las normas y derechos de las partes (art. 76.1 de la CRE)? La Corte

Constitucional no respondió la pregunta: ¿Por qué los medios judiciales ordinarios eran adecuados y eficaces para resolver el conflicto jurídico planteado? Creyó responderla al señalar que el conflicto jurídico pasaba por analizar normas de índole legal y reglamentaria, conforme lo afirmaba el propio demandante, Código del Trabajo y Ley de Régimen Monetario de 1948.

Pero la Corte reprocha a los jueces de segunda instancia que existía un informe de Contraloría General del Estado y de la Superintendencia de Bancos y Seguros, que determinaba que se había adquirido una jubilación especial sin cumplir con los requisitos establecidos por la ley. Esto porque se compraron prerequisites al no haber cumplido 45 años como lo exigían las normas, por lo que existía falta de motivación, ya que los jueces se limitaron a disponer el pago de una jubilación especial, aduciendo que existía derechos adquiridos, pero no revisaron si existió el procedimiento constitucional y legal para que se realice tal pago.

La Corte dio credibilidad al pronunciamiento de la Contraloría y la Superintendencia de Bancos y Seguros, que constituían el sustento para haber emitido la resolución impugnada y suspender los pagos por jubilación especial que se venían realizando. Por eso reclaman a los jueces de segunda instancia que no hayan verificado si en realidad se habían cumplido las prescripciones normativas, previo a otorgar las pensiones jubilares especiales y que estas constituyeran derechos adquiridos. Este yerro llevaba implícita falta de lógica y, por tanto, de motivación, lo que dejaba sin efecto la sentencia de segunda instancia. Entonces ordenó, como reparación integral, que se volviera a pronunciar una nueva sentencia por otros jueces de segunda instancia. Lo que sí se puede evidenciar fácilmente es una contradicción metodológica, pues la interpretación de una norma o la acusación de discriminación —porque un juez resolvió un caso análogo de forma diferente— podían ser catalogadas como asuntos de mera legalidad.

A pesar de que revisó la prueba y la valoró para decidir, la Corte no se pronunció definitivamente, es decir, no se atrevió de forma directa a expresar que no existían derechos adquiridos como alegaba el accionante. Por tanto, la resolución impugnada que dispuso el pago de su pensión jubilar especial no constituía derecho adquirido; en consecuencia, no se había afectado el derecho constitucional a la seguridad jurídica. Esta conclusión quedó tácitamente expuesta a la espera que los jueces de segunda instancia, que nuevamente conocieran el caso, dictaran sentencia y así lo señalaran expresamente.

La Corte se decantó por lo que se conoce como el reenvío al ordenar la reparación, que consiste en no pronunciarse definitivamente para respetar la competencia de la jurisdicción ordinaria, devolviéndole el caso, pero con las directrices a realizar. Esto es un eufemismo y pérdida de tiempo que busca guardar las apariencias de respeto de la jurisdicción constitucional a la jurisdicción ordinaria, doctrina que es importada del modelo español, que se usa por el Tribunal Constitucional cuando revisa las decisiones de la justicia ordinaria. Sin embargo, acá no se ha escatimado en utilizar este criterio a pesar de que el pronunciamiento que realiza la Corte Constitucional, al resolver una acción extraordinaria de protección, proviene de la misma jurisdicción constitucional, con lo que carece de sentido este método que retarda la decisión judicial definitiva. Cabe resaltar que la Corte Constitucional, de forma arbitraria en unos casos, utiliza este método del reenvío y en otros no, lo que torna discriminatoria la aplicación. El reenvío puede ocasionar que las partes entren en una especie de rueda de la que no pueden salir, pues al enviar a realizar una nueva sentencia, esta podrá ser nuevamente impugnada y así sucesivamente.

Siguiendo esta línea de contradicciones, en la “Sentencia 001-16-PJO-CC”, del 22 de marzo de 2016, la Corte Constitucional estableció una vez más que la acción de protección solo protege los derechos reconocidos en la Constitución de la República. Estos derechos que no se admiten son desarrollados por la ley; por tanto, lo que esta determine, también es parte del derecho constitucional, pues en este caso lo señaló la Corte. Lo que existiría es una apariencia de vulneración de derechos, que en realidad corresponde a la legalidad y eso solo lo tramita la jurisdicción ordinaria. Pero además estableció que si no existe daño a un derecho constitucional, la acción de protección no procede, pues si el daño recae en un derecho de carácter legal, las vías de la jurisdicción ordinaria son las adecuadas. Para identificar aquello determinó:

la norma legal exige que la vulneración de la que es objeto el derecho deba estar orientada a atacar su ámbito constitucional o iusfundamental. “Esto significa que, para que proceda la acción de protección, la violación del derecho necesariamente debe afectar el contenido constitucional del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado por acción u omisión de autoridad pública”.

49. En efecto, una consideración de la que se debe partir para comprender el alcance del numeral 1 del artículo 40 de la LOGJCC, es que todos los derechos consagrados en la Constitución presentan varias facetas; es decir, son multidimensionales. Por tanto, los mecanismos o vías que el ordenamiento jurídico adopte para garantizar su efectiva vigencia deben abarcar, tanto la dimensión constitucional del derecho como su ámbito legal, de manera que se proteja integralmente el contenido del derecho vulnerado.⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 001-16-PJO-CC”, 22 de marzo de 2016.

A continuación, la Corte establece que la dimensión del derecho legal se encuentra la faceta patrimonial del derecho que, como se ha revisado, no es suficiente concepto para diferenciar cuando un derecho pertenece a la legalidad o la constitucionalidad. La justicia ordinaria es la que debe procesar la legalidad y la acción de protección, la constitucionalidad, asumiendo que en la jurisdicción ordinaria no se protegerían los derechos constitucionales:

No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional, *ya que para conflictos en materia de legalidad existen vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria*. El juez constitucional cuando de la sustanciación de la garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías.⁴⁵⁷

No obstante, en la misma sentencia se expresa que se debe constatar que no existan otros mecanismos de defensa, adecuados y eficaces, para proteger el derecho vulnerado, antes de admitir la procedibilidad de la acción de protección. Este criterio se separa del que señaló la Corte, sobre que se debe buscar que exista una vulneración al ámbito constitucional del derecho para que proceda la acción de protección, pues de lo que se deduce de esta segunda forma de dividir el trabajo entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, puede que se visibilice una vulneración de un derecho constitucional, pero existan vías adecuadas para su tratamiento en la jurisdicción ordinaria y viceversa.

La Corte define que la urgencia en la protección del derecho es lo que finalmente podría determinar qué es lo que debe tramitarse en la jurisdicción constitucional, de lo que se deduce que la vía adecuada y eficaz depende de este criterio.⁴⁵⁸ También señala la Corte que “respecto de aquellos asuntos que puedan ser ventilados en la vía ordinaria, se acuda a ella en primera instancia y solo si esta resulta ineficaz o inadecuada, se pueda activar la justicia constitucional”.⁴⁵⁹ Esto implicaría que si la justicia ordinaria resulta inadecuada por demorar la tramitación de la causa y generar que el daño se intensifique, ¿la jurisdicción constitucional pueda suspender la competencia de esta y resolver temporal o definitivamente el caso? Al menos así se puede observar *prima facie*. En esta línea, la Corte también expresó:

⁴⁵⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 002-14-SCN-CC”, 13; énfasis añadido.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, párr. 76.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, 21.

83. Así, siempre que se verifique que de someter el asunto controvertido a la vía ordinaria, causaría daño grave e irreparable y, por ende, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, *las juezas y jueces constitucionales tienen la obligación de habilitar los vías de la justicia constitucional*, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan impedir su procedencia, no pueden formularse en abstracto, sino que depende de la situación fáctica concreta a examinar.⁴⁶⁰

Se evidencia la contradicción en la propia sentencia, porque se generan argumentos circulares que no permiten sobrellevar la confusión planteada, ni reglas que ayuden a la claridad y puedan ser aplicadas a conveniencia por los jueces.

En la “Sentencia 170-17-SEP-CC”, del 7 de junio de 2017, la Corte resolvió una acción extraordinaria de protección sobre una sentencia de segunda instancia, en la que la Corte Provincial de Justicia de Pichincha se pronunció con respecto de una acción de protección que negó la pretensión de una central sindical de trabajadores que reclamaba para los médicos, de algunos centros, los nombramientos definitivos, en virtud del tiempo que llevaban laborando en varias instituciones. La decisión de segunda instancia negó la demanda porque 1) se trataba de un asunto de legalidad y 2) el representante de la organización de trabajadores no tenía legitimación activa para presentar la demanda a favor de personas diferentes a él. La Corte Constitucional determinó que era una restricción, para el ejercicio de los derechos, la regla sobre la legitimación activa, que la LOGJCC, en su artículo 9, literal a) preveía:

Art. 9.- Legitimación activa.- Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas: a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, *quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado.*⁴⁶¹

La Corte Constitucional eliminó la frase resaltada al declarar su inconstitucionalidad y expresó que el representante de la organización sindical sí poseía legitimación activa para demandar. Sobre el segundo punto, determinó que la Corte Provincial no había hecho un análisis riguroso sobre si existía o no violación de los derechos constitucionales, y había usado como excusa el que el problema planteado era un tema de legalidad. Sin embargo, sin analizar ni justificar, porque no constituía un tema de legalidad el estudiar la aplicación de la Ley Orgánica de Servicio Público, la Corte se

⁴⁶⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 001-16-PJO-CC”, 22 de marzo de 2016; énfasis añadido.

⁴⁶¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 9, lit. a; énfasis añadido.

pronunció sobre el fondo del asunto planteado y concluyó que el artículo 5, literal h, establecía que no podía otorgarse nombramientos sin que se declare triunfador a una persona en el correspondiente concurso de méritos y oposición.

¿Cómo se puede entender este análisis constitucional si, como se ha visto, la Corte Constitucional expresamente había señalado que revisar la aplicación de la ley era adentrarse en la legalidad? ¿Acaso la Corte Provincial ha entendido mal los conceptos de la Corte Constitucional? Lo que se demuestra nada más es que resulta imposible mantener esta supuesta separación entre legalidad y constitucionalidad, y que para superar esta dicotomía o bifurcación debe debatirse cómo el contenido de los derechos constitucionales es desarrollado por las normas constitucionales e infraconstitucionales, la jurisprudencia y las políticas públicas, conforme lo prevé el artículo 11, numeral 8, de la Constitución y la garantía que a la acción de protección le corresponde ejercer en tal sentido.

La Corte, en la “Sentencia 293-17-SEP-CC”, del 30 de agosto de 2017, al resolver una acción extraordinaria de protección en la que se impugnó una sentencia de segunda instancia de acción de protección, señaló expresamente que sentaba como regla jurisprudencial *inter pares e inter comunis* con efectos para todos los casos que presenten identidad en la pretensión de acuerdo al patrón fáctico de la sentencia que no deberán ser conocidos por la jurisdicción constitucional: “Problemas que se deriven de la disputa de la titularidad de dominio de inmuebles, cuya vía de resolución es la justicia ordinaria”.⁴⁶²

En su metodología, la Corte sigue indicando que se debe señalar exactamente, en la decisión, cuál es la regla jurisprudencial producto de la *ratio decidendi* de la sentencia, para que esta sea obligatoria, con lo que tácitamente se podría interpretar que cuando no se realice este procedimiento en otras sentencias, estas solo se constituirían en jurisprudencia indicativa o conceptual. Finalmente, como una muestra más de la confusión de conceptos y requisitos, se debe señalar que la Corte no ha realizado un análisis para determinar lo adecuado o eficaz de la justicia ordinaria en los casos concretos puestos a su revisión. Es decir, no ha analizado a profundidad las posibilidades de protección que, con respecto a la acción de protección, brinda el Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

Cabe anotar que en el país, en la actualidad, la jurisdicción ordinaria procesalmente está reglada por el COGEP, que se promulgó en el Registro Oficial

⁴⁶² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 293-17-SEP-CC”, 30 de agosto de 2017.

Suplemento 506, del 22 de mayo de 2015. Entró en vigencia en toda la república el 22 de mayo de 2016, de conformidad con lo previsto en su Disposición Final Segunda. Aquí se concentra la actividad procesal de todas las materias, por ejemplo: civiles, laborales, comerciales, tributarias, administrativas, niñez y adolescencia, inquilinato, etc., menos la constitucional, electoral y la penal.

En todas las actividades procesales que regula el COGEP, los principios rectores son los previstos en la Constitución de la República, en los instrumentos internacionales de derechos humanos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en el mismo COGEP.⁴⁶³ La Constitución estableció en su artículo 168, numeral 6, que la Función Judicial, en el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus atribuciones, aplicará para la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración contradicción y dispositivo. En esta línea, el artículo 5 del COGEP explica que uno de los principios que atraviesa el proceso de la jurisdicción ordinaria es el *principio dispositivo*, que implica que les corresponde a las partes y no al juez impulsar el proceso, desde la proposición de la demanda (principio dispositivo formal) hasta el impulso procesal, referente a la introducción de los hechos y la actividad probatoria (principio dispositivo material).⁴⁶⁴

Es decir, el juez está limitado y no puede de oficio intervenir para impulsarlo, si no es que se lo piden las partes, que se presume se encuentran en igualdad de condiciones. Hacer lo contrario podría implicar romper el principio de imparcialidad⁴⁶⁵ y correr el riesgo de ser acusado de ayudar a inclinar la balanza en favor de una de las partes y así romper la igualdad ante la ley —igualdad formal—. Por ello, la posibilidad de que el juez pueda ordenar prueba de oficio, que generalmente busca obtener la verdad material, entra en franca tensión con el principio dispositivo y el principio de igualdad de armas.⁴⁶⁶ Por

⁴⁶³ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, art. 2.

⁴⁶⁴ Iván Hunter Ampuero, “El principio dispositivo y los poderes del juez”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXV (2010): 149-188, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n35/a05.pdf>.

⁴⁶⁵ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009, s, art. 9. Esta norma expresa: “Principio de Imparcialidad.- La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes”.

⁴⁶⁶ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009, art. 29: “Artículo 29.- Interpretación de normas procesales.- Al interpretar la ley procesal,

tanto, esa posibilidad es excepcional,⁴⁶⁷ debido a que el mismo Código Orgánico de la Función Judicial, ordena que los jueces deberán resolver las causas sobre la base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales aprobados por el Estado, la ley y las pruebas aportadas por las partes.

El principio dispositivo es inherente a la justicia conmutativa: esta parte de la idea de que las partes que interactúan en una relación comercial, aprovechando las oportunidades que le brinda el mercado; lo hacen de forma voluntaria y en igualdad de condiciones. Así, a la justicia conmutativa le interesa la cosa u objeto que se discute y no toma en cuenta a las personas y sus circunstancias específicas. Busca restablecer la ley y, a través de este ejercicio se considera que se encuentran de igual a igual, pero que una de ellas habría actuado injustamente respecto de la otra, al transgredir el acuerdo, convenio o contrato al que se obligaron.⁴⁶⁸ Se tiene en cuenta a la persona en cuanto tal y no como miembro de la sociedad.⁴⁶⁹

Por esta razón, no se tienen en cuenta a las circunstancias de las personas, sino que se busca devolver lo que le corresponde por derecho propio, a una de las partes que ha entrado en intercambio. La justicia conmutativa se aplica generalmente en materia contractual, donde no se tiene en cuenta la condición de los contratantes, pues se parte del principio, como ya se mencionó, de que estos, al momento de contraer obligaciones, se encontraban en igualdad de condiciones y lo hicieron sin ningún tipo de coacción. Labourdette, por su parte, define a la justicia conmutativa como “aquella situación en la cual buscamos producir o restablecer un equilibrio, una equivalencia objetiva, en las

la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. [...] *Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal*, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y *se mantenga la igualdad de las partes*. [...] Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal”; énfasis añadido.

⁴⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 130. Esta norma señala: “Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: [...] 10. *Ordenar de oficio*, con las salvedades señaladas en la ley, *la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad*”; énfasis añadido.

⁴⁶⁸ Sánchez, “Acerca de la justicia en Santo Tomás de Aquino”.

⁴⁶⁹ Cristóbal Orrego Sánchez, “Justicia conmutativa y ética de la acción política”, *Revista Chilena de Derecho* 25, n.º 3 (1998): 617-628, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rechilde25&div=41&id=&page=>

relaciones entre dos particulares que, desde este preciso punto de vista, actúan de igual a igual”.⁴⁷⁰

Se parte de la premisa de que la justicia conmutativa es previa a la justicia distributiva, debido a que la aplicación de la primera permitiría la realización de la segunda, que implica la distribución de los bienes, según la contribución de cada persona en la sociedad. La justicia distributiva tiene como medio de realización a la ley que, aplicada en los conflictos particulares, concretiza de forma general la distribución de los bienes determinados por ley, en la sociedad.⁴⁷¹

El COGEP está construido sobre los fundamentos de la justicia conmutativa. Es decir, no toma en cuenta la posición en la que se encuentran las personas para acceder a la justicia o invocar la jurisdicción, sino que fija las normas procesales para que las partes de una relación puedan reclamar la transgresión del acuerdo, convenio, contrato o ley que se quebrantó por un congénere. La principal diferencia con la justicia constitucional, que tiene a las garantías jurisdiccionales como vía procesal para la protección de los derechos constitucionales es la obtención y actuación de la prueba.

Para acceder a la jurisdicción ordinaria, el COGEP prevé que se deben anunciar las pruebas que se tienen para acreditar los hechos que se presentan como fundamentos de la pretensión que se va a reclamar.⁴⁷² O sea, se debe comparecer a accionar o demandar, con las pruebas previamente obtenidas.⁴⁷³ Solamente si se justifica que a pesar de haber realizado una petición o acción para obtener la prueba, por ejemplo documental, sobre la base de la evidencia presentada la justicia está autorizada para intervenir y

⁴⁷⁰ Labourdette, citado en Gonzalo Sánchez, “Acerca de la justicia en Santo Tomás de Aquino”, *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, 91, http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1332/rev28_sanchez.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁴⁷¹ Lilian Yon, “La justicia de acuerdo a Santo Tomás de Aquino”, *Ελευθερία* 2, n.º 2 (2005): 1-6, http://eleutheria.ufm.edu/ArticulosPDF/050921_01_LaJusticia.pdf.

⁴⁷² Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 142. Esta norma expresa: “Artículo 142.- Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá: [...] 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. *Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.* 8. *La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso*”; énfasis añadido.

⁴⁷³ *Ibíd.*, art. 143. Esta norma señala: “Artículo 143.- Documentos que se deben acompañar a la demanda. A la demanda deben acompañarse, cuando corresponda, los siguientes documentos; [...] 5. *Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación. [...] La o el juzgador no ordenará la práctica de ninguna prueba en contravención a esta norma y si de hecho se practica, carecerá de todo valor probatorio*”; énfasis añadido.

ordenar diligencias para su obtención. Si el juez dispone la realización de prueba, sin dicha justificación previa, establece la parte final del artículo 143 del mismo COGEP, que carecerá de eficacia. Esto evidentemente responde a precautelar al principio de imparcialidad del juez. Ahora bien, el COGEP prevé una excepción para que el juez pueda ordenar de oficio la realización de pruebas para mejor resolver. Esto se puede presentar en la audiencia de juicio de forma excepcional y dejando expresa constancia de las razones de la decisión para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, debiendo suspenderse la audiencia hasta por el término de quince días para la realización.⁴⁷⁴

Se puede apreciar que existe una etapa pre procesal previa a la presentación de la demanda, que implica realizar todos los actos o diligencias para obtener las pruebas que se requieren, entre ellas realizar peritajes, solicitar información certificada,⁴⁷⁵ conseguir los testigos que hayan presenciado los hechos, desmaterializar documentos electrónicos, etc. En esta etapa previa, se puede solicitar la realización de diligencias preparatorias con el ánimo de obtener las pruebas necesarias para comparecer a presentar la demanda. Entre ellas se admite que se puedan solicitar diligencias probatorias preparatorias para precautelar la prueba que pudiera perderse o para clarificar la legitimación activa o pasiva en el futuro proceso.⁴⁷⁶

Entre las diligencias preparatorias previas a la presentación de la demanda que se pueden solicitar están las previstas en el artículo 122 del COGEP: i) la exhibición de la cosa mueble que se pretende reivindicar; ii) exhibición de documentos; iii) el reconocimiento de documentos privados; iv) el nombramiento de tutor o curador; v) la apertura de cajas o casilleros de seguridad en las instituciones del sistema financiero; vi) la inspección preparatoria si la cosa puede perderse o alterarse; vii) la recepción de declaraciones urgentes por temas de edad o salud o porque el testigo se vaya a ausentar del país de forma permanente o por un largo periodo. Esto sin perjuicio de que se pida la realización de otras diligencias de la misma naturaleza para la consecución de los objetivos procesales que se pretenden.

⁴⁷⁴ *Ibíd.*, art. 168.

⁴⁷⁵ *Ibíd.*, art. 194. Esta norma señala: “Artículo 194.- Presentación de documentos. Los documentos públicos o privados se presentarán en originales o en copias. *Se considerarán copias las reproducciones del original, debidamente certificadas* que se realicen por cualquier sistema”; énfasis añadido.

⁴⁷⁶ *Ibíd.*, art. 120. Esta norma señala: “Artículo 120.- Aplicación. Todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de: 1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso. 2. *Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse.* La o el juzgador que conozca la diligencia preparatoria será también competente para conocer la demanda principal”; énfasis añadido.

De lo expuesto se puede concluir que para comparecer a la Función Judicial ante la jurisdicción ordinaria a reclamar la reivindicación o declaración de un derecho, debido a que tomará un tiempo acceder a la prueba o prepararla, la pretensión será la reparación del daño que se alega y no hacer cesar el daño que se alega, puesto que para ello tendría que existir la posibilidad de que se dicten medidas cautelares para detener el acto impugnado provisionalmente, hasta que se dicte sentencia. El COGEP prevé que se pueda suspender los efectos del acto de la administración tributaria, para lo que se dispondrá se deposite una caución del 10 % de la cuantía que se demanda, cuando lo que se impugne sea una obligación de dar.⁴⁷⁷ También se prevé que se pueda solicitar en la demanda, de forma cautelar, la suspensión del acto administrativo diferente a la materia tributaria.⁴⁷⁸

Sin embargo, si la suspensión del acto se niega expresamente en la primera providencia o se la niega tácitamente al no pronunciarse sobre la petición, no existe la oportunidad procesal para volver a solicitarla si se agravan o cambian las circunstancias inicialmente planteadas. Además, cuando se trate de actos que no provengan de la administración pública, sino de particulares, no se puede solicitar medidas cautelares como la suspensión de actos. Por ejemplo, no se puede comparecer a la jurisdicción ordinaria para solicitar al juez ordene cesar los actos de acoso laboral que se produzcan en contra de un dirigente sindical por parte de su empleador, pues solo está en materia administrativa que se puede comparecer a solicitar una investigación sobre el acoso laboral sufrido y, en el mejor de los casos, se ordene disculpas públicas o, de plano, se comparezca a terminar la relación laboral mediante la petición de visto bueno de parte del trabajador ante el inspector del trabajo. No se puede comparecer judicialmente a exigir el cese, sino una indemnización a título de reparación, tras aprobarse el visto bueno. Para el caso de litigios entre particulares, solamente se ha previsto la retención, el embargo, la prohibición de enajenar, para el caso de precautelar créditos que se pretendan cobrar.

⁴⁷⁷ *Ibíd.*, art. 324: “Suspensión del acto impugnado. Cuando el acto administrativo en materia tributaria impugnado imponga al administrado una obligación de dar, este puede solicitar en su demanda la suspensión de los efectos de dicho acto. Para que se haga efectiva la suspensión, el tribunal ordenará al actor rendir caución del 10 % de la obligación; en caso de no hacerlo, se continuará con la ejecución del acto impugnado”.

⁴⁷⁸ *Ibíd.*, art. 330: “Suspensión del acto impugnado. A petición de parte, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida. Podrá motivadamente revocarse la medida en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron”.

Es decir, no debe ser urgente e inmediata la protección del derecho que se busque en contra de un particular, pues es evidente que el proceso previo para la obtención de la prueba tomará un tiempo, debido a que la arquitectura del procedimiento no está prevista para que sea sencilla ni de mucha rapidez. Por tanto, si se requiere una protección urgente e inmediata, el procedimiento ordinario no es efectivo en materia de particulares. Además, el procedimiento ordinario no es sencillo, ya que requiere del ejercicio de ritualidades estrictas para poder obtener la prueba que posteriormente permita comparecer a presentar la demanda ante la jurisdicción ordinaria. En esta medida, se requiere de recursos económicos para poder, en primer lugar, obtener el patrocinio de un profesional del derecho en miras a obtener previamente las pruebas que servirán para proponer la demanda.

Por otra parte, la carga de la prueba recae sobre el demandante, a menos que el demandado, en la contestación, realice afirmaciones implícitas o explícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa que se litiga. La inversión de la carga de la prueba —es decir, que recaiga sobre el demandado la obligación de establecer que no ha producido los hechos alegados por el demandante— se da expresamente en materia de familia respecto de la prueba de los ingresos del obligado a alimentos, en materia ambiental respecto de la inexistencia del daño potencial o real, y también se admite la inversión de la carga de la prueba en otras materias que se prevean según las leyes.⁴⁷⁹

Por ejemplo, en temas de discriminación, se prevé la inversión de la carga de la prueba en materia constitucional, mientras que en la jurisdicción ordinaria no está prevista la reversión de la carga de la prueba para estos casos. Esto evidencia una distinción que podría provocar indefensión. En otras palabras, si para estos casos se concurre a demandar en la jurisdicción ordinaria por discriminación, el demandante se encuentra en desventaja debido a que, en esta materia es muy difícil la obtención de dicha prueba. Por ello, en materia constitucional sí se ha previsto tal circunstancia procesal. Podría determinarse que por la arquitectura probatoria prevista en cada jurisdicción, la jurisdicción ordinaria podría no ser efectiva debido a la indefensión en la que puede dejar a la víctima. En estos casos, se podría plantear que la siguiente pregunta: ¿el accionante puede escoger la jurisdicción a la que concurrirá a reivindicar sus derechos afectados al haber sido discriminado? Por supuesto que al prever la jurisdicción constitucional, la reversión de la

⁴⁷⁹ *Ibíd.*, art. 169.

carga de la prueba, en casos de discriminación, todos tendrían que concurrir a esta, pues la diferencia probatoria garantizará la efectividad de la demanda.

La jurisdicción constitucional, en la que se prevé la tramitación de las garantías jurisdiccionales, predispone que el procedimiento para tramitarlas sea rápido y sencillo, contemplando un sin número de medidas para que las mismas sean eficaces,⁴⁸⁰ siendo el procedimiento oral en todas sus etapas e instancias. Por ejemplo: si se desea recurrir y solicitar protección al juez constitucional, no se necesita de un profesional del derecho,⁴⁸¹ requisito del que no se puede prescindir en la jurisdicción ordinaria. Además está previsto normativamente hablando, aunque en la práctica no se han dado las facilidades para el efecto, que se puedan presentar las demandas de protección de derechos constitucionales de forma oral. En la jurisdicción ordinaria no se prevé siquiera esta posibilidad, sin embargo, para las garantías jurisdiccionales solamente por escrito se ha acostumbrado y en la práctica obligado que se presenten este tipo de demandas.

En la jurisdicción constitucional, observar las formalidades no es requisito. Por ejemplo, las fotocopias simples de documentos pueden ser admitidas como prueba, posibilidad que no cabe en la jurisdicción ordinaria, pues la falta de la formalidad de la certificación de la documentación la volvería inválida a dicha prueba documental. Incluso se prevé que no sea exigencia citar la norma que garantiza el derecho constitucional infringido, pues al juez constitucional le corresponde, de conformidad al principio *iura novit curia*,⁴⁸² que implica que el juez conoce el derecho y puede llenar la falta de citación de la norma de derecho o puede aplicar una norma distinta a la invocada. En la jurisdicción ordinaria, el señalamiento de los fundamentos de derecho que se alegan para reclamar la pretensión es un requisito necesario para admitir la demanda.⁴⁸³

Para la tramitación de las garantías jurisdiccionales de protección de derechos, son hábiles todos los días y horas, mientras que en la jurisdicción ordinaria solamente son hábiles los días y horas laborables, lo que se conoce como términos. No se realizan citaciones, sino que bastan las notificaciones, debido a la rapidez y sencillez que requiere el procedimiento constitucional. Incluso se prevé que se pueda notificar a través de los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del demandante y del demandado,

⁴⁸⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 86, num. 2, lit. a.

⁴⁸¹ *Ibid.*, art. 86, num. 2, lit. c.

⁴⁸² Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 4, núm. 13.

⁴⁸³ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 142: "Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá: [...] 6. Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión".

como mensajes electrónicos, telefónicos, publicaciones en página web, mensajes de texto, WhatsApp, Facebook, etc.⁴⁸⁴ Está prohibido que el juzgador aplique normas que retarden el ágil despacho de la causa.⁴⁸⁵

El procedimiento constitucional atraviesa la informalidad del proceso, al punto que el juez puede ordenar la práctica de pruebas en cualquier momento, sin justificación expresa, y no se podrá tener aquello como una violación del principio de imparcialidad; incluso puede ordenar la formación de comisiones para recabarlas. En esta línea se estableció constitucionalmente la presunción de veracidad de los hechos alegados por parte del demandante, cuando la autoridad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre la información necesaria, siempre que de otros elementos de convicción no se evidencie lo contrario. Es decir, se estableció la reversión de la carga de la prueba cuando el demandado es la administración pública.⁴⁸⁶ Cuando el demandado es un particular, se estableció la presunción de veracidad de los hechos alegados en la demanda, para los casos de discriminación, la naturaleza o el ambiente.⁴⁸⁷

El procedimiento sencillo y rápido también prevé la posibilidad de que se dicten medidas para obtener una reparación eficaz del daño. De constatarse la vulneración de derechos, el juez debe declararla y ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial. Esto brinda toda la amplitud para efectivizar la cesación de la acción dañina, que constituye una obligación de carácter negativo y su reparación. En la jurisdicción ordinaria, no se prevé una gran gama de medidas para reparar, sino solamente las previstas expresamente en la ley: son las medidas que se pueden reclamar o solicitar, con lo que el término reparación integral en materia constitucional resulta más amplio que las indemnizaciones o reivindicaciones que se pueden solicitar en la jurisdicción ordinaria. Así no se puede, en el campo de litigio entre particulares, solicitar que provisionalmente se ordene hacer cesar la violación de derechos hasta que se dicte sentencia y se resuelva el fondo del proceso planteado.

Todo lo expuesto se resume en que la Corte no ha realizado un análisis exhaustivo sobre la eficacia procesal en la justicia ordinaria, para determinar la procedencia de la

⁴⁸⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 86, núm. 2, lit. d.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, art. 86, num. 2, lit. e.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, art. 86, num. 3; Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 16.

⁴⁸⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 16.

acción de protección como medio adecuado y eficaz, para el cuidado de los derechos, y así garantizar la tutela judicial efectiva.

Capítulo tercero

Análisis de la acción de protección como mecanismo procesal de constitucionalización del derecho privado en Ecuador

En esta parte de la tesis analizaremos los datos empíricos recogidos con el fin de testear nuestra hipótesis, para ello, utilizaremos un enfoque mixto, tanto cuantitativo como cualitativo, conforme se explicará más adelante. Se analizarán los pronunciamientos de la Corte Constitucional en las acciones extraordinarias de protección y la jurisdicción constitucional en primera y segunda instancias, sobre las acciones de protección dirigidas contra particulares. El período escogido y aprobado para la investigación va desde 2008 hasta 2017.

Para el caso de las sentencias de acciones extraordinarias de protección emitidas por la Corte Constitucional en el período estudiado, debido a que el número es pequeño, se pudo revisar y analizar todas. Para el caso de las acciones de protección de primera y segunda instancia se obtuvo una muestra. La construcción de esa muestra se hizo con las sentencias emitidas en Pichincha y Guayas, esta selección espacial estuvo basada en el siguiente criterio: las provincias en las que con mayor frecuencia se han presentado y resuelto las acciones de protección (Pichincha y Guayas). Lo que desde nuestro punto de vista ofrece una probabilidad mayor de pronunciamiento sobre las causales de justiciabilidad en acciones de protección frente a terceros.

La mayor frecuencia de presentación y resolución de acciones de protección en Pichincha y Guayas está directamente relacionada con la densidad poblacional. Según cifras oficiales del último censo poblacional, realizado en el país en 2010, por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), Ecuador registró una población de catorce millones cuatrocientos ochenta y tres mil cuatrocientos noventa y nueve (14 483 499) habitantes.⁴⁸⁸ A esa fecha, Guayas tenía tres millones seiscientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos ochenta y tres (3 645 483) habitantes y Pichincha un total de dos millones quinientos setenta y seis mil doscientos ochenta y siete (2 576 287) habitantes.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Ecuador Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), “Resultados”, *INEC*, <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/resultados/>.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, “Resultados del censo 2010 de población y vivienda en el Ecuador. Fascículo provincial Guayas”, *INEC*, <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/wp-content/descargas/Manu-lateral/Resultados-provinciales/guayas.pdf>; *ibid.*, “Resultados del censo 2010 de población y vivienda en el Ecuador. Fascículo provincial Pichincha”, *INEC*, <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/wp-content/descargas/Manu-lateral/Resultados-provinciales/pichincha.pdf>.

1. Marco metodológico

Como se recordará nuestra hipótesis de trabajo fue: en Ecuador, la eficacia de derechos fundamentales entre privados, por medio de la acción de protección, se ha visto enervada por parte de los jueces constitucionales debido a la ausencia de parámetros interpretativos significantes de las causales de justiciabilidad, que posibilitan el ejercicio de la garantía constitucional y por algunos problemas de diseño de la propia norma legal.

La variable relativa al diseño jurídico de la acción de protección y de la jurisprudencia general sobre AP de la Corte Constitucional ya se abordaron en el capítulo anterior por lo que, aquí nos centraremos en el estudio de las otras variables identificadas: descripción cuantitativa y cualitativa de las acciones de protección, existencia de parámetros interpretativos de las causales de justiciabilidad.

A continuación, presentamos la tabla de operacionalización de variables. Hay que recordar que requerimos precisar el contenido conceptual, para luego identificar las dimensiones y las unidades de observación.

Tabla 2
Operacionalización de variables

| VARIABLE | OPERACIONALIZACIÓN CONCEPTUAL | DIMENSIONES | CUESTIONES A OBSERVAR |
|---|--|---|--|
| Eficacia de la AP para proteger derechos fundamentales entre privados | Posibilidad de ejercicio de garantía de AP frente a particulares | Descripción cuantitativa y cualitativa de las AP y AEP frente a particulares | Frecuencia de la acción por año, Tipo de derecho que se discute, Tipo de actor y demandado, Tipo de causal de justiciabilidad. |
| | | Parámetros interpretativos de los jueces constitucionales: discriminación, indefensión, subordinación en AP y AEP frente a particulares | Parámetros de la CC: AEP contra particulares sobre: discriminación, subordinación e indefensión |
| | | Jurisprudencia de la CC respecto de las AP y las AEP | Parámetros de los jueces de primera y segunda Instancia en AP contra particulares |
| | | | Jurisprudencia respecto a la procedencia de AP, diferencia entre constitucionalidad y legalidad y precedente |

Fuente y elaboración propias

Es necesario explicar que, conceptualmente hablando, la eficacia de la Acción de Protección frente a particulares es entendida como la posibilidad de ejercicio de la garantía frente a particulares, es decir está conformada por las condiciones que facilitan

hacer uso de ella. En vista de que ese concepto no es directamente observable hemos identificado cuatro dimensiones que van a ser estudiadas en esta parte empírica: descripción cuantitativa y cualitativa de las AP y AEP estudiadas; parámetros interpretativos de los jueces constitucionales: discriminación, indefensión, subordinación y daño grave en AP y AEP.

Para estudiar estas variables hemos identificado como unidades de análisis las sentencias de acción extraordinaria de protección (AEP) en acciones de protección contra particulares y, las sentencias de acción de protección (AP) contra particulares que se han emitido durante el período investigado por los jueces constitucionales de primera y segunda instancia.

En cuanto a nuestro universo de estudio estuvo configurado por acciones de protección contra particulares y acciones extraordinarias de protección en acciones de protección, contra particulares, durante el período elegido (2008-2017). El total del universo a estudiarse es de 219 sentencias, que corresponden a todas las emitidas en este asunto, durante el período investigado. De las cuales 13 corresponden a las acciones extraordinarias de protección tramitadas por la Corte Constitucional en este tema y 206 a primera y segunda instancia de acciones de protección contra particulares en Pichincha y Guayas.

Las sentencias de la Corte Constitucional (AEP) serán estudiadas en su totalidad (13), en cambio, las acciones de protección de jueces constitucionales de primera y segunda instancia serán estudiadas en su totalidad a través de una muestra.

Las 13 sentencias de la Corte Constitucional fueron identificadas después de la revisión de 641 sentencias de AEP sobre AP, las que fueron solicitadas por escrito a la Corte, para escogerlas se utilizó como criterio: las AEP sobre acciones de protección contra particulares. La muestra de las acciones de protección de Guayas y Pichincha se conformó por aquellas sentencias que tenían fallo de primera y segunda instancia, pues, eso garantiza la profundidad del debate, ya que partimos de la premisa que, al ser revisadas por una instancia superior, las sentencias tendrían mejor calidad. El total de la muestra de acciones de protección con sentencias de primera y segunda instancia es de 79. De este número 40 corresponden a Guayas y 39 a Pichincha.

En estos casos se estudió las sentencias de las cortes provinciales, ya que ellas incluyen la decisión de la primera instancia y con la finalidad de tener un criterio más firme respecto de la discusión del problema jurídico planteado, los criterios esgrimidos en la tramitación de la garantía constitucional por las partes y los usados por el juez para

aceptar o rechazar las demandas que se realizan en esta vía en contra de un particular. Esto debido a que de la revisión general de las sentencias se encuentra que, muy escasamente, los jueces de primera instancia analizan las causales o dotan de contenido a los conceptos jurídicos indeterminados que entran en discusión en este tipo de acciones, como daño grave, discriminación, indefensión y subordinación.

Para acceder a las sentencias, se solicitó al Consejo de la Judicatura un listado de los casos propuestos desde 2008 hasta 2017. La base de datos proporcionada por el Consejo de la Judicatura permitió realizar la búsqueda de los casos, uno por uno, en el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), de allí se extrajeron los que tenían como demandado a un ente particular o privado. Al respecto, indicamos que no se tomó en cuenta, para estos efectos, a las empresas mixtas, en las que el Estado ecuatoriano y un particular son sus dueños y que se encuentran sujetos a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Tabla 3
Cuadro de casos analizados en las provincias de Guayas y Pichincha

| Provincias | Casos con sentencias solo de primera instancia | Casos con sentencias de primera y segunda instancias | Casos con sentencias solo de segunda instancia | Total |
|------------------|--|--|--|------------|
| Guayas | 60 | 40 | 7 | 107 |
| Pichincha | 56 | 39 | 4 | 99 |
| Total | 116 | 79 | 11 | 206 |

Fuente: Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

En cuanto a las técnicas de análisis de datos se han escogido tanto cuantitativas como cualitativas. Se obtendrán estadísticas descriptivas que den cuenta del panorama general que presentan las AEP y las AP estudiadas: frecuencia, derecho alegado, tipo de resolución, tipo de demandante y demandado, argumentos de los jueces, entre otras que más adelante se explicitan.

En lo relativo al estudio de los parámetros interpretativos de los jueces constitucionales de la Corte Constitucional y de primera y segunda instancia, de las causales de justiciabilidad: discriminación, indefensión, subordinación se ha escogido las técnicas cualitativas, por un lado se ha recurrido al análisis del discurso de los jueces, se ha puesto énfasis en el contenido que han dado a los términos que conforman las causales

de justiciabilidad, esto se ha hecho con todas las sentencias de las acciones extraordinarias de protección y con las 79 de las sentencias de acción de protección escogidas.

Para completar el análisis cualitativo se han escogido algunas sentencias de acción de protección frente a particulares de segunda instancia, consideradas las más importantes, ya sea porque en ella se desarrollan en algo los contenidos que nos interesan o, por la total ausencia del debate.

De tal manera que, en un primer momento, se analizarán las sentencias dictadas por el alto tribunal, Corte Constitucional, y luego se estudiarán los fallos que en acción de protección se han producido en primera y segunda instancia en las provincias de Guayas y Pichincha, con lo que se podrán evidenciar los parámetros con que los jueces de primera y segunda instancia, cuando atienden garantías constitucionales, solucionan los conflictos provenientes de las relaciones entre particulares y la influencia que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ejercido al respecto.

2. Descripción general cuantitativa de las causas de acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional respecto de las acciones de protección entre particulares

A continuación, presentamos el análisis de las 13 sentencias de AEP sobre AP contra particulares. Hay que aclarar que las sentencias son los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador en acciones extraordinarias de protección, en los casos de acciones de protección que llegan al tribunal constitucional activando este recurso extraordinario, después de obtener sentencia en primera y segunda instancias. La tabla 4 recoge los datos generales de la acción extraordinaria y las decisiones de primera y segunda instancias, así como la sentencia de la corte constitucional.

Tabla 4

Sentencias de acciones extraordinarias de protección en acciones de protección frente a particulares emitidas entre 2008 a 2017

| No. | # Sentencia Año | Actor | Demandado | Causal | Primera Instancia | Segunda Instancia | Corte Constitucional |
|-----|-----------------|---|--|-----------------------------|--|--|---|
| 1 | S 090-14-SEP | Usuario de servicios médicos | Clínica Privada de Salud | Discriminación | Reconoce violación del derecho a la salud | No hay violación. Cuestión de mera legalidad. | Acepta AEP. Revoca sentencia de segunda instancia. Declara vulneración de garantía de motivación y tutela judicial efectiva. Reenvía. |
| 2 | S 103-14-SEP | Cotizante a un fondo privado de jubilación y cesantía | Fondo privado de jubilación y cesantía | Subordinación e indefensión | Reconoce violación del derecho propiedad. Ordena devolución de aportes | Reconoce violación del derecho. Ordena devolución de aportes | Acepta AEP. Revoca sentencia de segunda instancia. Declara vulneración de garantía de motivación. Reenvía. |
| 3 | S 160-14-SEP | Candidato para Presidente del Colegio de Arquitectos del Guayas | Colegio de Arquitectos del Guayas | Subordinación e indefensión | Reconoce violación del derecho participación. Ordena que se califique su candidatura | No hay violación. Cuestión de mera legalidad. | Rechaza AEP. Reconoce violación de motivación. Cuestión de mera legalidad. |
| 4 | S 171-14-SEP | Canal privado de televisión | Federación Ecuatoriana de Fútbol | Daño grave | s/d | No hay daño grave. Cuestión de mera legalidad. | Rechaza AEP. Reconoce violación de motivación, tutela judicial efectiva, libertad de contratación. |
| 5 | S 013-15-SEP | Cotizante de un fondo privado de cesantía | Fondo privado de cesantía | Subordinación e indefensión | s/d | Fuera del ámbito constitucional. Cuestión de mera legalidad | Acepta AEP. Revoca sentencia. No reenvía y resuelve directamente liquidar el fondo a favor del demandante. |
| 6 | S 065-15-SEP | Comunidad del manglar desplazada | Camaronero privado | Daño grave, indefensión | No hay violación del derecho. | Reconoce violación de derechos ancestrales, daño grave a la subsistencia y al manglar. Acepta parcialmente | Acepta AEP. Revoca sentencia. Reconoce subordinación. Declara que atenta contra seguridad jurídica. Reenvío. |
| 7 | S 188-15-SEP | Afectada por extracción minera, que agrieta su casa y rompe los vidrios | Concesionario minero | Daño grave, indefensión | No hay violación del derecho. | No hay violación de derecho | Rechaza AEP. Cuestión de mera legalidad |
| 8 | S-303-15-SEP | Médico que alega no le remiten pacientes de la clínica de la que es socio | Clínica Privada de Salud | Indefensión | No hay violación del derecho. | Reconoce violación al derecho de igualdad. | Acepta AEP. Revoca sentencia. Reconoce violación a la seguridad jurídica. Reenvía. |
| 9 | S 078-16-SEP | Ex trabajador del Consorcio de Consejos Provinciales y Municipales | Consorcio de Consejos Provinciales y Municipales | Subordinación e indefensión | No hay violación del derecho. | No hay daño grave. Cuestión de mera legalidad. | Acepta AEP. Revoca sentencia. Reconoce violación a la motivación y a la seguridad jurídica. Reenvío. |
| 10 | S 196-16-SEP | Corporación económica competitiva de Bolívar que fue | Comité Ecuatoriano de Desarrollo Económico y | Indefensión | Hay violación del derecho de defensa | Reconoce violación del derecho de defensa. | Acepta AEP. Revoca sentencia. Cuestión de mera legalidad. |

| | | separada del CEDET | Territorial (CEDET) | | | | |
|----|-------------|---|--|----------------|-------------------------------|---|---|
| 11 | S 318-16-EP | Cotizante involuntario de seguro de vida | Empresa aseguradora que cobra prima de seguro sin autorización | Indefensión | Cuestión de mera legalidad. | Cuestión de mera legalidad. | Acepta AEP. Revoca sentencia. Reconoce falta de motivación. Cuestión de mera legalidad. Ordena archivo. |
| 12 | 381-16-SEP | Ex trabajador de OTECEL que demanda utilidades | OTECCEL | Discriminación | Cuestión de mera legalidad. | Cuestión de mera legalidad. | Rechaza AEP. Analiza discriminación, indefensión. |
| 13 | 215-17-SEP | Presidente del Colegio de Periodistas del Guayas destituido | Colegio de Periodistas del Guayas | Indefensión | No hay violación del derecho. | Reconoce indefensión por condiciones fácticas | Rechaza AEP. No hace ningún aporte |

Fuente y elaboración propias con base en las sentencias de AEP analizadas.

Lo primero que llama la atención es el escaso número de causas tratadas, desde el 2008 hasta el 2017. La Corte Constitucional procesó apenas 13 causas sobre acciones de protección frente a particulares. Se podría argumentar que el número es tan bajo porque se hicieron pocas demandas de AEP; sin embargo, esta hipótesis no es la más plausible, ya que según datos de la propia Corte Constitucional, la mayoría de AEP no son admitidas. Es decir, existe un filtro formal, de bajo nivel, que impide su tratamiento.

En términos generales los actores y demandados son de la más amplia variedad, por lo que su descripción no admite síntesis, quizás lo que llama la atención es que sólo dos casos se refieren a categorías sospechosas: procedencia étnica y cultural (S 090-14-SEP y 065-15-SEP), casos en los que los actores son una persona que se reconoce como indígena y el otro como comunidad ancestral, sin embargo, como se verá más adelante la Corte Constitucional ni siquiera entra al abordaje de la causal discriminación a pesar de tratarse de una categoría sospechosa.

Un aspecto que merece que nos detengamos por su gran relevancia, en el tema que estamos tratando es la respuesta que da la Corte Constitucional frente a las declaraciones de vulneración de derechos por parte de la Segunda Instancia. Solo en cinco de los 13 casos (S 103-14-SEP, S 065-15-SEP, S 303-13-SEP, S 196-16-SEP, S 215-17-SEP) la segunda instancia reconoce violación de algún derecho constitucional, cuestión que se agrava sustancialmente cuando se comprueba que de esos cinco casos, en cuatro las sentencias que reconocían violación de derechos fueron revocadas por la Corte Constitucional. De éstas, en un caso (196-16-SEP) la Corte Constitucional esgrime como razón la mera legalidad. Solo una la sentencia (S 215-17-SEP) es ratificada por la Corte.

A esto hay que agregar que en tres de los cuatro casos en los que se revoca la

sentencia se echa mano de la técnica del reenvío, es decir, la Corte ordena que sea el juez de segunda instancia quien vuelva a resolver sobre el caso, sin considerar que esto alarga sustancialmente los procesos (S 103-14-SEP, S 065-15-SEP, S 303-13-SEP) y es perjudicial para el accionante quien tiene que volver a la pesadilla del servicio judicial.

Ahora bien, revisemos la respuesta de la Corte Constitucional frente a los casos en los que la segunda instancia no reconoce violación de derechos, que llegan a ocho (S 090-14-SEP, S 060-14-SEP, S171-14-SEP, S 013-15-SEP, S 188-15-SEP, S 078-16-SEP, S 318-16-SEP, S 381-16-SEP). Para esta situación hay tres sentencias ratificadas (S171-14-SEP, S 188-15-SEP, S 381-16-SEP), es decir en ellas se ratifica que no existe violación de derechos, en una de ellas (S 188-15-SEP) la corte indica que el asunto es mera legalidad. Se revocan cinco sentencias (S 090-14-SEP, S 060-14-SEP, S 013-15-SEP, S 078-16-SEP, S 318-16-SEP). A pesar de que se revocan, en dos de ellas se sostiene que el asunto que se discute es de mera legalidad (S 160-14-SEP, S 318-16-SEP) por lo que no existe ni siquiera reenvío. En dos se vuelve a la técnica de reenvío (S 090-14-SEP y S 078-16-SEP). En la sentencia 013-15-SEP la Corte resuelve directamente y en la S 318-16-SEP no dice nada.

En conclusión, en apenas dos casos (S 215-17-SEP y la S 013-15-SEP), o sea en el 15,4%, podríamos afirmar que la Corte es eficaz en la respuesta frente a violación de derechos constitucionales contra particulares en Acciones Extraordinarias de Protección⁴⁹⁰. El primero porque ratifica la decisión del juez de declarar la violación de derechos y el segundo porque la Corte Constitucional resuelve directamente, desatendiendo su propia técnica del reenvío.

3. Desarrollo de parámetros para dotar de contenido a las causales de justiciabilidad en acciones de protección contra particulares

Como hemos dicho, las normas constitucionales y legales han establecido las causales de justiciabilidad de las acciones de protección contra particulares, a saber: discriminación, subordinación, indefensión, daño grave y prestación de servicios públicos por concesión o delegación a particulares.

⁴⁹⁰ Es necesario señalar que la justificación de esta falta de acción por parte de la Corte Constitucional, tiene su explicación en la adscripción consciente o inconsciente a la teoría de los efectos indirectos de los derechos constitucionales en las relaciones particulares, a la que nos referiremos con más amplitud posteriormente.

Varios datos se han obtenido del estudio de las sentencias de la Corte Constitucional en estos 13 casos. Solamente en dos casos hay una referencia y algún análisis sobre las causales de justiciabilidad (S 065-15-SEP y S 381-16-SEP), es decir solamente en un 15,4% se dice algo al respecto.

En la sentencia S 065-15-SEP se reconoce que hay subordinación entre la comunidad del manglar desplazada por la acción de un camaronero particular y este último. Y, aunque se menciona la indefensión y la discriminación, no se llena de ningún contenido a ninguno de esos conceptos, es más, se reenvía al juez de segunda instancia para que vuelva a tramitar el caso.

En la sentencia S 381-16-SEP, la corte entra a analizar dos conceptos: discriminación e indefensión, respecto del primero en un estudio por demás superficial dice que los dos grupos a compararse: el de trabajadores que recibieron las utilidades de OTECEL y los que no recibieron, por haberse retirado de la institución mientras no se reconocía relación con la empresa principal por ser tercerizados, no pueden ser comparados porque entre ellos existe más diferencias que similitudes y, respecto del término indefensión lo reducen a la violación de preceptos normativos procedimentales. Resulta interesante contrastar lo que dicen los jueces de segunda instancia con lo dicho por la Corte Constitucional. Los jueces ordinarios de segunda instancia sí se pronuncian respecto de las causales de justiciabilidad, sí bien esto se explica debido a que ellos sí entran a revisar la violación directa de los derechos constitucionales, y no, como hacen los jueces de la Corte Constitucional, que los estudian indirectamente a través de la actuación del juez de segunda instancia.

En seis de los 13 casos, los jueces de la corte provincial (de segunda instancia) (S 171-14-SEP, S 065-15-SEP, S 303-15-SEP, 078-16-SEP, S 196-16-SEP, S 215-17-SEP) se pronuncian sobre las causales de justiciabilidad de la Acción de Protección contra particulares: daño grave, indefensión y discriminación. Sin embargo, no dotan de contenido a estos conceptos solamente se refieren a ellos, salvo en un caso, en la S 215-17 en el que se habla de indefensión como la imposibilidad de defenderse por cuestiones fácticas y no por faltas al procedimiento como lo sostiene la Corte.

Cabe aquí mencionar que la Corte Constitucional ha fabricado, ella misma, una camisa de fuerza, al adscribir, no solo de manera teórica, sino en la jurisprudencia, a la teoría de los efectos indirectos de los derechos constitucionales entre particulares.

Es decir, la Corte restringió su actuar en el caso de las acciones extraordinarias de protección a la revisión de la actuación de los jueces y no entra, salvo cuando se aleja de

sus propios precedentes, a discutir el asunto central, es decir la existencia o no de violaciones de derechos fundamentales. Esto tiene algo de sentido cuando se trata de asuntos que no se discuten en acciones de protección, pues esas sentencias ya vienen, generalmente, con sentencia de casación, es decir ya revisadas por la más alta corte de la justicia ordinaria, que en esos casos es esta última la llamada a dotar de contenido a los asuntos que resuelven los jueces ordinarios.

Pero los jueces constitucionales de primera y segunda instancia que sentencian acciones de protección no cuentan con ninguna orientación de la Corte Constitucional para dotar de contenido cuestiones que son propias del ámbito de las acciones de protección, sin embargo, la corte utiliza el mismo criterio, en estos casos solo revisan la actuación del juez.

Por lo que podemos concluir que a pesar de las declaraciones grandilocuentes que se realizaron durante el periodo de estudio en las sentencias, la Corte en la práctica se acogió a la doctrina del efecto indirecto por lo que la afectación a los derechos constitucionales que se da entre particulares es un asunto que tiene que ver con el Estado, solamente cuando el juez que es su representante no actúa debidamente.

Precisamente por eso, todas las acciones extraordinarias de protección (las 13) sea que fueron rechazadas o fueron aceptadas, solamente analizan la violación o no de derechos constitucionales por parte del juez en la sentencia: debido proceso en la garantía de motivación, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y no entran a revisar el asunto de fondo.

4. Análisis cualitativo de las sentencias de la Corte Constitucional

Para el análisis cualitativo hemos escogido dos sentencias: la S 065-15-SEP y la S 381-16-SEP, decisiones en las que la Corte Constitucional se pronuncia sobre las causales de justiciabilidad en los casos de violaciones de derechos humanos entre particulares. Para ello vamos a contar brevemente de lo que trata el caso y posteriormente haremos una revisión de lo que dice la Corte Constitucional.

4.1. Sentencia 065-15-SEP-CC. Desplazamiento comunidad de manglar por camaronero particular

En cuanto a los hechos, alrededor de 70 familias dedicadas a la recolección de conchas, cangrejos, pesca artesanal y labores agrícolas, ubicadas en el estuario del río Chone, sitio El Verdum, del cantón Tosagua, provincia de Manabí, presentaron una

acción de protección por haber sido forzados a desplazarse de su comuna, por parte de un camaronero particular, lo que impidió el acceso al manglar que era su fuente de sustento. El empresario camaronero compró gran parte del área donde estaba asentada la comuna. Argumentaron que el particular les causaba un daño grave a sus derechos colectivos y solicitaron se tomaran medidas para restaurar el ecosistema del manglar y conservar las tierras ancestrales, que les permitiera explotar bajo el principio de sostenibilidad.

La Corte Constitucional, al resolver la acción extraordinaria de protección interpuesta por el particular demandado, revisó si se había vulnerado el debido proceso respecto de la validez en la obtención de pruebas, así como el derecho a la seguridad jurídica. Para resolver el primer punto, analizó si el tribunal de segunda instancia tenía la potestad de ordenar prueba, como el peritaje antropológico, y llegó a la conclusión de que sí. Es más, el juez sustanciador de la acción extraordinaria de protección ordenó la realización de otro peritaje antropológico para reconocer y verificar las 137 hectáreas que fueron adjudicadas en subasta pública, que estaban compuestas de camaronera y terreno en firme, y que, según afirmaban los demandantes, eran los posesionarios ancestrales de estas tierras adjudicadas.

La Corte señaló que el peritaje determinó que los comuneros se encontraban en posesión y explotación ancestral, pero subordinados a los empresarios camaroneros de la zona, como lo era el empresario particular demandado, quien estaría incitando el desplazamiento forzoso del territorio donde ejercen la recolección de conchas, cangrejo y pescado para su sustento, lo que afectaba al interés común de esta comunidad.⁴⁹¹ La Corte afirmó que la acción de protección es el mecanismo adecuado para declarar, proteger y reparar los derechos constitucionales frente a la vulneración o peligro inminente de esto, que es la finalidad de la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes: impedir el deterioro de los derechos ancestrales y del ecosistema manglar, que es riqueza patrimonial y por tanto de interés público.

La Corte también manifestó que las instituciones del Estado son instrumentos útiles frente al control privado, la subordinación y la indefensión, debido a que tiene la responsabilidad de velar por el bienestar de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Sin embargo, no se desarrolló esos conceptos. Concluyó finalmente que la sentencia de segunda instancia, que les dio la razón a los comuneros no vulneró el

⁴⁹¹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 065-15-SEP-CC”, 11 de marzo de 2015, 14-5.

artículo 76 numeral 4 de la Constitución, porque el peritaje corroboró un desplazamiento y obstaculización a los demandantes de las tierras ancestrales.

Acto seguido la corte señaló que la sentencia atentó en contra de la seguridad jurídica, debido a que el fallo estableció que el 20 % de la extensión total de la propiedad debía destinarse en uso y explotación de la comunidad, sin que se haya producido la expropiación o haya sido declarado de utilidad pública o de interés nacional, además, no se determinó una justa indemnización de estos. Por esta razón, aceptó la acción extraordinaria de protección y dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia y dispuso que otro tribunal de segunda instancia nuevamente se pronunciara.

Se puede afirmar que la Corte realizó un ejercicio contradictorio con respecto a la sentencia anteriormente revisada, pues nuevamente la reenvió para que se realizara otra sentencia, evadiendo su deber de alta corte de expedir jurisprudencia. En el presente caso, es más, incurrió en una contradicción muy grave al realizar prueba de oficio, establecer la vulneración de derechos de la comuna y no determinar la reparación que a ella le correspondía. No señaló cuáles eran las causales de procedencia de la acción de protección en contra de un particular, en el caso concreto, debido a que si bien mencionó a la indefensión, subordinación y discriminación, no indicó las características de estas circunstancias y en cuál de ellas se encasillaba la conducta del demandado. En fin, no especificó si el control que realizaba era producto del efecto directo o indirecto de los derechos constitucionales entre particulares. La Corte nuevamente hizo que se activara la ruleta de la confusión.

4.2. Sentencia 381-16-SEP-CC. Utilidades de trabajadores tercerizados de OTECEL

Extrabajadores tercerizados de la empresa de telefonía celular OTECEL demandaron en acción de protección el pago del 15 % de utilidades que no percibieron durante 2003, 2004, 2005 y 2006, porque no se encontraban directamente en la nómina de la empresa. Esto lo plantearon sobre la base de una consulta realizada al Ministerio de Trabajo que consideró que les asistía tal derecho.

Al resolver la acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional señaló que el accionante no ha justificado su negligencia al no presentar de forma oportuna las demandas que en el ámbito laboral que correspondía, haciendo que el decurso del tiempo prescriba esa posibilidad. Además, dijo que no se ha demostrado que las semejanzas entre las personas con las que se comparaban, los trabajadores directos de la empresa, sean

relevantes, lo que posibilitó un trato diferente en cuanto las diferencias son mayores que las similitudes. Recalcó que la acción de protección no cabe para asunto de estricta legalidad o contractuales.

Sin embargo, se puede anotar que la Corte Constitucional analizó si se había producido indefensión como causal de procedencia de la acción de protección frente a particulares y circunscribió la misma a la violación de preceptos procedimentales que impidan ejercer oportunamente el derecho a la defensa o cuando se obstaculiza el derecho a refutar una acusación. Reduce este concepto al proceso, más no a circunstancias de orden fáctico que pueden presentarse y que impidan a un particular reaccionar ante una acción de otro. Como se ha visto, se ha llenado de contenido este concepto más ampliamente, por ejemplo, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional mencionó que el accionante tuvo el patrocinio de un profesional del derecho en el proceso y que pudo ejercer los recursos que garantizaba la ley para su defensa, a pesar de que no se requiere de abogado para acceder a esta garantía constitucional. Además, se indicó que no se le había impedido comparecer al proceso y que ha contado con el tiempo suficiente para ejercer su defensa, razones que no permiten colegir que exista indefensión.

En este caso se desarrolla el único parámetro interpretativo sobre indefensión que contiene dos elementos: a) violación de preceptos normativos procedimentales que impiden la defensa y b) la imposibilidad de refutar la acusación. Desde nuestro punto de vista totalmente insuficiente pues reduce la “indefensión” a las imposibilidades de actuar en el proceso sin considerar ninguna de las constricciones fácticas que también pueden ocasionar indefensión.

4.3. El reenvío y la cuestión de mera legalidad

En conclusión, respecto de este acápite debemos indicar que la técnica del reenvío usada por la Corte Constitucional lo que hace es obligar al demandante a entrar nuevamente en la ruleta de la justicia, pues ¿qué sucede si otra vez la sentencia de segunda instancia no es motivada? La Corte deja sin criterios de interpretación de las normas constitucionales para los casos concretos de procedencia de la acción de protección frente a particulares.

Ahora bien, ¿cómo se puede entender qué en varios casos, que se diga que no se han violado derechos constitucionales, y que lo que más bien se plantean son cuestiones de mera legalidad que deben ser resueltas en la vía correspondiente? No se señala cuál es

la vía correspondiente y se presupone que es la justicia ordinaria la que debe tratar el problema planteado porque la violación de derechos constitucionales solo es de exclusiva competencia de la jurisdicción constitucional. Con esto tácitamente se señala que la justicia ordinaria no garantiza derechos constitucionales, olvidando que esta también tiene el mandato constitucional de proteger derechos fundamentales.

Al dejar sentada esta premisa, se evidencia una contradicción *per se*, pues, por un lado, no hay violación de derechos constitucionales; y por otro, el problema aún puede ser discutido en la vía ordinaria, con lo que divide el problema propuesto en dos dimensiones como lo llama la misma Corte: la de legalidad y la de constitucionalidad. Esto podría significar que, si una persona no es atendida favorablemente al activar las vías procesales ordinarias, ¿podría activar la vía constitucional actuando bajo el entendido que solo la legalidad se ha revisado en la vía ordinaria y no la constitucionalidad?

Entonces, la Corte se equivoca al dejar sentado que es competente solamente para una cuestión y no para otra, ya que cuando asume que no es competente para pronunciarse sobre cuestiones de mera legalidad, no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto y determinar que ha concluido que no existe violación de derechos constitucionales.

4.4. El efecto indirecto

Como hemos explicado en capítulos anteriores hay varias perspectivas teóricas para explicar la intervención de la justicia constitucional entre particulares, cuando se ha producido una violación de derechos fundamentales: la del efecto directo, efecto indirecto y deber de protección.

Del análisis de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional encontramos que en la práctica se adscribe a la teoría de los efectos indirectos, es decir, la intervención de la justicia constitucional para proteger derechos constitucionales violados por particulares solo a través del control del actuar del juez. Esta propuesta doctrinaria arguye que existen efectos de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero es indirecto, pues pasa por el deber de protección de la dignidad humana a cargo del Estado. Por lo que no serían los actos de los particulares entre ellos los sujetos a los derechos fundamentales, sino que esa obligación recae sobre las normas de derecho privado y las decisiones de los jueces en litigios particulares.

Sostenemos que la Corte Constitucional aplicó esta concepción en los casos de acción extraordinaria de protección estudiados, porque no entra a analizar la alegada violación de derechos entre particulares sino el actuar del juez de instancia, razón por la

que, salvo rarísimas excepciones, solo decide sobre la motivación, tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica.

Buena parte de esta actuación se justifica en el hecho de que el diseño de la acción extraordinaria de protección está pensado justamente como un mecanismo para tutelar los derechos constitucionales de manera indirecta, es decir, a través de la actuación del juez, quienes están llamados a proteger los derechos constitucionales de manera directa.

Sin embargo, la corte debe sortear un problema de fondo, la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, reconocen efectos directos de los derechos fundamentales entre particulares cuando establecen como causales de justiciabilidad de la acción de protección frente a ellos a la discriminación, subordinación, indefensión y al daño grave, por lo que la corte no puede simplemente alegar que la naturaleza de la acción extraordinaria impide que entre analizar la violación original del derecho. La corte pudo sin abandonar el efecto indirecto de la acción extraordinaria atender a la alegación de violación del derecho constitucional en estas causales, a través del estudio de la interpretación que hizo el juez de instancia respecto de estos conceptos. Es decir, estudiando la motivación.

5. Análisis cuantitativo y cualitativo de las acciones de protección frente a particulares. El caso de las provincias de Pichincha y Guayas

En este punto del presente capítulo se describirá cómo funciona la acción de protección frente a particulares, tomando en cuenta que se trata de un resquicio abierto a partir de la conformación del Estado constitucional de derechos, que expande la protección de los derechos fundamentales de oponible al Estado a oponible a otros poderes: el de los particulares. Desde este punto de vista es lógico que el sistema judicial todavía no encuentre los argumentos suficientes para la protección frente a particulares, pues los jueces están imbuidos de una concepción del poder político, basado en la soberanía del Estado, propia del siglo XIX; es decir, considera que es el Estado el único violador de derechos constitucionales.

Por estas razones, como se podrá constatar a continuación, con datos empíricos, la eficacia de la acción de protección en la tutela de los derechos de las personas frente a los particulares es prácticamente nula.

En cuanto a lo metodológico, para este capítulo, como se indicó de las 206 sentencias que corresponden al total del universo de acciones de protección frente a particulares en Pichincha y Guayas, se analizaron 79, de las cuales 40 son de Guayas y

39 de Pichincha. Ya se explicó en la primera parte de este capítulo porque se escogieron estas Provincias y porque ese número de sentencias.

En la primera parte se estudiará cuantitativamente los datos, con base en los siguientes indicadores.

- Número de sentencias total.
- Número de sentencias por instancia.
- Número de sentencias por tipo de legitimado activo.
- Número de sentencias por tipo de legitimado pasivo.
- Número de sentencias por aceptación o rechazo de estas.
- Número de sentencias por tipo de derecho invocado.
- Número de sentencias por causal de rechazo.

La segunda parte se dirige al análisis cualitativo de los casos más relevantes, que han sido organizados para su estudio conforme a las causales alegadas por el legitimado activo o por el juez. En este punto se ha optado por estudiar la argumentación de los jueces para decidir la procedencia o el rechazo de la acción.

Como hemos dicho,⁴⁹² entre enero de 2009 y febrero de 2017, en total se han resuelto 206 casos de acción de protección contra particulares: en Pichincha (99) y Guayas (107). Si comparamos ese dato con el total de acción de protección presentadas (incluidas contra particulares), en esas mismas provincias, tenemos que son 2702 casos, de los cuales en Pichincha se presentaron 1146 y en Guayas 1556.

⁴⁹² Para ser consecuente con la parte del análisis propuesto por esta investigación, desde este momento la forma impersonal que había sido utilizada para la narración da paso a la forma personal más común: la primera persona del plural.

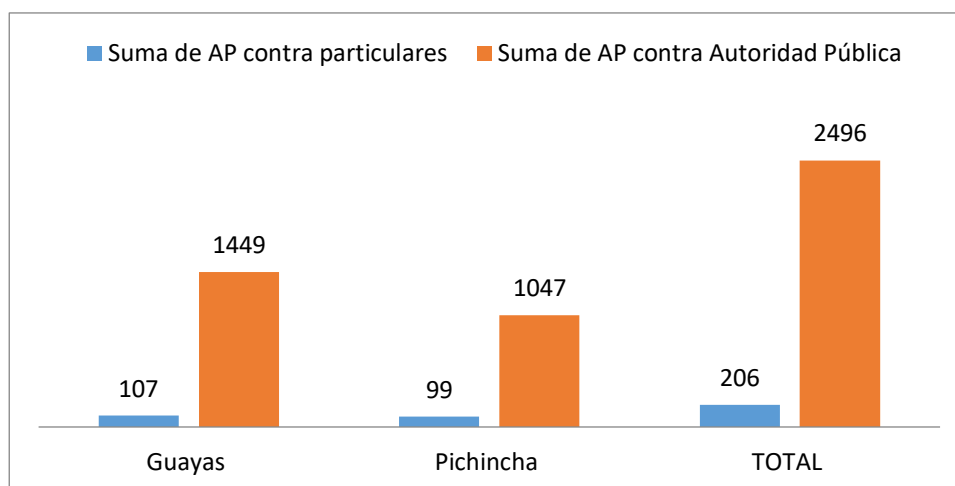


Gráfico 2. AP contra particulares en Guayas y Pichincha con relación a AP total
Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Como se puede evidenciar, apenas un 6,9 % de las acciones de protección presentadas en Guayas entre 2009 y 2017 son contra particulares; en Pichincha, la tendencia se mantiene: solamente un 8,6 % de las acciones de protección presentadas en el período referido son contra particulares. En definitiva, podemos sostener que la acción de protección en contra de los particulares es escasamente usada.

5.1. Análisis cuantitativo de los procesos de la Corte Provincial de Justicia de Guayas

A continuación, presentamos algunos datos obtenidos al estudiar las sentencias de segunda instancia de la Corte Provincial de Guayas. Del total de 100 casos⁴⁹³ que se encontraron para esta provincia, sentenciados entre enero de 2009 y febrero de 2017, 60 obtuvieron solo sentencia de primera instancia y 40 fueron sometidos a dos instancias,⁴⁹⁴ por lo que como ya indicamos es sobre esta muestra (40) que se hizo el estudio. También se encontraron 7 casos más, los cuales contaban solo con la sentencia de segunda instancia, por lo que no fueron tomados en cuenta. Se dio prioridad, para el análisis, a los casos con doble instancia, pues de alguna manera la doble discusión jurídica garantiza la fortaleza de los argumentos.

En los siete (7) casos mencionados solamente se logró localizar la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Guayas, esto indica que la base de datos que mantiene el Consejo de la Judicatura no es del todo confiable.

⁴⁹³ Se debe considerar que son 100 casos los revisados, pero corresponden a 60 en dos instancias.

⁴⁹⁴ En realidad se encontraron 42 casos, pero 2 de ellos estaban repetidos.

Primero, porque los casos se repiten; y segundo, porque hemos podido comprobar que hay decisiones que no se encuentran cargadas en el sistema.

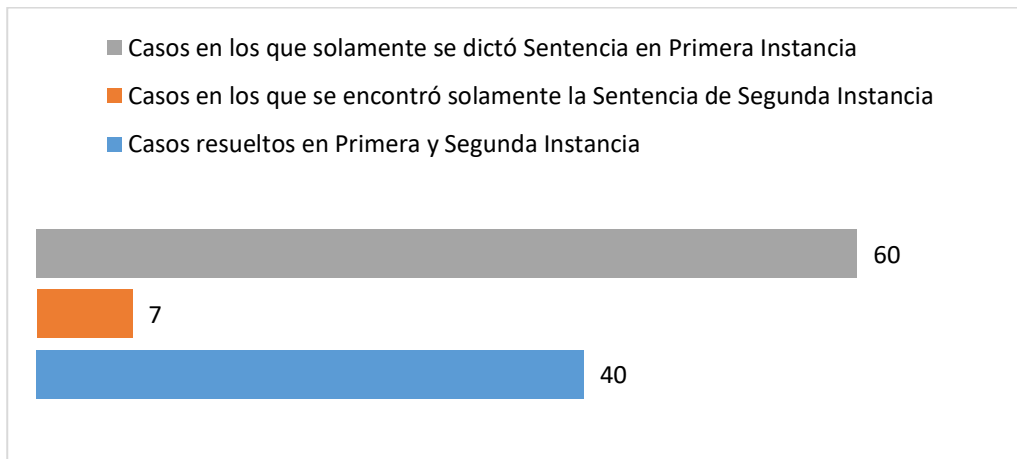


Gráfico 3. Número de AP contra particulares en Guayas 2009-2017

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

El Gráfico 3 muestra la relación de casos de acción de protección contra particulares presentados y resueltos en primera o segunda instancia. La mayoría de los casos solamente obtuvo sentencia en primera instancia, sin embargo, si tomamos en cuenta los 7 casos, de los cuales solo se ubicaron las sentencias de segunda instancia, y en el supuesto de que de ellos hubo sentencia de primera instancia, resulta que alrededor de 44 % de los casos se someten a apelación. Número considerable.

Las sentencias de los 60 casos que solo obtienen fallo de primera instancia no fueron revisadas, esto porque como se ha repetido insistentemente en esta tesis, es poco frecuente que la Corte Constitucional se pronuncie sobre las causales de justicibilidad de las acciones de protección contra particulares, lo es menos que lo hagan los jueces de segunda instancia y casi imposible que se pronuncien los de primera instancia. Es decir, por el objeto de estudio de esta tesis: los contenidos que se dan a las causales de justicibilidad de acciones de protección frente a terceros, revisar los fallos que solo se quedan con la primera instancia resulta inútil. En cuanto a las 7 sentencias que carecen de fallo de primera instancia tampoco fueron revisadas pues la información es incompleta.

5.1.1. Acciones de protección aceptadas y rechazadas en la provincia del Guayas

Ahora bien, debemos revisar el número de acciones aceptadas en primera instancia y luego en segunda instancia. De los cuarenta (40) casos revisados, se determinó que se aceptaron ocho (8) casos en primera instancia. Es decir, que se halló violación de derechos constitucionales por parte de los juzgadores de primer nivel en el veinte (20 %) por ciento de los casos. El ochenta (80 %) por ciento de casos fue rechazado en primera instancia, esto es, treinta y dos (32) casos.

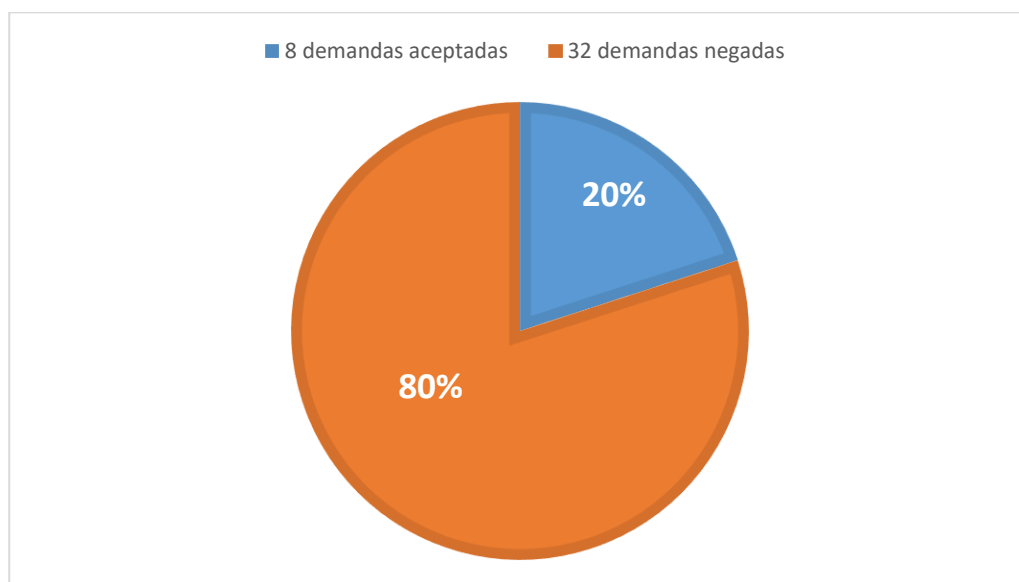


Gráfico 4. Número de AP aceptadas en primera instancia en Guayas, 2009-2017
Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Si comparamos este dato con el que da cuenta del número de sentencias que se revisaron en segunda instancia, encontramos que de los cuarenta (40) casos revisados para nuestro análisis, solamente en dos (2) oportunidades⁴⁹⁵ la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en segunda instancia, revocó la decisión de primera instancia y concedió la acción de protección planteada en contra de un ente particular.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Guayas, “Sentencia en juicios: 1.- 09284-2015-03696, 2.- 09113-2014-0698”.

⁴⁹⁶ En este caso, la Corte Provincial de Justicia de Guayas revocó la decisión de primera instancia que determinó que se trataba de un asunto de legalidad para el que existían las vías jurisdiccionales ordinarias para presentar su reclamo. La Corte expresó que existió violación del debido proceso, específicamente del derecho a la defensa en el proceso mediante el que se impuso una sanción a un socio del Club Nacional de Guayaquil por parte de la Comisión de Disciplina Club de dicho Club y dispuso el reintegro y se fije en un lugar público la sentencia, como parte de la reparación. *Ibíd.*, “Juicio 09113-2014-0698”.

Es decir, apenas en un 5 % de los casos se revocó la decisión de primera instancia para conceder la acción de protección.

Por otra parte, se presentan cinco (5) casos más en los que la Corte Provincial de Justicia de Guayas, al confirmar la decisión de los jueces de primera instancia, declaró la vulneración de derechos constitucionales.⁴⁹⁷ Además, hemos contabilizado como parte de estos casos uno (1) en el que, si bien la sentencia de segunda instancia revoca la sentencia de primera instancia y rechaza la demanda propuesta, ordenó una medida temporal para proteger los derechos del demandante. La demanda se presentó por la negativa de admisión de un estudiante en un establecimiento educativo privado, que argumentaba el derecho de admisión para no recibir al estudiante. A pesar de que se negó la demanda en segunda instancia, se dejó vigente una medida provisional que ordenaba se le permita terminar el año lectivo, puesto que había sido reintegrado a clases y estaba cursando sus estudios debido a la decisión de primera instancia.⁴⁹⁸

Este hecho llama la atención pues resulta contradictorio que, habiéndose confirmado la violación del derecho constitucional, no se acepte la demanda; a manera de hipótesis, podríamos decir que estas decisiones son el reflejo de la confusión que presentan la mayoría de los jueces constitucionales, cuando se enfrentan a la cuestión de revisar la vía idónea y eficaz, pues en estos casos asumen que la protección del derecho constitucional se debe hacer por vía legal. Sin embargo, esto topa de frente con la otra postura sobre la diferencia de legalidad y constitucionalidad, basándose en la supuesta existencia —distinguible además— entre una dimensión constitucional y otra legal del derecho. Esta situación puede llevar al extremo de reducir al reclamante a la indefensión, pues el juez constitucional asumiendo que la vía no es la idónea y eficaz rechaza la acción, por lo que se debería acudir a la vía legal, pero suponiendo que esta sea idónea y eficaz, el juez de legalidad podría argumentar que estando frente a una violación declarada de un derecho constitucional, la vía es la constitucional.

⁴⁹⁷ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Guayas, “Sentencias en juicios: 1.- 09141-2015-0050, 2.- 09332-2015-13177, 3.- 09965-2015-01617, 4.- 09284-2015-05419, 5.- 09124-2015-00092”.

⁴⁹⁸ *Ibíd.*, “Sentencia en juicio 1.- 09284-2015-03696”.

Tabla 5
Casos aceptados y rechazados en primera y segunda instancia en Guayas

| Resolución | Primera instancia | Segunda instancia |
|-------------------|--------------------------|--------------------------|
| Rechaza | 32 | 34 |
| Acepta | 8 | 6 |
| Total | 40 | 40 |

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Del total de casos que subieron en segunda instancia (40), en 33 se negó la acción y en uno (1) aunque se negó la acción se otorgó una medida cautelar. De los negados, en diez (10) casos al resolver el fondo del problema planteado, la Corte Provincial de Justicia de Guayas, confirmó la decisión de los jueces de primera instancia de negar la acción de protección propuesta contra entes particulares sin dar mayores explicaciones.⁴⁹⁹ Los restantes 22 casos en los que se confirmó la decisión de primera instancia, que se negó la acción de protección, la razón utilizada por los jueces fue que consideraron que los hechos propuestos eran ajenos a la jurisdicción constitucional, ya sea por existir vías legales en la jurisdicción ordinaria o por no haber agotado las vías administrativas.⁵⁰⁰ Se encontró un (1) caso más en el que en segunda instancia se revocó la decisión de primera instancia y se negó la acción de protección contra un particular por no ser correspondiente a la jurisdicción constitucional.⁵⁰¹

En total, en segunda instancia se declaró la vulneración de derechos constitucionales, por parte de un ente particular, en seis (6) casos de los cuarenta (40) — esto es 15 % de casos aceptados—; mientras que en treinta y cuatro (34) ocasiones —es decir, en el 85 %— se negaron las pretensiones.

⁴⁹⁹ *Ibíd.*, “Sentencias en juicios: 1.- 09133-2014-1015, 2.- 09124-2015-00041, 3.- 09459-2016-00006, 4.- 09334-2016-00454, 5.- 09209-2016-04060A, 6.- 09266-2016-00414, 7.- 09292-2016-00053, 8.- 09281-2016-06592, 9.- 09201-2017-00511 y 10.- 09332-2016-04526”.

⁵⁰⁰ *Ibíd.*, “Sentencias en juicios: 1.- 09111-2013-0559, 2.- 09122-2012-0586, 3.- 09123-2011-1241, 4.- 09124-2014-0808, 5.- 09286-2014-15143, 6.- 09326-2015-0039, 7.- 09133-2015-00030, 8.- 09332-2016-01337, 9.- 09133-2015-00032, 10.- 09208-2015-03321, 11.- 09133-2015-00048, 12.- 09208-2015-04608, 13.- 09459-2015-00050, 14.- 09201-2015-05220, 15.- 09284-2015-05019, 16.- 09284-2016-00732, 17.- 09332-2016-04526, 18.- 09281-2016-05314, 19.- 09286-2016-03896, 20.- 09281-2016-05661, 21.- 09281-2016-05756, 22.- 09201-2016-05408”.

⁵⁰¹ *Ibíd.*, “Sentencia en juicio 1.- 09332-2016-07916”.

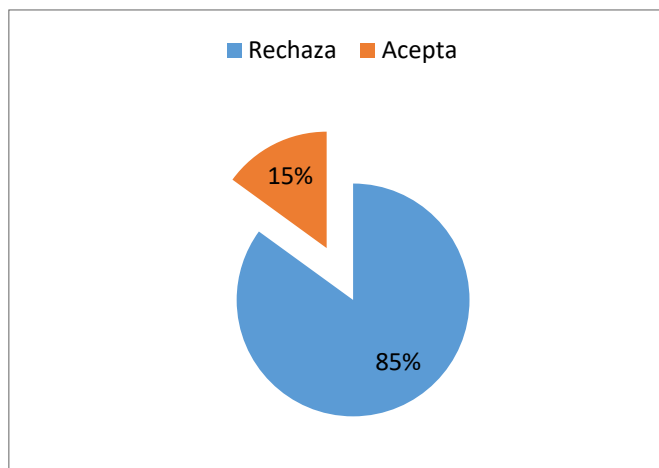


Gráfico 5. Sentencias AP de segunda instancia en Guayas

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Como se puede observar, una abrumadora mayoría: el 85 % de los casos que llega a segunda instancia tiene como resultado el rechazo de la acción de protección, esto podría tener varias explicaciones: ya sea que no existen demasiadas vulneraciones de derechos humanos en el país, que los abogados equivocan la vía de reclamación, o que los jueces no están especialmente inclinados a aceptar las acciones de protección porque tienen poco tiempo para la jurisdicción constitucional o porque son venales. Cualquiera de ellas permite señalar que, en definitiva, es irrefutable que la acción de protección no es un mecanismo adecuado de protección de derechos fundamentales.

En cuanto al cambio de criterio en segunda instancia, como se ve en la siguiente tabla, en esa instancia mayoritariamente conserva el pronunciamiento de la primera y solo por excepción cambia de opinión, ya sea para aceptar o negar la acción. Solo en 3 de 40 casos revoca la decisión del primer nivel, es decir, en apenas un 7,5 %.

Tabla 6
Decisiones confirmatorias y revocatorias de segunda instancia Guayas

| Decisión de 2 instancia | Acepta | Niega | Total |
|-------------------------|----------|-----------|-----------|
| Revoca 1 instancia | 2 | 1 | 3 |
| Confirma 1 instancia | 5 | 32 | 37 |
| Total | 7 | 33 | 40 |

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia

5.1.2. Tipo de legitimados activos en la acción de protección en contra de un particular

Dentro del grupo de personas que han interpuesto acciones de protección contra particulares, podemos encontrar personas naturales que se han presentado de forma individual o más de una sola persona, también lo han hecho como personas que pertenecen a colectivos. Asimismo, aparecen activando la acción de protección personas jurídicas con fines de lucro, como las empresas, entre ellas compañías de seguros, clubes deportivos, etc. En total, en 33 casos, las acciones de protección fueron interpuestas por personas naturales, ya sea como individuos (23: 14 hombres y 9 mujeres), en grupo (7, tanto hombres y mujeres) o como colectivo (3); en 7 casos. Por otro lado, los legitimados activos fueron personas jurídicas, ya sea con fines de lucro (6) y sin fines de lucro (1).

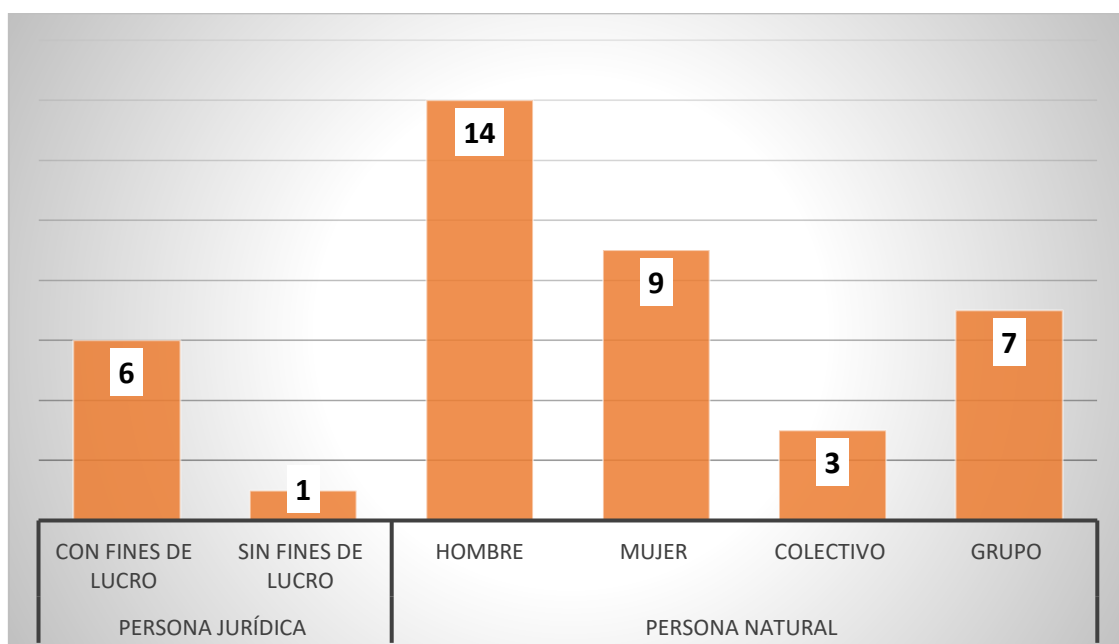


Gráfico 6. Legitimado activo por tipo de persona y categoría en Guayas

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Considerando la categoría de personas naturales (33 en total) como legitimados activos, encontramos que un 42,42 % (14) son hombres, la mayoría; un 27,27 % (9) son mujeres; un 21,21 % (7) son grupos de individuos hombres y mujeres; y un 9 % (3) colectivos. En cuanto a las personas jurídicas (7 en total), como legitimados activos, vemos que un 85,7 % (6) fueron con fines de lucro y 14,3 % (1) fueron personas jurídicas sin fines de lucro.

Si consideramos, por otro lado, los porcentajes respecto del total, es decir, los cuarenta (40) casos, encontramos que en catorce (14) ocasiones presentaron la demanda de acción de protección personas naturales hombres, o sea, el 35 % por ciento de ocasiones. En nueve (9) ocasiones concurrieron a la justicia constitucional personas naturales mujeres, esto es, el 22,5 % por ciento de veces. En siete (7) ocasiones presentaron la demanda de acción de protección contra particulares más de una persona, esto es, el 17,5 % de casos. En tres (3) ocasiones, personas a nombre de colectivos —que no necesariamente son personas con reconocimiento jurídico— presentaron demanda de acción de protección contra particulares, es decir, en el 7,5 % de veces. En seis (6) ocasiones, personas jurídicas como empresas o cooperativas de ahorro y crédito concurrieron a la jurisdicción constitucional, esto es el 15 % de casos. Una persona jurídica sin fin de lucro compareció a la jurisdicción constitucional, o sea, el 2,5 % de casos.

5.1.3. Tipos de legitimados pasivos en la acción de protección frente a particulares

Dentro del grupo de personas particulares que fueron demandadas mediante acciones de protección, podemos encontrar personas naturales, tanto hombres como mujeres; en este caso, no aparecen grupos ni colectivos. En cuanto a las personas jurídicas que fueron demandadas, aparecen personas jurídicas con fines de lucro y sin fines de lucro; también se pudo evidenciar que se ha demandado a una persona particular junto con una persona pública. En total, encontramos que, en 35 casos, los demandados fueron personas jurídicas (22 con fines de lucro, 12 sin fines de lucro y 1 tanto pública como privada); en 5 casos los demandados fueron personas naturales individuales (3 hombres y 2 mujeres).

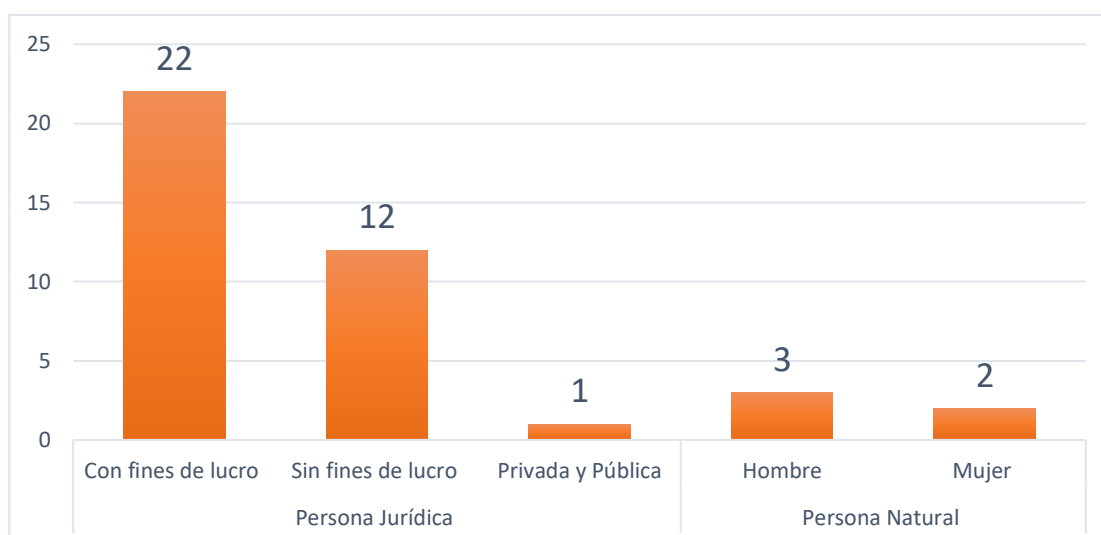


Gráfico 7. Legitimado pasivo por tipo de persona y categoría en Guayas

Por otro lado, si consideramos el total de casos atendidos en segunda instancia, es decir los 40, tenemos que en tres (3) ocasiones fueron demandados mediante acción de protección personas naturales hombres, esto es, el 7,5 % de casos. En dos (2) ocasiones de los cuarenta (40) casos se demandó a personas naturales mujeres, o sea, el 5 % de casos. En veintidós ocasiones (22) fueron demandados en la jurisdicción constitucional personas jurídicas con fines de lucro, es decir, el 55 % de veces. En doce (12) ocasiones fueron demandas personas jurídicas con fines de lucro, esto es, el 30 % de veces. En un (1) solo caso se demandó a una persona jurídica privada y una persona pública estatal, es decir, en el 2,5 % de ocasiones. Como se puede ver, la mayoría de las personas demandadas son personas jurídicas con fines de lucro, es decir, empresas.

5.1.4. Tiempo para resolver la acción de protección contra particulares entre la sentencia de primera y segunda instancia

No hemos podido contar con el dato del tiempo que toma dictar una sentencia de primera instancia y de segunda instancia en las acciones de protección, sin embargo, sí hemos accedido a los datos que permiten comparar el tiempo transcurrido entre la sentencia de primera y la de segunda instancia. Esto es importante en la medida en que nos permite conocer si el actuar del juez superior supone un avance en el acceso a la tutela judicial efectiva, lo que mejoraría tanto la argumentación como el tiempo de resolución.

Del universo de los cuarenta (40) casos revisados, se ha podido determinar que el promedio de tiempo transcurrido entre la sentencia de primera instancia y la de segunda es de doscientos treinta y cinco (235) días, es decir, aproximadamente ocho meses. El

caso que menos cantidad de tiempo demoró en resolverse entre la sentencia de primera y la de segunda fue veintisiete (27) días, mientras que el caso que más demoró fue de un mil trescientos ochenta y siete (1387) días, es decir, un poco más de 46 meses.

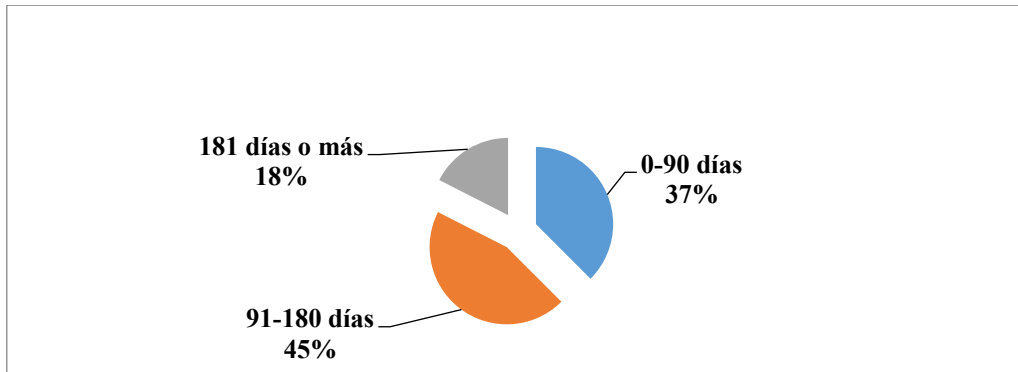


Gráfico 8. Número y Porcentaje de casos y días que se demoró la decisión de segunda instancia
Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

De estos datos se evidencia que el 37,5 % de casos, esto es, en quince (15) de ellos, demoraron en resolverse entre veintisiete (27) y noventa (90) días. Entre noventa y un (91) y ciento ochenta (180) días demoraron en resolverse el 45 % de casos, esto es, dieciocho (18) casos; y más de ciento ochenta (180) días demoraron en resolverse el 17,5 % de casos, esto es, en siete (7) ocasiones. Como se puede observar, el tiempo que toma la resolución de segunda instancia resulta excesivo, pues estamos frente a un procedimiento abreviado, sencillo y sin formalidades, como corresponde a las acciones constitucionales, y más aún si ya existe una resolución de primera instancia que solo debe ser revisada.

5.1.5. Derechos constitucionales que invocan los demandantes han sido vulnerados

Los demandantes han comparecido ante la jurisdicción constitucional a demandar la protección de sus derechos constitucionales vulnerados por particulares. Entre los derechos reclamados están los de propiedad que corresponden al 40 %, el debido proceso y derecho a la defensa que corresponde al 15 %, de igualdad y no discriminación que corresponde al 12,5 %, los laborales que corresponden al 10 %, de inquilinato que corresponden al 7,5 %, de educación que corresponde al 7,5 %, de vivienda que corresponde al 2,5 %, de salud que corresponde al 2,5 % y de libertad religiosa que corresponde al 2,5 %.

Tabla 7
Derechos alegados en demandas de acción de protección Guayas

| Derechos alegados | N.º | % |
|------------------------------|-----------|------------|
| Propiedad | 16 | 40 |
| Debido proceso y defensa | 6 | 15 |
| Igualdad y no discriminación | 5 | 12,5 |
| Derechos laborales | 4 | 10 |
| Inquilinato | 3 | 7,5 |
| Educación | 3 | 7,5 |
| Vivienda | 1 | 2,5 |
| Salud | 1 | 2,5 |
| Libertad religiosa | 1 | 2,5 |
| Total | 40 | 100 |

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

La tabla y el gráfico resultan interesantes para el análisis, pues, como se puede constatar, el derecho que con mayor frecuencia se alega violado es el de propiedad, con el 40 % de las veces. Como hemos sostenido, entre los integrantes del poder judicial se ha asentado la tesis de que el derecho de propiedad es parte de los denominados derechos “patrimoniales”, y que estos no son fundamentales porque son susceptibles de disposición de su titular. Esto hace obvio que la mayoría de las acciones de protección se nieguen. La reclamación del derecho a la defensa y el debido proceso está presente en el 15 % de los casos, y el principio de igualdad y no discriminación ocupa el 12,5 % de los casos.

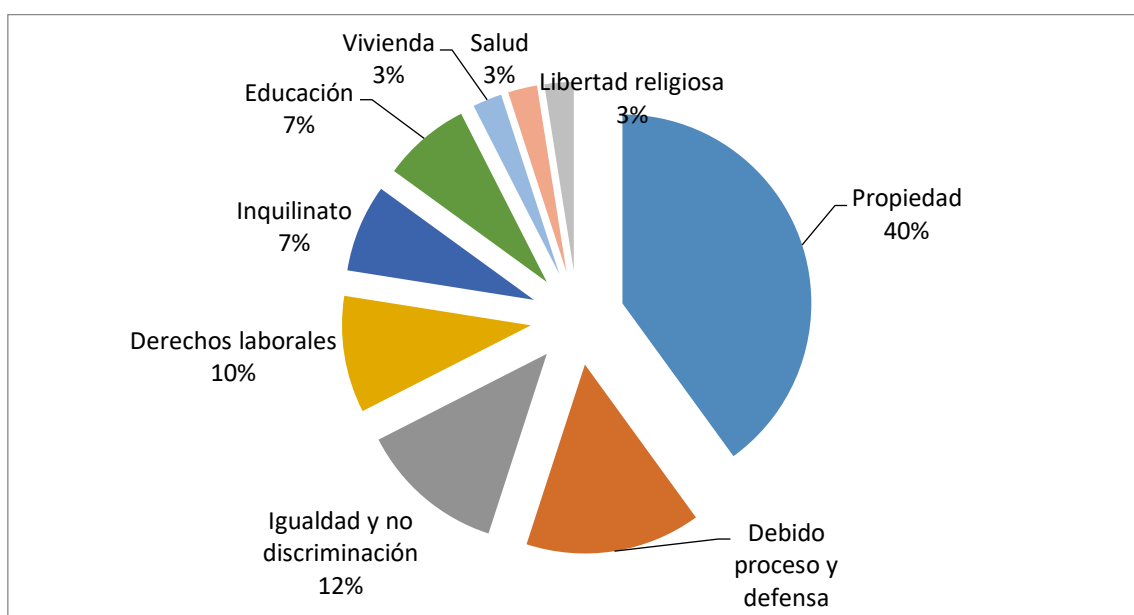


Gráfico 9. Porcentaje de casos por derechos demandados en Guayas

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Se debe considerar que sí bien estamos estudiando las acciones de protección contra terceros, no siempre se alegan las causales de justiciabilidad establecidas en la constitución y en la LOGJCC, o no exclusivamente, suelen incorporarse otros derechos de manera autónoma o en conexidad con la causal alegada. Por ejemplo, discriminación y trabajo, indefensión y honra, etc.

5.1.6. Causal de procedencia de la acción de protección en contra de particulares invocadas por los demandantes

Las causales de procedencia de la acción de protección contra particulares son: el daño grave, la prestación de servicios impropios, la prestación de servicios públicos cuando han sido delegados o concesionados, la discriminación, la indefensión y la subordinación. En este punto vamos a estudiar cuáles son las causales más utilizadas por los demandantes al interponer una acción de protección frente a particulares.

Los demandantes que se fundamentaron en la causal de *daño grave* a un derecho constitucional de un particular fueron trece (13), esto es el 32,5 % de ocasiones del universo total revisado. Respecto del concepto de daño grave, en las decisiones judiciales se ha determinado que este se produce cuando se altera el núcleo esencial del derecho constitucional, pero no se han señalado parámetros al respecto, pues solamente se ha dejado sentado que no existe dicho daño debido a la no afectación del núcleo duro del derecho y se ha procedido a rechazar la competencia para que la jurisdicción constitucional se pronuncie sobre el fondo del problema planteado.

En cinco casos (5) se alegó, por parte de los demandantes, la causal de *subordinación* para presentar la demanda de acción de protección contra un particular, esto es el 12,5 % de casos. La causal de *indefensión* en cuatro (4) ocasiones ha sido mencionada por los accionantes, esto es el 10 % de casos. La causal de *discriminación* se alegó en siete (7) ocasiones por parte de los demandados, es decir, el 17,5 % de casos.

No se indica en once (11) ocasiones, pues no se evidencia de las sentencias de primera o segunda instancia la causal en la que se fundamentaron para proponer la demanda los accionantes, esto es el 27,5 % de casos.

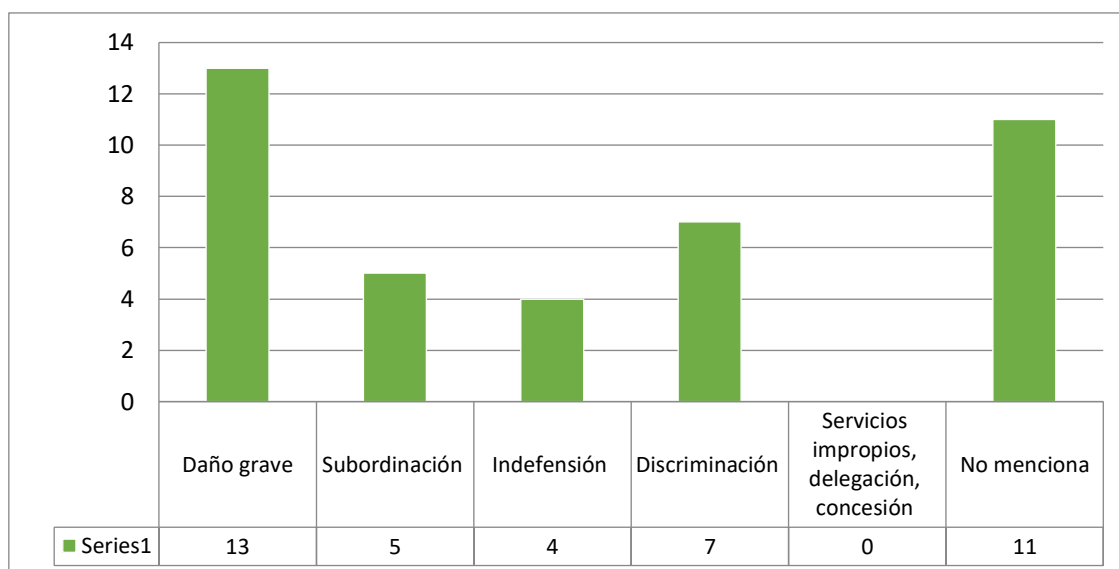


Gráfico 10. Número de casos por causal de procedencia de acción de protección en contra de particulares alegada en Guayas

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

En el Gráfico 10 se puede verificar que hay poca frecuencia en las causales más importantes: discriminación, indefensión y discriminación, de hecho, son menores que el daño grave y “no se menciona”. Nuevamente esto se puede explicar en el hecho de que no hay claridad en el contenido de estos conceptos y los jueces prefieren recurrir a lo ya conocido.

5.1.7. Razones de rechazo de la acción de protección por no ser la jurisdicción constitucional la vía adecuada o eficaz

En este apartado revisaremos la frecuencia con que los jueces establecen como fundamento para rechazar la acción de protección que esta no es la vía adecuada o eficaz para resolver el problema jurídico. De los treinta y cuatro (34) casos en los que se rechazó la demanda de acción de protección en contra de un particular en la provincia de Guayas, en veintiocho (28) de ellos los jueces determinaron que los temas planteados constituyen temas de legalidad o mera legalidad, esto es, 82,35 % de los casos. Tres (3) de los casos fueron negados porque las pretensiones estaban relacionadas con que el juez constitucional interviniera en procesos judiciales en trámite, ya sea para detener su prosecución o que se revisaran medidas cautelares adoptadas en ellos; esto corresponde al 8,8 % de los casos. Otros tres (3) casos se rechazaron porque los jueces constitucionales consideraron que, al analizar el fondo del problema planteado, no existía violación de derechos constitucionales; esto corresponde al 8,8 % de los casos por esta razón.

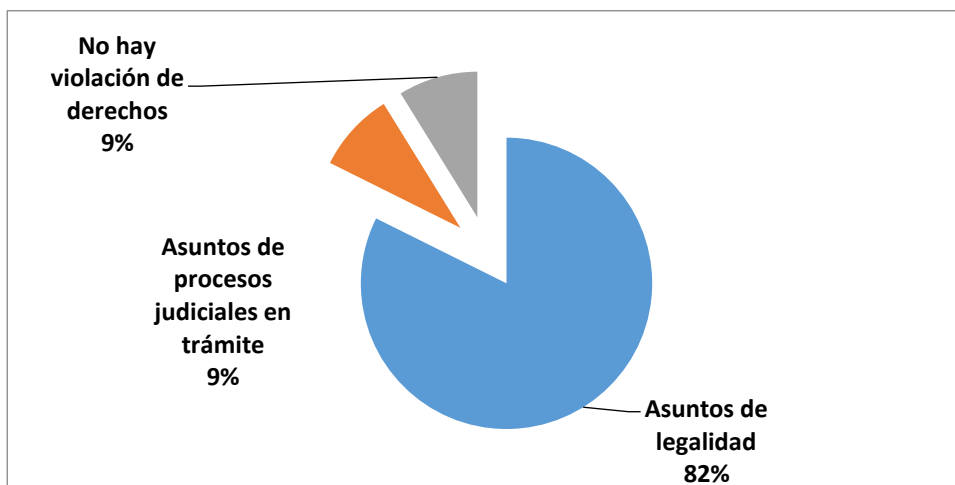


Gráfico 11. Porcentaje de casos por causa de rechazo de las demandas de acción de protección de Guayas

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Respecto del 82,35 % de casos en los que se negó la acción de protección, se esgrimió que esta garantía constitucional no era procedente por ser temas de i) mera legalidad; ii) infraconstitucionalidad; iii) competencia de la justicia ordinaria mediante sus vías procedimentales o en los tribunales de mediación y arbitraje; iv) constituir una disputa de índole contractual; v) estar en disputa derechos patrimoniales; vi) inexistencia de daño inminente; vii) que no se ha demostrado que se hayan agotados las acciones administrativas o judiciales previo a acudir a la garantía constitucional; viii) que no se ha demostrado, por parte de los accionantes, que las vías ordinarias existentes para tratar el problema jurídico sean ineficaces para dar una respuesta adecuada; ix) equivocarse la vía jurisdiccional debido a que la pretensión tácita es que no se aplique una norma y que para ello existe la acción de inconstitucionalidad o la acción objetiva para casos de ilegalidad ante los tribunales contencioso administrativos. El problema que se presenta en estos casos es que en ninguno de ellos se realiza un proceso argumentativo que dote de contenido a estos términos.

Del gráfico indicado se puede establecer que apenas un 9% de los casos la acción de protección fue rechazada porque no hay violación del derecho, lo cual quiere decir que hay casos en los que, existiendo violación al derecho, el juez considera que hay otra vía para reparar la violación que no sea la jurisdicción constitucional.

5.1.8. Casos en los que para justificar el rechazo de la demanda de acción de protección la decisión judicial citó jurisprudencia conceptual de la Corte Constitucional

En veintisiete (27) de los 34 casos que rechazaron la demanda de acción de protección, se citó jurisprudencia conceptual de la Corte Constitucional, es decir, que en el 79,41 % de ocasiones no se tomaron en cuenta los hechos para justificar su aplicación al caso concreto, no se usó analogía sino conceptos. En siete (7) casos de los rechazados, esto es en el 20,58 % de ocasiones, no se usó la jurisprudencia conceptual de la Corte Constitucional para justificar su decisión.

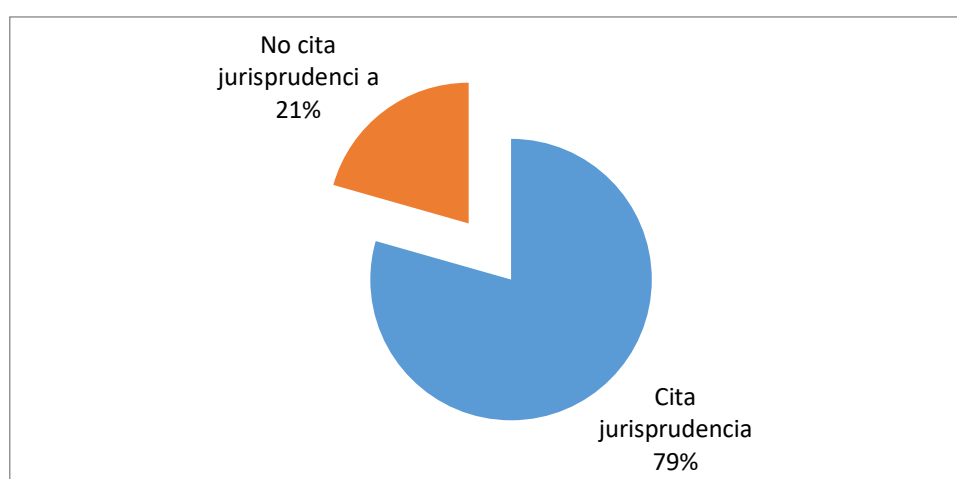


Gráfico 12. Porcentaje de uso de la jurisprudencia para rechazar las acciones de protección
Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Hay que aclarar que el uso de la jurisprudencia de esta manera, es decir, solo de manera abstracta es común en nuestro sistema de justicia, pero además desde la esencia misma del precedente y de la jurisprudencia que solo entra en acción cuando efectivamente se ha detectado la similitud de hechos a la que va a ser aplicada la regla generada judicialmente. En definitiva, podemos afirmar que no existe uso de jurisprudencia en el sentido real que debe darse a esa institución.

5.1.9. Argumentos esgrimidos por la segunda instancia en las aceptaciones de las acciones de protección frente a particulares

A continuación, pasaremos a analizar los casos en que sí se aceptó la acción de protección. De los cuarenta (40) casos revisados, en seis (6) ocasiones se aceptó la demanda y declaró la vulneración de un derecho constitucional por parte de un particular.

Es decir, el 15 % de los casos la jurisdicción constitucional asumió la competencia del conflicto y se pronunció sobre el fondo del problema planteado.

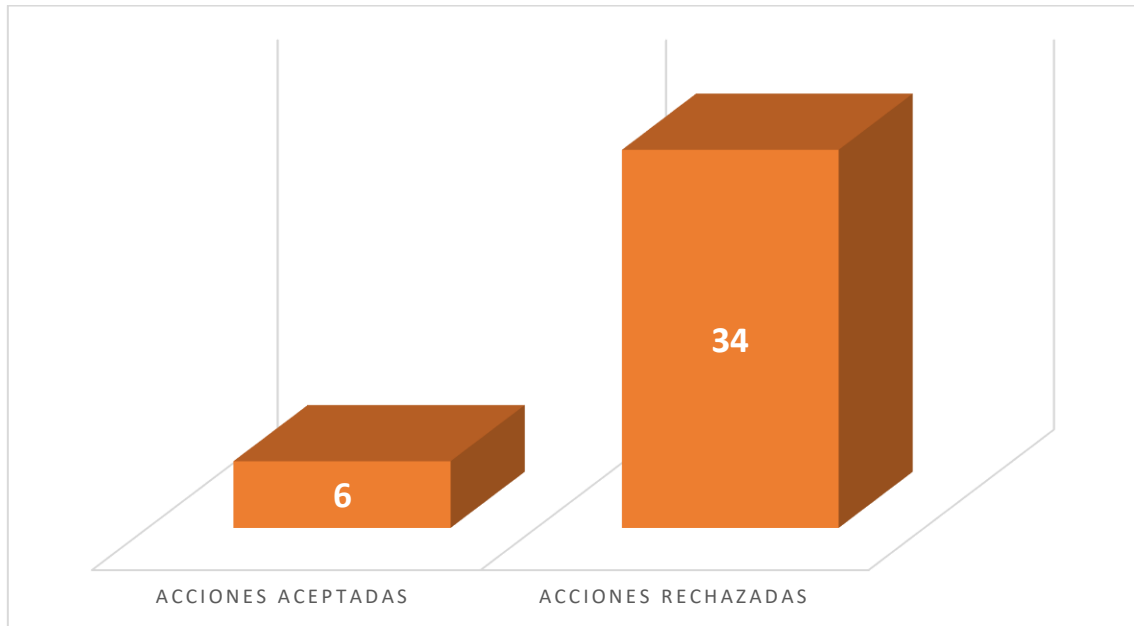


Gráfico 13. Acciones de protección aceptadas en segunda instancia Guayas
Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura. Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia

Entre las causas aceptadas en sentencia por los jueces de segunda instancia se encuentran las relativas a la reclamación de derechos constitucionales a i) la propiedad, por la retención indebida de valores que correspondían a la jubilación; ii) a la educación, por no permitir en un caso el derecho a continuar los estudios y matricularse en los cursos correspondientes y en otro caso por no permitir la matrícula alegando el derecho de admisión del establecimiento particular; iii) a la participación por obstruir la participación de una lista en la elección de un gremio de profesionales y en otro caso declara nulas las elecciones por falta de transparencia; iv) al debido proceso y el derecho a la defensa, al imponer sanciones dejando en indefensión al aplicar el procedimiento al reclamante.

Sin embargo, de la aceptación de estas demandas en contra de particulares en los fallos de segunda instancia no se define cuál es la causal de procedencia que autoriza a asumir la competencia en la jurisdicción constitucional. No se llena de contenido los conceptos jurídicos indeterminados que son las causales de procedencia previstas la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Por otra parte, en ninguno de los fallos podemos observar se realiza una diferencia entre la justicia conmutativa y la justicia distributiva ni el nivel de intensidad de

intervención del juez constitucional que se requiere para el caso concreto. Tampoco se realiza una mención o análisis al efecto directo o indirecto de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares. No se cita la jurisprudencia de la Corte Constitucional en ninguno de los casos para justificar o motivar lo inadecuado o eficaz de la jurisdicción ordinaria. La única mención que se realiza en uno de los casos es para negar la reparación económica que se solicitaba en el recurso de apelación como medida de reparación.

5.1.10. Tipo de reparación ordenada en las sentencias que se aceptó la demanda de acción de protección

La reparación ordenada en las sentencias de segunda instancia no se identifica expresamente en los casos si es material o inmaterial. Solamente en una de ellas se dispone la publicación del fallo en lugar público, mientras que en el resto se circunscribe a reparar el daño, regresando al estado anterior de la violación del derecho, el estado de las cosas. El único caso en el que se solicitó la reparación económica fue rechazado en apelación. Por otra parte, debemos señalar que en sentencia de segunda instancia se dictó una medida temporal para proteger los derechos del menor, a pesar de que se revocó la decisión de primera instancia y se rechazó la demanda al determinar que el establecimiento particular podía ejercer el denominado “derecho de admisión” al ejercer su autonomía contractual.

5.2. Análisis cualitativo de los procesos de la Corte Provincial de Guayas

En esta parte de la tesis estudiaremos cuales han sido los argumentos de la Corte Provincial de Guayas que resolvieron, en apelación, las acciones de protección frente a terceros. Los casos estudiados son 8 para el rechazo y 5 para la aceptación.

Antes de entrar al detalle cualitativo de cada uno de los casos, presentaremos dos tablas que recogen, en resumen, lo dicho y hecho por los jueces en los fallos analizados.

Tabla 8
**Sentencias de segunda Instancia de acciones de protección frente a particulares en la
 provincia de Guayas**

| No. | # Sentencia Año | Actor | Demandado | Plantea causal | Causal derivada de los hechos/ propuesta | Decisión | Argumentos |
|-----|------------------|--|--|----------------|--|------------------------|---|
| 1 | 09208-2015-03321 | Hijo que le impiden sacar grúa del patio del padre | Padre | No | Subordinación e indefensión | Rechaza la AP | Se impugna la legalidad de un acto, sin que se derive un daño a un derecho constitucional, por lo que existen vías legales ordinarias idóneas |
| 2 | 09332-2016-01337 | Paciente que fue inyectado con sustancia prohibida en cirugía estética | Médico | No | Daño grave, subordinación e indefensión | Rechaza la AP | No hay violación al derecho constitucional sino mala práctica médica y el paciente no ha demostrado que la vía civil o penal no sea adecuada o eficaz |
| 3 | 09459-2015-00050 | Agricultor desalojado de tierras | Propietarios | No | Daño grave | Rechaza la AP | El hecho de que se hayan iniciado procesos ordinarios indemnizatorios indica que el caso es un asunto legal |
| 4 | 09281-2016-05661 | Trabajador sin afiliación al IESS | Empleador | No | Subordinación | Rechaza AP | Debían agotarse los trámites administrativos ante el IESS antes de la AP |
| 5 | 09133-2015-00032 | Cuenta ahorrista a quien banco le cierra unilateralmente cuenta | Banco | No | Subordinación e indefensión | Rechazan AP | El accionante pretende declaración de un derecho y la vía constitucional no es adecuada Existen acciones iniciadas en la vía constitucional |
| 6 | 09292-2016-00053 | Dueños de suites en estadio prohibidos de entrar por falta de pago | Presidente Club Sport Emelec | No | Indefensión | Rechazan AP | Controversias que giran en torno a derechos patrimoniales son de jurisdicción ordinaria |
| 7 | 09332-2016-04516 | Extranjero trabajador despedido intempestivamente | Empleador | Sí | Discriminación | Rechazan AP | Accionante no ha probado discriminación |
| 8 | 09201-2017-00511 | Jugador de fútbol no profesional | Colegio de Abogados de Guayas | No | Subordinación | Rechazan AP | El Estado no debe intervenir en conflictos entre particulares |
| 9 | 09141-2015-0050 | Candidatos descalificados para el Directorio del Colegio de Contadores de Guayas | Tribunal electoral del Colegio de Contadores de Guayas | Sí | Daño y subordinación | Acepta AP | Existe daño por la violación de derechos Existe subordinación porque hay sometimiento de una de las candidatas por haber sido trabajadora |
| 10 | 09332-2015-13177 | Estudiante solicita se le permita inscribirse en curso de titulación que ya empezó | Universidad Católica de Guayaquil | No | Daño | Acepta AP parcialmente | No se refiere a las causales de admisibilidad sino que centra en la reparación económica que considera no es necesaria |

| | | | | | | | |
|----|------------------|---|---|----|--------------------------------|--|---|
| 11 | 09965-2015-01617 | Candidatos descalificados para la Junta Directiva del Aero Club del Ecuador | Tribunal Electoral de Aero Club del Ecuador | Sí | Discriminación y subordinación | Acepta AP | Existió discriminación en el tratamiento de la lista descalificada Existió subordinación para los socios que no pudieron llevar adelante sus reclamos sobre las nuevas autoridades |
| 12 | 09284-2015-05419 | Jubilado exige a Banco que le devuelva dinero de su jubilación depositado por error del IESS y que fue retenida por banco para cobro de deuda | Produbanco e IESS | No | Subordinación | Acepta AP | No atiende a ninguna de las causales de admisibilidad Recurre a la prohibición establecida constitucionalmente de que las prestaciones de la seguridad social no pueden ser embargadas |
| 13 | 09124-2015-00092 | Empresa sometida a arbitraje internacional | Empresa | No | Indefensión | Rechaza la AP pero acepta las medidas cautelares | Existe violación al a seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva |

Fuente y elaboración propias

Como se puede ver de la tabla anterior, en Guayas, llama sobremanera la atención el hecho de que no se alegue por parte de los actores y tampoco se aborde, por parte de los jueces, las causales de justiciabilidad de las acciones de protección contra particulares, apenas en 3 de los 13 casos expresamente se introduce el tema, ya sea por los accionantes o por los jueces. Pero lo que resulta más grave aún es que no se realice por parte de los jueces, lo que podríamos llamar el test de admisibilidad, es decir, el análisis de la existencia de las causales para que se proceda con el trámite de la acción de protección.

Por otro lado, los jueces siempre argumentan su decisión de rechazar o aceptar la acción en la violación de otros derechos y no aquéllos involucrados con las causales de admisibilidad.

En cuanto a la legitimación activa y pasiva, ésta es muy dispersa, de hecho, están personas naturales, como jurídicas, empresas deportivas, clubes de esparcimiento, colegios de profesionales, médicos, instituciones de educación, por ejemplo. Quizás lo que es importante mencionar en este punto es que en todos estos casos se podría haber argumentado que existe otra vía judicial idónea y eficaz, es más en varios casos ya estaba ventilándose algún asunto relacionado en otra jurisdicción. Lo que no se explica es como, sí una de los argumentos más comunes para rechazar las acciones de protección es la existencia de otra vía, hay acciones que se aceptan. Esto podría significar que los jueces saben y admiten que pueden coexistir vías paralelas en la jurisdicción ordinaria y en la

constitucional sin que eso afecte la eficacia de la acción de protección, por lo tanto, el criterio usado comúnmente para rechazar acciones de protección es totalmente arbitrario.

5.2.1. Proceso n.º 09208-2015-03321. Devolución de herramienta (grúa) para el trabajo

La Corte Provincial de Guayas señaló que, si la controversia gira sobre la aplicación de normativa infraconstitucional, la justicia constitucional no es competente.

En este caso en el que una persona demandó a su padre porque le impidió retirar de sus patios la grúa por la que canceló el valor de USD 61. 777,99, pidió a la justicia constitucional, mediante la acción de protección, le ordene a su padre le entregue la grúa porque esta era su fuente de trabajo.

La Corte Provincial de Justicia de Guayas, como tribunal de segunda instancia, señaló que, si mediante acción de protección se impugna exclusivamente la legalidad de un acto, sin que aquello vulnere derechos fundamentales, el asunto debe tratarse a través de mecanismos judiciales ordinarios, pero no a través de una garantía jurisdiccional. Hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de que sí existe otra vía judicial no se trata de un asunto constitucional.

ha reiterado que cuando se trata de derechos infraconstitucionales, y el titular del derecho vulnerado cuenta con la posibilidad de acceder a una tutela judicial efectiva, expedita e imparcial y de recurrir ante la justicia ordinaria, esto es, que si la controversia versa sobre la aplicación de normativa infraconstitucional, la persona afectada debe acudir a las instancias jurisdiccionales correspondientes pues la justicia constitucional no se encuentra facultada para resolver problemas legales que no acarren la vulneración de derechos constitucionales, pues para ello el ordenamiento ha previsto acciones ordinarias específicas.⁵⁰²

Queda entre líneas la inquietud de que sucede si el tema tratado se refiere a cuestiones de carácter infraconstitucional, pero el titular del derecho violado no cuenta con la posibilidad, de forma eficaz, de acudir a la justicia ordinaria. Ello significa que un asunto con temática infraconstitucional puede ser tratado por la jurisdicción constitucional cuando la víctima, por sus circunstancias particulares o por circunstancias de arquitectura procesal o ambas complementadas, no tendría oportunidad de que la jurisdicción ordinaria sea eficaz.

⁵⁰² Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), “Proceso 09208-2015-03321”.

Esta posibilidad no se admite judicialmente, pues prácticamente se caería en una contradicción, debido a que se sostiene como una premisa aislada que solo la violación de derechos constitucionales puede ser tratada en la jurisdicción constitucional, pues para definir aquella no se tiene presente que la tutela judicial efectiva también es un derecho constitucional que debe ser garantizado por la justicia constitucional. La justicia constitucional no ha definido bajo qué circunstancias o hechos temas de carácter legal adquieren relevancia constitucional, y por tanto es procedente la acción de protección para precautelar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como se puede observar la discusión gira en torno a la constitucionalidad y la legalidad, nada dice respecto las causales de justiciabilidad de acción de protección frente a terceros, al respecto es importante indicar que sí el demandante o apelante nada dice al respecto es obligación de la corte entrar a estudiar sí existe la causal de justiciabilidad frente a terceros, pero al contrario de esto lo que se verifica es que este tema es dejado de lado por una discusión recurrente y que ha servido para justificar las negativas de las acciones de protección.

5.2.2. Proceso n.º 09332-2016-01337. Daños físicos por cirugía estética

La Corte Provincial expresa que la demandante no ha demostrado que las vías ordinarias son inadecuadas o ineficaces.

El accionante señaló que un médico le hizo, en 2013, una cirugía estética de glúteos, en la que le inyectó una sustancia líquida llamada gel inyectable PMMA, polimetilmetacrilato. Con el pasar de los años, empezó a padecer de dolores, hinchones en sus piernas y en ocasiones desvanecimientos, por lo que acudió en consulta al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), donde le diagnosticaron que la sustancia inyectada en su masa muscular estaba diseminándose y debían operarla para extraer el producto infiltrado, tratamiento de alto riesgo que no realizaba el IESS. De acuerdo con la certificación extendida por la Dirección Provincial de Salud está prohibido el uso del gel inyectable PMMA por los efectos que produce; por lo tanto, no podía ser comercializado ni usado en el país.

La Corte en Segunda Instancia señaló que existen las vías civiles para demandar la reparación de daños y perjuicios, así como también se encuentra expedita la vía penal para que investigue el cometimiento de un posible ilícito. No se ha evidenciado la violación del derecho constitucional a la salud, sino un posible mal ejercicio de la

profesión y la consecuente reparación material e inmaterial del daño, para lo que existen las vías procesales ordinarias. El fallo señaló:

La existencia de estas vías ha sido reconocida en el libelo inicial, habiéndose manifestado que esas no serían eficaces para la reparación del daño causado. 5.5. Resulta entonces que en la vía constitucional se pretende determinar la existencia de la violación de los derechos constitucionales a la salud y la vida, habiéndose solicitado la práctica incluso de experticias médicas por parte de especialistas de Criminalística, todo lo cual correspondería a la justicia ordinaria en cualquiera de las vías que escoja la accionante para hacer valer sus derechos y así poder cuantificar el perjuicio cuya reparación solicita.⁵⁰³

La Corte Provincial fundamenta su análisis sobre la premisa de que la demandante es la que debe demostrar que la vía adecuada y eficaz para reparar el daño o la violación del derecho constitucional no es la prevista en materia civil o penal. Esta regla carece de lógica, pues es el juez quien debe justificar que dichas vías son adecuadas y eficaces para reparar el daño producido, ya que a él le corresponde decidir si procede o no la vía constitucional. Lo que se hace es trasladar la responsabilidad y no se tiene presente en el análisis si se ha configurado la causal de subordinación, indefensión o de prestación de un servicio público de salud.

La reflexión de que existen vías procesales para que el reclamo sea procesado en la justicia ordinaria, siempre tornaría improcedente la acción de protección, pues en la justicia ordinaria está previsto se realice cualquier tipo de reclamo, y si no existe el procedimiento para el efecto, se deberá realizarlo bajo el procedimiento ordinario de acuerdo con lo previsto en el artículo 289 del COGEP.⁵⁰⁴ Entonces este razonamiento judicial yerra desde el momento que olvida tener en cuenta los hechos para el análisis y determinación de cuál es la vía procesal eficaz para proteger el derecho constitucional. Si acaso es la vía procesal ordinaria o la constitucional, debe ser dilucidado luego de analizar las condiciones del caso concreto y no abstrayéndose de ellas.

En este caso se omitió discutir la subordinación a pesar de que es obvia su presencia. La situación de subordinación implica analizar la relación médico y paciente, y verificar si esa relación de desigualdad pudo llevar a la vulneración del derecho a la salud por el abuso del poder del médico que tiene y ejerce sobre el paciente para aconsejar tratamientos o aplicar medicamentos, ya que el paciente no tiene forma de conocer si tales

⁵⁰³ *Ibíd.*, “Proceso n.º 09332-2016-01337”.

⁵⁰⁴ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 289: “Procedencia. Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación”.

tratamientos o medicamentos son perjudiciales para su salud, ni que ha estado públicamente prohibida su comercialización. La situación de indefensión que también es causal de procedencia puede devenir luego de que la confianza respecto de la autoridad haga que el subordinado no tenga defensa ante lo que señala la autoridad, en este caso, el médico, precisamente por considerarlo como una palabra autorizada para decidir sobre su salud.

5.2.3. Proceso n.º 09459-2015-00050. Indemnización por pérdida de producción de arroz por desalojo de un terreno

La Corte Provincial señaló que haber incoado otras acciones en la jurisdicción ordinaria es una prueba de que el asunto que ahora se trae a la jurisdicción constitucional mediante acción de protección es un tema de legalidad.

El accionante argumentó que mantenía la posesión de una extensión de tierra de 103 hectáreas, que fue desalojado de su posesión por supuestos propietarios acompañados de dos policías y más de 20 personas pagadas. Por haber sembrado 20 hectáreas de arroz, pide se le indemnice por la pérdida sufrida y que ahora están cosechando los demandados.

La falta de dirección de la vía ordinaria que considere eficaz para encausar su reclamo para la aplicación de normativa infra constitucional como tal, no constituye materia que pueda ser conocida a través de la acción de protección, pues aquello no es un asunto que acarree la vulneración de derechos constitucionales, sino un tema de mera legalidad que cuenta con las vías idóneas y eficaces en la justicia ordinaria pues la tutela judicial puede hacerse también está bajo el imperio de la justicia ordinaria. [...] En el caso *sub júdice*, los mismos accionantes han presentado documentos que dejan ver a las claras que el asunto debe ser resuelto en la vía ordinaria y mediante esta acción de protección lo que han pretendido es recibir la indemnización por que afirman haber sembrado y como los accionados cosecharon el arroz con un valor aproximado de ciento veinte mil dólares deben recibir el resarcimiento por los gastos realizados por cuyo motivo no se puede considerar a la justicia constitucional como un mecanismo de reemplazo de la justicia ordinaria.⁵⁰⁵

La Corte Provincial no justifica en su decisión, si existió una de las causales de procedencia de la acción de protección contra particulares como podía ser la indefensión. La lógica utilizada por el Tribunal parte de la premisa de que si un tema ha sido puesto ya en conocimiento de la jurisdicción ordinaria, no cabe ser tratado por la jurisdicción constitucional mediante acción de protección. Sobre la base de esta regla, la decisión judicial olvidó revisar si existió o no, por ejemplo, indefensión o analizar la

⁵⁰⁵ Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), “Proceso n.º 09459-2015-00050”.

documentación que como prueba se ha aportado para determinar que dicha causal no está presente.

Es más, si el tribunal de alzada verificó que existen procesos iniciados en la jurisdicción ordinaria, era su responsabilidad determinar si ellos estaban siendo eficaces o si, por el contrario, no lo eran, pues no olvidemos que la acción de protección también tiene por objeto hacer cesar la violación de derechos constitucionales, que podrían efectuarse hasta que la justicia ordinaria resolviera definitivamente la controversia, lo cual jamás se ha considerado o tenido presente como posibilidad. La justicia ordinaria podría ser complementada por la justicia constitucional o viceversa, ya que ambas son parte del sistema de protección de derechos que ha previsto el ordenamiento jurídico. Recordemos que no existen medidas cautelares en la jurisdicción ordinaria para detener acciones de otros particulares, y en el caso que, a pesar de haber concurrido a la jurisdicción ordinaria, esta no resulta eficaz: ¿cuáles son las respuestas en el sistema jurídico para no quedar en indefensión?

Esta regla de que si el demandante ya ha iniciado alguna acción en la jurisdicción ordinaria es prueba de que la jurisdicción constitucional no es competente, también confunde el tipo de responsabilidades que pueden existir y el objeto y naturaleza de cada una de las vías procesales. Por ejemplo, si se ha concurrido a la jurisdicción penal, el objeto que se persigue es la sanción de un delito, lo que no es contrario a lo que podría decidirse en la jurisdicción constitucional al determinarse que podría haberse presentado vulneración de derechos. Entonces, la simple presentación de acciones o peticiones en la jurisdicción ordinaria no puede ser motivo para desechar de plano una petición de protección de derechos en la jurisdicción constitucional.

5.2.4. Proceso n.º 09281-2016-05661. Falta de pago de los aportes y otras obligaciones al IESS

La Corte Provincial señaló que el demandante no ha agotado el trámite en sede administrativa ni en vía judicial, como paso previo a presentar la acción de protección, por la que concluye que existen otros caminos procesales en la jurisdicción ordinaria para presentar su reclamo.

El demandante acusa que su empleador no paga sus sueldos hace tres meses, tampoco los fondos de reserva ni préstamos quirografarios, pero sí se les descuenta el aporte al IESS, por lo que solicitaron se ordenara inmediatamente se mantuvieran sus puestos de trabajo hasta que se dé la resolución legal correspondiente.

La Corte Provincial expresó que la controversia se contrae al despido intempestivo que habrían sufrido los accionantes, de lo que se advierte que esto no han agotado el trámite administrativo ni judicial, necesarios para que prosperara el reclamo en materia constitucional, pues no obra de autos prueba que demuestre que estos han iniciado el trámite de impugnación mediante la vía judicial y sin que se haya demostrado que esta vía no fuere la adecuada ni eficaz.

En el presente caso los juzgadores de segunda instancia parten del presupuesto que determina que habrían tenido que agotar los demandantes un reclamo en sede administrativa o judicial y que estos no hayan resultado adecuados o eficaces para la protección de sus derechos para poder recurrir a la justicia constitucional. Este presupuesto se complementa con la creencia de que la indefensión se encuentra solo si dentro del procedimiento se vulneró el debido proceso por no permitir el correcto ejercicio del derecho a la defensa. Los argumentos que se presentan en las sentencias de primera y segunda instancia son heredadas del amparo constitucional que exigía agotar previamente la vía administrativa y también obligaba a demostrar la gravedad e inminencia del daño.

La causal de justiciabilidad de subordinación, al menos según ha dicho la Corte Constitucional colombiana se presenta con total claridad en la relación laboral y debía ser tomado en cuenta para el siguiente caso.

5.2.5. Proceso n.º 09133-2015-00032. Cierre unilateral de cuenta de ahorros

La Corte Provincial señaló que no corresponde conocer a la justicia constitucional este tipo de reclamos, pues existe la posibilidad de concurrir al ente de control de los bancos: la Superintendencia de Bancos. Además, lo que se pretende en el fondo es que se reconozca un derecho, lo que es causal de improcedencia de la acción de protección.

Se demandó al Banco del Pichincha porque cerró sin justificación alguna y de forma unilateral la cuenta de ahorros de la accionante. Al efecto el Banco expresó que era una de las potestades aceptadas por el cliente en el contrato de adhesión que firmó al momento de abrir su cuenta.

La Corte Provincial de Justicia de Guayas señaló en sentencia que este tipo de reclamos que afecta derechos entre particulares “tienen una vía para reclamar y oponerse, así lo establecen las leyes y resoluciones citadas, mediante el correspondiente reclamo administrativo al organismo de control como es la Superintendencia de Bancos y

Seguros”.⁵⁰⁶ Expresó que no es competencia de la jurisdicción constitucional este tipo de hechos que están previstos en la normativa bancaria, pero sí de lo que se trata es cuestionar la existencia de las normas expedidas a través de las resoluciones de la Junta Bancaria y de la Superintendencia de Bancos. Ello no es procedente a través de la acción constitucional porque así lo estableció la propia Corte Constitucional en el caso n.º 1000-12-EP, publicado en el Suplemento II # 9 de 06/06 /2013. B:

b) las reclamaciones respecto a las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública que contravengan normas legales son competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Con la finalidad de salvaguardar los derechos a la igualdad formal y material, y seguridad jurídica de las personas; cuando se demande una presunta antinomia entre normas de rango infraconstitucional deberá acudir al recurso de anulación u objetivo como el mecanismo jurisdiccional ordinario pertinente e idóneo propia de la jurisdicción contencioso administrativo para atender dicha problemática conforme lo ha resuelto la Corte Constitucional en la sentencia N.º 003-13-SIN-CC.⁵⁰⁷

Sobre la base de la regla —no se ha presentado en sede administrativa el reclamo, en la Superintendencia de Bancos—, el Tribunal considera que no puede entrar a conocer el asunto propuesto. Este criterio considera la acción de protección como una garantía residual, que exigiría previo a su planteamiento, que el accionante pase por la instancia administrativa antes de acceder a la jurisdicción constitucional, y que lo impugnado no es la actuación del particular sino la decisión que al respecto adopte en su momento la autoridad administrativa. Este requisito previo no está contemplado en la LOGJCC ni en la jurisprudencia y volvería a la acción de protección en una garantía que no es directa.

Finalmente, para reforzar sus tesis, el fallo señala que lo que se pretende es que se declare el derecho de la demandante a mantener su relación con el Banco del Pichincha y que ello es competencia de la jurisdicción ordinaria. Esto es causal de improcedencia conforme lo expresa la LOGJCC, en el numeral 5 del artículo 42, pero el fallo no analiza que lo que reclama la demandante es la vulneración de su derecho constitucional a la igualdad y no discriminación, ya que alega que arbitrariamente y sin justificación alguna, de forma unilateral, se ha procedido a cerrar su cuenta en esta entidad bancaria. Además, no señala qué vía procesal en la jurisdicción ordinaria podría ordenar al demandado mantenga la relación con la demandante y no se le cierre la cuenta y los servicios bancarios, pues lo único que podría determinar la jurisdicción ordinaria es si ha existido

⁵⁰⁶ *Ibíd.*, “Proceso n.º 09133-2015-00032”.

⁵⁰⁷ *Ibíd.*

un daño y cuantificarlo, mas no puede ordenar retrotraer los actos al momento anterior a la violación de los derechos constitucionales y consecuentemente disponer como medida de reparación la continuación de la relación.

Estas premisas, que están expuestas en el fallo, no brindan el sustento justificado ni adecuado para rechazar la competencia y conocimiento del caso. Además, esto permite entender por qué el tribunal de alzada no analiza si la demandante estaba en indefensión, predominando los criterios de justicia conmutativa de la justicia civil, que parte de la hipótesis de que las partes se encuentran en igualdad de condiciones. Existió un voto salvado en este caso, el mismo que si determinó que existía subordinación e indefensión:

Dado que en el caso en estudio no solo se ha vulnerado el derecho al trabajo, al buen nombre, al principio de presunción de inocencia, pues al tribunal le queda claro que el accionar de la institución financiera ha sido un abuso de poder sobre una persona subordinada e indefensa, si bien el Banco puede cerrar una cuenta unilateralmente se debe considerar que el ciudadano tiene derecho a conocer las razones por las cuales se cierra la cuenta bancaria y en el oficio emitido por Banco Pichincha no existe tal fundamentación.⁵⁰⁸

Tampoco en este caso se ha abordado por parte de la corte ninguna de las causales de justiciabilidad, más aún cuando es evidente que existe una relación asimétrica de subordinación entre el banco y el cliente que, frente a la acción unilateral del banco, se convierte en indefensión. Más bien, la corte recurre a la noción de siempre: la jurisdicción legal es la adecuada para discutir estas alegaciones. Quizás lo que preocupa más es la negativa porque supuestamente se está pidiendo la declaración de un derecho. Al respecto creemos que resulta una discusión bizantina entrar en la distinción capilar entre procesos declarativos y de conocimiento, pues habría que preguntarse ¿Por qué una acción de protección no puede declarar un derecho, cuando este es controvertido? En la práctica no acontece que los derechos constitucionales no sean controvertidos.

5.2.6. Proceso n.º 09292-2016-00053. La discusión sobre derechos patrimoniales corresponde a la jurisdicción ordinaria

La Corte Provincial señaló que las controversias que giran alrededor de derechos patrimoniales constituyen temas de la jurisdicción ordinaria.

El presidente del Club Sport Emelec fue acusado de negar la entrada a las *suites* en el estadio, debido a la falta de pago de cuotas extraordinarias ordenadas por el

⁵⁰⁸ *Ibíd.*, “Proceso n.º 09133-2015-00032”.

demandado, con lo que se reclamaba la vulneración del derecho constitucional a la propiedad.

Los jueces provinciales rechazan la competencia para decidir sobre el reclamo de la vulneración del derecho planteado refiriéndose a que los derechos patrimoniales no serían protegidos por la jurisdicción constitucional. Observemos:

Luigi Ferrajoli, en su obra *LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*, Madrid-España, edit. Trotta S.A, 2001, p. 29-35, ha distinguido entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales; los primeros que generalmente tendrían que ser discutidos en la jurisdicción ordinaria y los segundos en la jurisdicción constitucional. 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. 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.⁵⁰⁹

Esta argumentación encierra una contradicción, pues, así como el derecho a la propiedad se manifiesta en otros derechos infraconstitucionales, ocurre con otros derechos fundamentales, por lo que, siguiendo el razonamiento del juez, ningún derecho merecería la tutela de la acción de protección, ya que todos podrían discutirse por vía legal.

La concepción de derechos patrimoniales utilizada para negar la protección del derecho a la propiedad por presumiblemente no estar estos dentro de la esfera constitucional de protección de este derecho, empezó a ser utilizado por la jurisprudencia que recogió este concepto construido por el profesor Luigi Ferrajoli, como criterios para separar la jurisdicción ordinaria de la constitucional. Por ejemplo, con este criterio determinó la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección⁵¹⁰ que evidentemente tiene otra dinámica y naturaleza jurídica y luego, como también vemos en

⁵⁰⁹ *Ibid.*, “Proceso n.º 09292-2016-00053”; énfasis en el original.

⁵¹⁰ Ecuador Corte Constitucional de Transición, “Caso n.º 0162-09-EP”: “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”.

el presente caso, se lo empezó a utilizar para diferenciar la jurisdicción constitucional y ordinaria cuando se conocían acciones de protección.

Ferrajoli expresaba que los derechos patrimoniales son singulares, negociables, disponibles y horizontales, características contrarias a la de los derechos constitucionales. Sin embargo, este criterio es muy subjetivo, puesto que su distinción no resulta prístina o fácil. Por ejemplo, podría ser considerado un derecho patrimonial y, por ende, legal el derecho a una remuneración justa que cubra un salario digno, que garantiza el artículo 328 de la Constitución de la República.

Por ello, Delia La Rocca se oponía a mantener rígidamente diferenciadas las situaciones patrimoniales de las no patrimoniales, debido a que admitir la posibilidad de disponer del propio tiempo, movilidad, actividad física o la propia inteligencia a cambio de un salario pone en duda el concepto de indisponibilidad e inviolabilidad que servía de base para distinguir a los derechos patrimoniales.⁵¹¹

Sin embargo, sigue utilizándose este criterio para diferenciar la jurisdicción ordinaria de la constitucional. Como podemos observar, sin mucha fundamentación se hace un silogismo que lleva rápidamente a negar el conocimiento del problema jurídico planteado en la jurisdicción constitucional. No se puede decir de forma fácil que si se afecta el ámbito patrimonial del derecho, esto ya de plano significa que es un tema que le corresponde conocer a la jurisdicción ordinaria, más cuando incluso la reparación material puede conllevar medidas reparatorias de carácter económico.⁵¹²

Ahora bien, no podemos dejar de mencionar que existe un mito instaurado en foro jurídico constitucional respecto a esta temática, y es que, si se solicita o se pretende una reparación económica de daños, de por sí, estos es una evidencia de que el tema es de “mera legalidad” y debe tratarse en las vías jurisdiccionales ordinarias, lo que no necesariamente o de plano es así.

5.2.7. Proceso No. 09332-2016-04526. Despido a persona extranjera

La Corte Provincial señaló que el demandante no ha probado la discriminación que ha alegado en su demanda de acción de protección.

⁵¹¹ La Rocca, “La patrimonialización de los derechos”.

⁵¹² Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 19: “Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite”.

Una persona extranjera comparece a reclamar mediante acción de protección por la terminación unilateral de su contrato de trabajo. Señala que por ello se ha vulnerado su derecho a la seguridad social. Refiere que la terminación del contrato de trabajo y el trato recibido fueron discriminatorios por su condición de foráneo.

La Corte señaló que no existe prueba fehaciente de la gravedad de los daños que relata y que no existe tampoco prueba de la discriminación acusada por su condición de extranjero, no siendo suficiente su sola condición de extranjero para presumirla. Expresa que tampoco hay prueba de una relación de subordinación. Seguidamente expresó que la justicia ordinaria ofrece procedimientos que garantizan todo el aparato probatorio para que ambas partes las actúen. Concluye que:

la vulneración denunciada por el accionante en esta acción no recae sobre algún derecho que no tenga una vía expedita y eficaz, ya que la vulneración que ha alegado recae sobre hechos que tienen que ver con el ámbito de legalidad de los derechos y cuya competencia es la justicia laboral o civil. La doctrina y la jurisprudencia en materia de derecho constitucional sostienen que la acción de protección no es un medio que pueda sustituir las acciones judiciales ordinarias, pues ello conlleva a la superposición de la justicia constitucional sobre la justicia ordinaria, así como al desconocimiento y a la desarticulación de la estructura jurisdiccional del Estado. Por lo que la Acción de protección no procede cuando se cuenta con la posibilidad real de acceder a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita en la vía ordinaria.⁵¹³

El fallo no expresa nada sobre por qué la inversión de la carga de la prueba, prevista para casos de discriminación en el párrafo final del artículo 16 de la LOGJCC, no es aplicada ni qué presupuestos técnicos deben presentarse para que el particular acusado demuestre o pruebe que no ha cometido discriminación. Más bien se evidencia que la decisión parte desde el aserto que el demandante es el que debe probar sus afirmaciones y no lo habría hecho.

Se recalca el hecho de que si existen vías expeditas en la jurisdicción ordinaria no cabe la acción de protección. Este razonamiento nos trae nuevamente las siguientes interrogantes: ¿puede existir violación de derechos constitucionales?; pero si la vía constitucional no es efectiva, ¿esta tampoco es procedente? En el caso concreto, no se señala que se requiere para que una u otra vía sea efectiva, más cuando se parte de la premisa equivocada de que en temas discriminatorios, la carga probatoria se encuentra en el demandante.

⁵¹³ Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), “Proceso n.º 09332-2016-04526”.

5.2.8. Proceso no. 09201-2017-00511. Discriminación a un jugador de fútbol en campeonato organizado por Colegio de Abogados

El colegio de abogados de Guayas fue demandado por una persona debido a que en un campeonato de fútbol organizado por esta institución se le impuso una sanción que consideraba vulneró sus derechos constitucionales.

La corte de apelación, al pronunciarse sobre una demanda de acción de protección contra el colegio de abogados del Guayas, señaló:

Suponer que las acciones de protección de derechos puedan plantearse por los ciudadanos entre sí, dejarían a un lado las acciones propias que el legislador ha establecido para superar las controversias privadas; y, en la especie, constituiría una clara e impropia intromisión del Estado pretender que esta vía judicial, suspenda, o regule sanciones o cualquier otro asunto que compete a las asociaciones gremiales, cuando éstas tienen sus propios Estatutos y Reglamentos con que se gobiernan. El Reglamento del XLV Campeonato de Fútbol del Club del Colegio de Abogados del Guayas es la normativa en base a la cual se desarrolla el campeonato, y esta normativa es aceptada por los participantes en el evento al momento de inscribirse. (...) El accionante no ha probado trato discriminatorio por cuanto, de la documentación aportada por las partes se demuestra que se han aplicado sanciones a otros jugadores siguiendo el mismo mecanismo. En cuanto al derecho al deporte y recreación, la limitación de jugar se circunscribe al Club del Colegio de Abogados exclusivamente, y su inconformidad va dirigida a cuestionar la sanción que ha sido impuesta cumpliendo unas reglas a las que cada jugador eligió y se sometió por propia voluntad con pleno conocimiento al inscribirse para participar en los partidos de futbol.⁵¹⁴

En el presente caso se evidencia el prejuicio judicial que señala que el Estado no puede intervenir en conflictos entre particulares por la violación de derechos constitucionales. Es decir, se parte de la premisa que los derechos constitucionales no causan efectos sobre los particulares, sino solamente sobre el Estado. Es más, enfatiza que admitir que los derechos constitucionales tienen efectos sobre los particulares dejaría de lado las leyes que expide el legislador para regular estas relaciones. Expresa que aplicar los derechos constitucionales en las relaciones entre privados significaría una intromisión del Estado en la autonomía de los entes particulares, que en el presente caso tienen sus propios estatutos y reglamentos. Esto implica que el Estado no puede actuar si los particulares, a través de la aplicación de sus reglamentos, vulneran derechos constitucionales de las personas, pues solo la ley podría proteger derechos. Criterio obviamente contrario a la misma concepción constitucional.

Para fundamentar la no intromisión del Estado mediante la constitucionalización del derecho privado, la decisión judicial indica que es el propio particular quien ha

⁵¹⁴ *Ibíd.*, “Proceso n.º 09201-2017-00511”; énfasis añadido.

aceptado esta normativa al momento de inscribirse en el evento deportivo. En otras palabras, si ya vislumbró que había una normativa contraria a la Constitución porque se inscribió de lo que se concluye que la culpa de vulneración de sus derechos es del propio particular. Y señala la decisión que el reglamento no preveía la citación al jugador ni la comunicación escrita y motivada de la sanción, por lo que hay evidencia de vicios en el reglamento, por lo que la acción de protección no cabe sino el control abstracto de constitucionalidad para lo que existen otras vías.

Con ello se evidencia que la confusión está abierta. Resulta que la acción de protección no puede revisar la aplicación de una norma. Entonces, para qué el juzgador tiene la facultad, en caso de duda, de consultar la constitucionalidad de las normas que se están aplicando. Hay una contradicción interna evidente en la decisión, pues no puede ser que se determine que hay una norma que vulnera derechos al momento de aplicársela y no se pueda detener tal violación mediante la acción de protección, olvidando que el control abstracto de constitucionalidad es preventivo, es decir, se la propone para que no se aplique una norma constitucional después de que la misma haya sido declarada contraria a la Constitución, mientras que la acción de protección revisa los hechos para determinar si la aplicación de una norma no vulnera los derechos y en tal sentido es reparadora.

Por esta razón, la LOGJCC estableció en su artículo 42 numeral 3 como causal de improcedencia de la acción de protección: “3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.” En el presente caso se ha impugnado la constitucionalidad de la aplicación de un acto normativo que conllevaba la vulneración de derechos constitucionales, lo que debía resolverse si en efecto sucedía o no. Finalmente, el fallo al pronunciarse sobre la discriminación determina que el accionante no la ha probado, lo que olvida que cuando se alega discriminación la carga de la prueba se revierte y es el demandado quien debe probar que la diferenciación que se le acusa ha realizado arbitrariamente es justificada.

5.2.9. Proceso No. 09141-2015-0050. Descalificación lista de candidatos para directorio de Colegio de Contadores de Guayas

Los candidatos al directorio del Colegio de Contadores de Guayas interponen acción de protección al haber sido descalificados por la Comisión Electoral del Colegio de Contadores del Guayas. La Comisión arguye por su parte que se descalificó a esos

candidatos porque en virtud del Reglamento al no estar al día en sus cuotas debieron ser descalificados.

La corte hace un análisis correcto de las causales de admisibilidad de acción de protección frente a particulares, aunque no las llena de contenido, sí aborda el tema. Considera que se presentan dos causales: el daño y la subordinación. Sí bien, la corte hace referencia a la discriminación no la desarrolla.

De lo analizado podemos concluir que los actores realizado por la Comisión Electoral del Colegio de Contadores del Guayas, ha vulnerado los derechos constitucionales de la accionante consagrados en los arts. 61.1, esto es, elegir y ser elegida y art. 88, su derecho al seguridad jurídica; encuadrándose además en lo que determinan los literales c y de del Art. 41 de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; pues, se le ha causado un daño grave al descalificarla aplicándole un estatuto no vigente, lo que conllevó a que no se realicen las elecciones y se declare ganadora a la otra lista por ser la única inscrita; además de estar en estado de subordinación en relación con la Comisión electoral, que es la que decide sobre cualquier incidente en el proceso electoral. Al respecto el ilustre doctrinario Luis Cueva Carrión en su obra *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, en la pg. 171, manifiesta: ¿Cómo Se produce daño al violar los derechos? En general, existe daño cuando se causa a otro un perjuicio apreciable monetariamente en sus bienes y posesiones. Además de los económicos existen los daños personales, morales, en los derechos y en las facultades de los sujetos. Se causa daño al violar los derechos de los sujetos, entre otros casos: cuando se le impide el acceso a la justicia, se lo discrimina, se irrespeta su personalidad, se le niega la estabilidad laboral y el ascenso al que tiene derecho se lo despide sin formula de juicio y sin respetar las reglas del debido proceso; cuando se irrespeta y se atenta contra el buen vivir humano y social. Etc.”. respecto a la subordinación el mismo doctrinario en la misma obra en pg. 173 expone “...La subordinación supone una relación entre un sujeto que manda y otro que obedece en virtud de una norma legal, reglamentaria o disposición administrativa. Lo característico en esta relación es el sometimiento de un sujeto hacia otro dentro de una relación jurídica de dependencia...”⁵¹⁵

Al referirse al daño la corte indica que al aplicar un reglamento que desde su perspectiva no está vigente, se produce el daño grave, por la violación misma de los derechos, que genera dice –daño material y moral- este es un avance en torno a la consideración clásica del daño que lo situaba solamente en el daño emergente y lucro cesante. Sin embargo, no va mucho más allá.

En cuanto a la discriminación solo la nombra y no hace ningún razonamiento al respecto. Por último, en el concepto de subordinación lo que hace es recurrir a una cita doctrinaria para indicar su definición.

⁵¹⁵ Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), “Proceso no. 09141-2015-0050”.

Es decir, podríamos sostener que sus referencias son generales y no entran a analizar las causales, de todas formas, ésta es de las pocas sentencias en las que por lo menos se trata el tema.

El juez en este caso intenta un ejercicio de análisis de las causales de admisibilidad, que es lo correcto.

5.2.10. Proceso 09332-2015-13177. Estudiante demanda a su Universidad con el fin de que se pueda inscribir tardíamente en Unidad de Titulación

Un estudiante regresa a la Universidad después de varios años para concluir sus estudios, al haber desaparecido de la malla curricular una de las materias que debía concluir antes de iniciar la Unidad de Titulación, debía homologarla, desafortunadamente la Universidad no hizo el proceso de homologación e impidió que pudiera terminarla a tiempo para ingresar a la Unidad de Titulación en el 2015. El juez de primera instancia le concede parcialmente la acción y ordena a la Universidad que le acepte en el siguiente semestre, pero no ordena reparación

Sí bien es una demanda contra un particular nunca va más allá de la referencia a la norma de la Constitución y la ley que recogen las causales de justiciabilidad, los jueces no estudian o analizan, peor llenan de contenido, los conceptos indeterminados contenidos en tales normas. Ni siquiera el de daño que el expresamente solicita al apelar por la falta de reparación económica.

Aunque los hechos muestran que existe trato discriminatorio, que hay una situación de subordinación y un daño, las mismas no son explotadas por los jueces.

En particular en esta sentencia no se profundiza en ningún concepto y la misma se reduce a reproducir las alegaciones de los accionantes y demandados, la audiencia y las normas aplicables. Esto en parte se debe a que la apelación solo se centró en la falta de reparación material que también fue requerida por el accionante y que no fue atendida en la primera instancia. Es una sentencia sin motivación. Este punto devela otro asunto que no ha sido estudiado: ¿cuáles son los alcances de la apelación en acción de protección? Desde nuestro punto de vista la LOGJCC ordena que se resuelva con el mérito de los autos, lo que no significa que el juez tenga vedado solicitar pruebas.

Sí tomamos en cuenta que la apelación en materia constitucional es un recurso amplio permite que se vuelva a revisar todo lo decidido por el juez de instancia, incluida la prueba llama la atención que existan sentencias en las que no se debate nada, como en esta.

5.2.11. Proceso No. 09965-2015-01617. Impedimento para participar en las elecciones de la Junta Directiva del Aero Club del Ecuador

Se convocan elecciones para la Junta Directiva del Aero Club del Ecuador una de las listas fue descalificada aduciendo que no se encontraban al día con sus cuotas y por tanto perdieron sus derechos. Según los actores no se permitió que ellos participen porque se convocaron las elecciones fuera del período exigido, a los 25 días y no a los 30 como exige la norma, esto impidió ponerse al día en las cuotas ya que el reglamento establece que deberán estar al día antes de 30 días de las elecciones.

La corte indica que existió violación de derechos desde el inicio ya que no se respetó los 30 días que debían existir entre la convocatoria a elecciones y las elecciones, lo que hace derivar a la corte que los socios que no pudieron terciar en las elecciones queriendo hacerlo quedaron en subordinación y sus derechos no están garantizados, menos sí no existe otros mecanismos de defensa.

se evidencia que el día 7 de noviembre del 2015 se señaló el 2 de diciembre del 2015, para que tenga lugar las elecciones de Aero Club del Ecuador, desde las 08h00 hasta las 18h00, contrariando lo dispuesto en los Estatutos de la Institución, que dispone que entre la convocatoria y el día de las elecciones debe haber treinta días; y (...) nos preguntamos si los derechos de los socios que no pudieron terciar en las elecciones estarían garantizados en una junta general de socios presidida por la lista que salió electa. Surge la duda respecto a la transparencia por cuanto no se siguieron los procedimientos estatutarios para las elecciones, lo cual permite pensar que debido al grado de subordinación en que quedaron los socios que tenían reclamos pendientes respecto a las nuevas autoridades de la institución, sus derechos no estarían plenamente garantizados por falta de imparcialidad y por conflicto de intereses.

En este orden de ideas no es aceptable la alegación de la parte demandada, de que los socios que tenían reclamaciones que hacer por las anomalías dadas en el proceso eleccionario tenían otro mecanismo de defensa, como es acudir a la junta general de socios, pues por el grado de subordinación en que se encuentran los socios reclamantes respecto a la nueva directiva, esta acción deviene en procedente.⁵¹⁶

Esta sentencia resulta interesante, sí bien los demandantes y los jueces plantean los temas relacionados con las causales de justiciabilidad: discriminación, subordinación e indefensión, los mismos no son desarrollados por los jueces ni de primera, ni de segunda instancia. Lo que sí hacen los jueces es señalar que la actuación del Club deja en

⁵¹⁶ Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), “Proceso no. 09965-2015-01617”.

indefensión y subordinación, a los candidatos que no pudieron terciar. Es decir, no dota de contenido, no define lo que son estos conceptos.

5.2.12. Proceso 09284-2015-05419. Retención de haberes de jubilación por Banco para imputar a deuda

En el proceso de jubilación, un afiliado del IESS consigna como su cuenta para el depósito de los haberes una que mantenía en una cooperativa, sin embargo, los seis primeros meses, que dura el trámite, que se pagan reunidos, el IESS depositó la jubilación en una cuenta del Produbanco, banco en el que el afiliado mantenía una deuda, el banco retiene esos dineros para imputarlos a la deuda.

A pesar de lo obvio de la situación de indefensión la corte no hace ninguna referencia a las causales de admisibilidad, sino que recurre a la prohibición establecida en la Constitución de que las prestaciones del seguro social sean embargadas y que la persona que estaba realizando el reclamo era un ciudadano protegido por la constitución al pertenecer a un grupo de atención prioritaria.

2º.- De conformidad con lo dispuesto en el último inciso del art. 371 de la Constitución de la República en actual vigencia, “Las prestaciones en dinero del seguro social no serán susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por la ley o de obligaciones contraídas a favor de la institución aseguradora, y estarán exceptos de pago de impuestos.”- 3º.- Atento a lo preceptuado en el art. 35 de la Carta Magna, “Las personas adultas mayores, niñas, niños y 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 antropológicos. El Estado prestará especial atención a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”⁵¹⁷

Llama la atención que no se haya decidido nada respecto al IESS, a pesar de que, el ahora jubilado pudo probar que nunca consignó como su cuenta la del Produbanco y a pesar de ello el IESS le depositó el dinero de su jubilación en esa cuenta.

⁵¹⁷ Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), “Proceso no. 09284-2015-05419”.

5.2.13. Proceso 09124-2015-00092. Sometimiento a arbitraje internacional en contrato civil

En el presente proceso una empresa de transporte suscribió un contrato con otra empresa para llevar un cargamento hasta Venezuela, por problemas de la segunda el mismo no se pudo cumplir y la empresa contratante del servicio recurrió a una cláusula arbitral, llevando el asunto a Londres. Frente a lo cual la otra empresa presenta acción de protección con medida cautelar. La medida cautelar es concedida en primera instancia, pero negada la acción de protección.

La empresa accionante pone énfasis en las causales de admisibilidad, de hecho, plantea varias situaciones de indefensión a las que se ha visto sometida la empresa. Sin embargo, la corte en cambio deja absolutamente de lado la discusión en torno a las causales y se centra en la amenaza de un posible daño por llevar a arbitraje internacional el asunto, por esa razón se mantiene la medida cautelar.

La acción de protección propuesta en este expediente está orientada a adelantarse al resultado del juicio sobre la validez del contrato lo cual va contra la naturaleza restauradora de la acción de protección e invade el ámbito de la mera legalidad. La medida cautelar por su parte está orientada a impedir que se ejecute en la jurisdicción extranjera lo que está pendiente de resolver en jurisdicción nacional. No contraviene la naturaleza cautelar y temporal de esta herramienta constitucional ni constituye prejuzgamiento, pero por elemental sentido de soberanía debe prevalecer, en el territorio nacional, lo que se resuelva en sede jurisdiccional ecuatoriana sobre lo que se resuelva en el extranjero: Lo contrario atenta contra la seguridad jurídica porque incluso en el ámbito internacional se aplica las mismas reglas de la competencia que fija la competencia ante los jueces del lugar donde se suscribió la obligación o donde surtirá sus efectos, de tal manera que no es ajeno a la lógica jurídica que se demande en la justicia ordinaria ecuatoriana la validez de lo pactado y que del resultado de esta demanda dependa la validez no de la cláusula arbitral. La sala considera que pese a que el conflicto debe resolverse en sede jurisdiccional la amenaza subsiste mientras que se pueda ejecutar por la vía arbitral una cobranza que pudiera significar grave afectación a la actividad empresarial de la demandada cuando existe la posibilidad de que un juez ordinario declare la nulidad del contrato lo que resultaría un lirismo si, por la vía rápida arbitral, ya la otra parte ha conseguido la ejecución.⁵¹⁸

Como se puede verificar en la argumentación de la corte en realidad la discusión se centra en la pertinencia de la medida cautelar y no de la acción de protección. Obviamente, como lo sostuvimos en el capítulo anterior, ni la Constitución, ni la Ley

⁵¹⁸ Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), “Proceso no. 09124-2015-00092”.

restringe las medidas cautelares frente a particulares. La acción de protección sí, porque incluye una serie de causales de admisibilidad.

5.2.14. Proceso 09284-2015-03696. Negativa de matrícula a dos adolescentes en unidad educativa privada

Por supuestas faltas disciplinarias se expulsa a un adolescente de unidad educativa privada y se niega la matrícula a él y a su hermano. En este caso, ni los demandantes, ni los jueces de primera y segunda instancia se refieren a las causales de admisibilidad sino solamente para mencionarlas, menos todavía se les dota de algún contenido.

Los jueces y los propios demandantes se centran en el debate en torno al derecho a la educación, a los que devienen por ser grupos de atención prioritaria y a la garantía de motivación.

En tal virtud, al haberse, procedido conforme al Reglamento Interno de la institución Educativa, en armonía con el Reglamento y Ley de Educación Intercultural, como se lo ha desarrollado, mal se podría decir que se ha vulnerado el derecho a la Educación que está consagrado en el Art. 66 numeral 2 de la Constitución de la República, más aún, cuando los adolescentes y los accionantes podrían haber hecho uso del derecho del Sistema de Educación Pública, que es gratuito y que claramente nos hemos referido. De ahí que, no se puede concebir que se vulneró el derecho a la educación, mucho menos el principio y garantía constitucional del Interés Superior. Concluyendo, debemos enfatizar, que el juzgador de origen, debió haber realizado el análisis de dos derechos constitucionales en conflicto, por un lado el derecho a la educación que es la pretensión de los accionantes y por el otro lado, el derecho al debido proceso que se consagra en el Art. 76 de la Constitución, que de forma directa nos conduce al principio de seguridad jurídica que se consagra en el Art. 82 de la Constitución que transcribimos para mayor ilustración.⁵¹⁹

La sentencia insiste en que el derecho a la educación no se vulneró porque la educación pública siempre estuvo disponible para ellos, sin embargo, no es esa la discusión que se debía atender, sino sí en una institución privada se discriminó, se causó daño grave o se puso a alguien en una situación de indefensión.

⁵¹⁹ Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), “Proceso no. 09284-2015-03696”.

5.3. Análisis cuantitativo de procesos de Corte Provincial de Justicia de Pichincha

A continuación revisaremos las sentencias dictadas en la provincia de Pichincha, en la garantía constitucional de acción de protección de derechos, propuestas contra entes o personas particulares, desde el 15 de enero de 2008 hasta el 22 de febrero de 2017. En total se estudiaron 99 sentencias y se seleccionaron, para el siguiente análisis, los casos que han sido objeto de pronunciamientos de primera y segunda instancia, que dan un total de treinta y nueve (39) casos. Esto porque consideramos que los razonamientos dados en segunda instancia, como ya explicamos anteriormente, permiten analizar con más certeza los criterios que la justicia constitucional aplica en la provincia, con respecto de los conflictos constitucionales entre particulares.

No podemos dejar de mencionar, sin embargo, que en cuatro (4) casos solamente se logró localizar la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Pichincha, es decir, no se pudo localizar las sentencias de primera instancia que les dieron origen. Esto motivó que no sean tomadas en cuenta en este análisis. Por otra parte, en el sistema SATJE encontramos cincuenta y seis (56) casos en los que solamente existió un pronunciamiento en primera instancia por parte de los diferentes juzgados de los cantones de la provincia del Pichincha, es decir, no subieron en apelación.

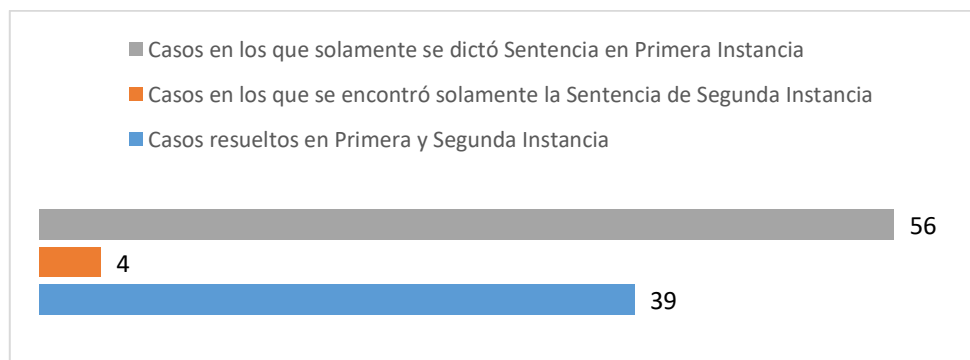


Gráfico 14. Número de AP en Pichincha 2009-2017

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

De estos datos se puede evidenciar que la base de datos que mantiene el Consejo de la Judicatura es poco amigable y no está completa. Primero, porque los casos se repiten; segundo, porque hemos podido comprobar que hay decisiones que no se encuentran cargadas en el sistema. Por otra parte es grande la cantidad de casos que

solamente se han quedado en una sola instancia, es decir, no han sido sujetos de pronunciamiento de segunda instancia.

Por otro lado, debemos mencionar que aquéllas sentencias que quedaron fuera del estudio de esta parte: 60, de las cuales 56 eran solo de primera instancia y 4 tenían el fallo de segunda instancia, pero no el de primera, fueron excluidas en razón de que, como ya lo hemos explicado, los fallos de primera instancia no avanzan en dotar de sentido a los conceptos indeterminados como son las causales de justiciabilidad de las acciones de protección frente a terceros, es más frecuente encontrar alguna referencia a ese tema en los de segunda instancia. Sin embargo, hay que aclarar que las sentencias de segunda instancia recogen los hechos y también los argumentos con los que se decidió en primer lugar.

5.3.1. Acciones de protección aceptadas y rechazadas en la Corte Provincial de Pichincha

De los treinta y nueve (39) casos revisados se determinó que se aceptaron cinco (5) en primera instancia. Es decir, que se halló violación de derechos constitucionales por parte de los juzgadores de primer nivel en el 12,8 % de los casos. El 87,2 % de casos fue rechazado en primera instancia, esto es, treinta y dos (34) casos.

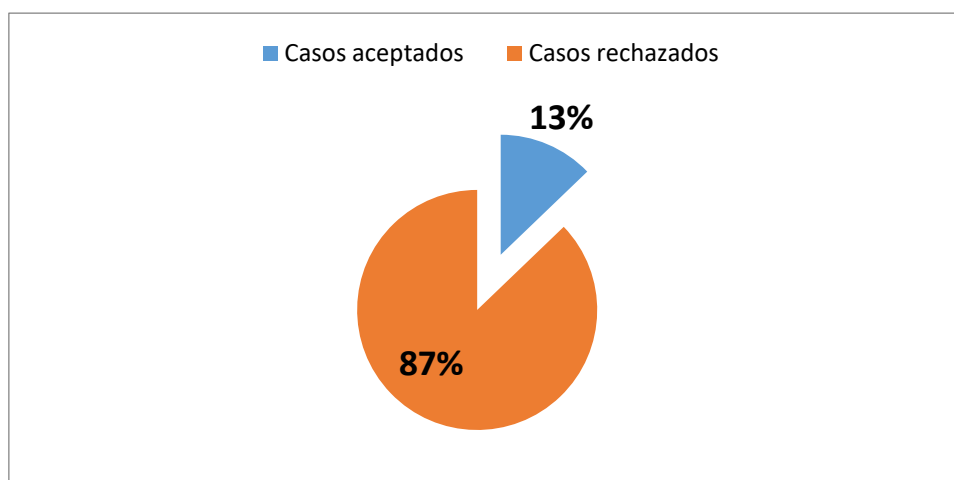


Gráfico 15. Número de AP aceptadas en primera instancia Pichincha, 2009-2017

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Si bien la tendencia se mantiene en el sentido de que el rechazo de este tipo de acciones rebaza el 80 % de los casos, al comparar los datos de Guayas y Pichincha la diferencia es de más de 7 puntos a favor de la primera provincia. En Guayas se acepta

casi el doble de acciones de protección frente a particulares que en la provincia de la sierra. En cuanto a la segunda instancia encontramos que de los treinta y nueve (39) casos seleccionados para nuestro análisis se evidenció que en siete (7) casos la Corte Provincial concede la acción de protección; de estos, en dos (2) oportunidades la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en segunda instancia, revocó la decisión de primera instancia y concedió la acción de protección. Por otra parte, se presentan cinco (5) casos más en los que la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al confirmar la decisión de los jueces de primera instancia, declaró la vulneración de derechos constitucionales en favor de un particular.⁵²⁰

En cuanto a los casos negados, tenemos en total treinta y dos (32). De ellos en cinco (5) casos en los que al resolver el fondo de problema planteado, la Corte Provincial de Justicia de Pichincha negó la acción de protección propuesta contra entes particulares.⁵²¹ En veintidós (22) casos se negó la acción de protección por ser ajenos los hechos propuestos a la jurisdicción constitucional, ya sea por existir vías legales en la jurisdicción ordinaria o por no haber agotado las vías administrativas.⁵²² En dos (2) casos más, en segunda instancia se rechazó la demanda propuesta porque lo que se pretendía era que se resolvieran sobre actos jurisdiccionales de la justicia ordinaria.⁵²³ En esta misma línea, se verificó que en tres (3) casos se negó la demanda, porque los jueces concluyeron en un primer término que no existía violación de derechos constitucionales; además, se había verificado que es una cuestión de legalidad la que se discutía, por lo que tales problemáticas debían ser tratadas por la justicia ordinaria en virtud de que eran de su competencia.⁵²⁴

En la siguiente tabla se puede ver la comparación de los casos aceptados y rechazados en primera y segunda instancia.

⁵²⁰ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha, “Sentencias en juicios: 1.- 17954-2014-0016, 2.- 17231-2017-00002, 3.- 17151-2015-0174, 4.- 17460-2015-01164, 5.- 17460-2015-01164, 6.- 17460-2016-01265 y 7.- 17230-2015-21166”.

⁵²¹ *Ibíd.*, “Sentencias en juicios”: 1.- 17294-2016-03324, 2.- 17955-2015-00231, 3.- 17296-2017-00032, 4.- 17261-2015-00974 y 5.- 17955-2016-0001”.

⁵²² *Ibíd.*, “Sentencias en juicios: 1.- 17159-2014-0023, 2.- 17230-2016-02241, 3.- 17250-2017-00004, 4.- 17160-2016-00017, 5.- 17557-2016-00113, 6.- 17557-2016-00044, 7.- 17322-2015-00344, 8.- 17204-2016-02936, 9.- 17317-2016-0001, 10.- 17230-2016-00624, 11.- 17294-2016-01525, 12.- 17294-2016-01525, 13.- 17576-2014-1737, 14.- 17204-2016-02157, 15.- 17113-2014-4047, 16.- 17154-2016-00005, 17.- 17256-2014-1157, 18.- 17203-2016-05733, 19.- 17230-2016-16415, 20.- 17204-2015-07734, 21.- 17293-2016-00022, 22.- 17250-2017-00002”.

⁵²³ *Ibíd.*, “Sentencias en juicios: 1.- 17575-2014-0681, 2.- 17986-2016-00974”.

⁵²⁴ *Ibíd.*, “Sentencias en juicios: 1.- 17154-2016-00005, 2.- 17404-2015-00938, y 3.- 17371-2014-5482”.

Tabla 9

Casos aceptados y rechazados en primera y segunda instancia Pichincha

| Resolución | Primera instancia | Segunda instancia |
|-------------------|--------------------------|--------------------------|
| Rechaza | 34 | 32 |
| Acepta | 5 | 7 |
| Total | 39 | 39 |

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Ahora bien es necesario revisar lo ocurrido con las sentencias en segunda instancia. En total, en segunda instancia se declaró la vulneración de derechos constitucionales por parte de un ente particular en siete (7) casos de los treinta y nueve (39), esto es, en el 17,94 % de casos se aceptaron; mientras que en treinta y dos (32) ocasiones, esto es, en el 82,05 % de veces, se negaron las pretensiones. En total, en segunda instancia se declaró la vulneración de derechos constitucionales por parte de un ente particular en siete (7) casos de los treinta y nueve (39), es decir, en el 17,94 % de casos se aceptaron; mientras que en treinta y dos (32) ocasiones, o sea, en el 82,05 % de veces, se negaron las pretensiones.

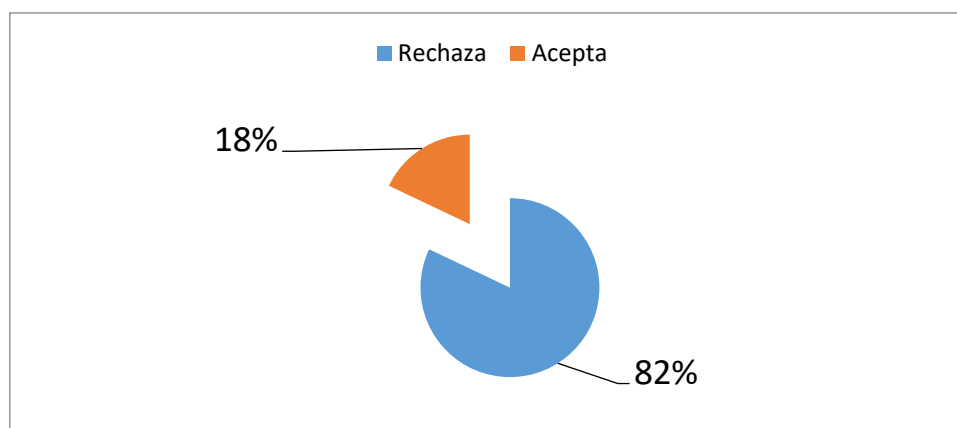


Gráfico 16. Sentencias de AP de segunda instancia

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Si comparamos los datos, en el caso de Guayas encontramos que básicamente se muestra la misma realidad: la segunda instancia prácticamente no corrige los fallos del primer nivel, lo cual o bien significa que son decisiones adecuadas o bien que el sistema judicial comparte criterios errados, en todos sus niveles sobre la procedencia de la acción de protección.

La idea de que las decisiones de primer nivel son ajustadas al derecho es contraria a nuestra hipótesis, pues acudiendo a un argumento contraintuitivo diríamos que en un país en el que la violación de derechos humanos es sistemática por el Estado y por particulares, resulta inverosímil que haya tan pocas violaciones de derechos según declaran las cortes. Más bien nos inclinamos a pensar que el sistema judicial comparte criterios errados sobre la acción de protección contra particulares, y esto se explica, en parte, por la falta de pronunciamiento de las altas cortes que no brindan criterios claros sobre los derroteros que deben tomar los jueces para proteger los derechos fundamentales.

En cuanto al cambio de criterio, en segunda instancia, como se ve en el cuadro siguiente, mayoritariamente esta instancia mantiene el pronunciamiento de la primera y solo por excepción cambia de opinión, ya sea para aceptar o negar la acción. Solo en dos casos de los 39 revoca la decisión.

Tabla 10

Decisiones confirmatorias y revocatorias de segunda instancia Pichincha

| Decisión de 2. ^a instancia | Acepta | Niega | Total |
|---------------------------------------|----------|-----------|-----------|
| Revoca 1. ^a instancia | 2 | 0 | 2 |
| Confirma 1. ^a instancia | 5 | 32 | 37 |
| Total | 7 | 32 | 39 |

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Como ocurrió en el caso de Guayas, también en Pichincha, la corte provincial ratifica las decisiones del primer nivel, esto hace suponer que no se revisan en profundidad los fallos, sino que se confirma las decisiones del primer nivel.

5.3.2. Tipo de legitimado activo en la acción de protección en contra de un particular en la provincia de Pichincha

Dentro del grupo de personas que han interpuesto acciones de protección contra particulares podemos encontrar personas naturales, hombres o mujeres, que las han presentado de forma individual, también han accionado grupos de personas o colectivos. En cuanto a las personas jurídicas, se han encontrado como legitimados activos personas jurídicas con fines de lucro como lo son empresas y personas sin fines de lucro como una liga deportiva. En total tenemos que en 35 casos, las acciones de protección fueron interpuestas por personas naturales, ya sea como individuos (13 hombres y 11 mujeres), en grupo (11 tanto hombres y mujeres). En 4 casos, por otro lado, los legitimados activos fueron personas jurídicas, ya sea con fines de lucro (2) y sin fines de lucro (2).



Gráfico 17. Legitimado activo por tipo de persona y categoría en Pichincha

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Teniendo en cuenta los 35 casos que fueron presentados por personas naturales, tenemos que el 37,2 % fue presentado por hombres (13 casos), el 31,4 % por mujeres (11 casos) y otro 31,4 % por varias personas, tanto hombres como mujeres (11 casos). Si revisamos los casos presentados por personas jurídicas, el 50 % concurrieron como legitimados activos personas sin fines de lucro y 50 % fueron personas jurídicas con fines de lucro. Si consideramos, por otro lado, el total de los treinta y nueve (39) casos, en trece (13) ocasiones presentaron la demanda de acción de protección contra entes particulares, personas naturales hombres, es decir, el 33,33 % de ocasiones. En once (11) ocasiones concurrieron a la justicia constitucional personas naturales mujeres, esto es, el 28,20 % de veces. En once (11) ocasiones presentaron la demanda de acción de protección contra particulares más de una persona, esto es, el 28,20 % de veces.

Considerando los legitimados activos personas jurídicas tenemos que en dos (2) ocasiones concurrieron a la jurisdicción constitucional personas jurídicas, es decir, el 5,12 % de casos. En dos ocasiones personas jurídicas sin fines de lucro comparecieron a la jurisdicción constitucional, o sea, el 5,12 % de casos.

5.3.3. Tipo de legitimados pasivos en la acción de protección contra particulares

Dentro del grupo de personas particulares que fueron demandadas por otros particulares, mediante acciones de protección, podemos encontrar personas naturales, personas jurídicas con fines de lucro y sin fines de lucro; también se ha podido evidenciar que se ha demandado a una persona particular junto con una persona pública. Del total de 39 casos, 33 fueron instaurados en contra de personas jurídicas, de los cuales 18 dirigidos en contra de personas con fines de lucro, 14 sin fines de lucro y 1 conjuntamente a persona pública y privada. Por otro lado, de 6 casos interpuestos contra personas naturales, 1 continuó contra un hombre, 1 contra una mujer y 4 contra varias personas, entre hombres y mujeres.

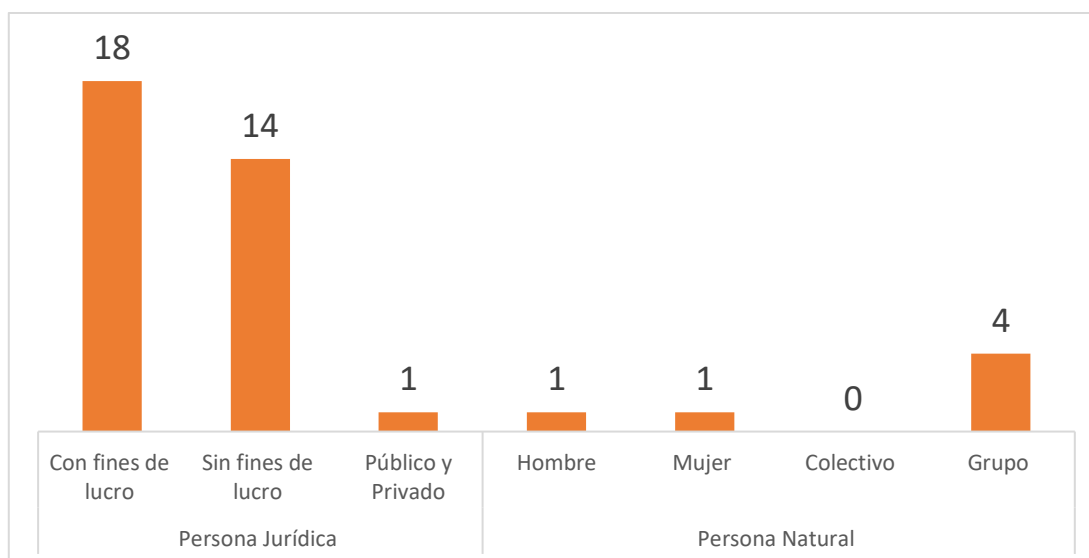


Gráfico 18. Legitimado pasivo por tipo de persona y categoría

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Si consideramos los 33 casos en los que el legitimado pasivo es persona jurídica, el 54,5 % (18 casos) son con fines de lucro; 42,4 % (14 casos) son sin fines de lucro y 3,1 % (1 caso) conjuntamente a una persona pública como privada. En cuanto a la persona natural como legitimado pasivo, del total de 6 casos, el 66 % (4 casos) estuvieron dirigidos a grupos, conformados por hombres y mujeres; 16,6 % (1 caso) dirigido en contra de una mujer y 16,6 % (1 caso) dirigido en contra de un hombre.

Por otro lado, si consideramos el total de los casos 39, en una (1) ocasión fueron demandados personas naturales hombres mediante acción de protección, esto es, el 2,56 % de casos. En una (1) ocasión de los treinta y nueve (39) casos se demandó a persona natural mujer, esto es, el 2,56 % de casos. En cuatro (4) ocasiones fueron demandados, mediante acción de protección, más de una persona, esto es, el 10,25 % de veces.

De estos 39 casos los legitimados pasivos en dieciocho (18) ocasiones fueron demandados en la jurisdicción constitucional personas jurídicas con fines de lucro, esto es, el 46,15 % de veces. En quince (14) ocasiones fueron demandas personas jurídicas con fines de lucro, esto es, el 35,89 % de veces. En un (1) solo caso se demandó a una persona jurídica privada y una persona pública estatal, es decir, en el 2,56 % de ocasiones.

5.3.4. Tiempo para resolver la acción de protección contra particulares entre la sentencia de primera y segunda instancia

No hemos podido contar con el dato referido al tiempo que toma dictar una sentencia de primera instancia y una de segunda instancia en las acciones de protección, sin embargo, sí hemos accedido a los datos que permiten comparar el tiempo transcurrido entre la sentencia de primera instancia y la de segunda instancia. Esto es importante en la medida en que nos permite conocer si el actuar del juez superior supone una mejora en el acceso a la tutela judicial efectiva, mejorando tanto la argumentación como el tiempo de resolución.

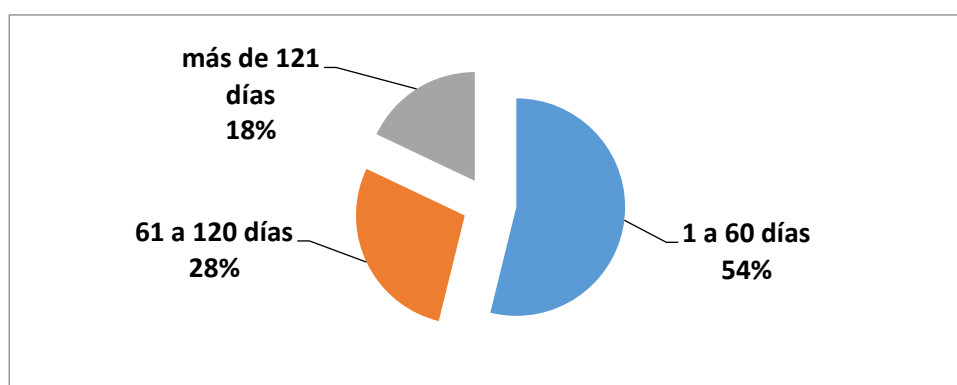


Gráfico 19. Número y porcentaje de casos por días que se demora la decisión judicial de acción de protección entre primera y segunda instancia

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Del universo de los treinta y nueve (39) casos revisados, se ha podido determinar que el promedio de resolución entre la sentencia de primera instancia y la sentencia de segunda instancia es de setenta y seis coma ochenta y siete (76,87) días promedio. El caso que menos cantidad de tiempo demoró en resolverse entre la sentencia de primera y la sentencia de segunda instancia fue de veintiún (21) días, mientras que el caso que más demoró fue de trescientos noventa seis (396) días.

Entre la sentencia de primera y la sentencia de segunda instancia, el 53,84 % de casos —esto es veintiuno (21)— demoró en resolverse entre uno (1) y sesenta (60) días. Entre sesenta y un (61) y ciento veinte (120) días demoraron en resolverse el 28,20 % de casos, esto es, once (11) de ellos; y más de ciento veinte (120) días demoraron en resolverse el 17,94 % de casos, esto es, en siete (7) ocasiones.

5.3.5. Derechos constitucionales que invocan los demandantes han sido vulnerados

Los demandantes han comparecido ante la jurisdicción constitucional a demandar la protección de sus derechos constitucionales vulnerados por particulares. Entre los derechos reclamados están los: i) de propiedad y contractuales que corresponden al 17,94 %, esto es siete (7) casos; ii) de derechos laborales que corresponden al 17,94 %, esto es siete (7) casos; iii) derechos de asociación, al agua, educación, ambiente y a la reparación, que corresponden al 15,38 %, esto es seis (6) casos; iv) de vivienda que corresponden al 12,82 %, esto es cinco (5) casos; v) debido proceso y derecho a la defensa que corresponde al 12,82 %, esto es cinco (5) casos; vi) de participación referente a elecciones que corresponden al 7,69 % de casos, esto es, tres (3) casos; vii) de igualdad y no discriminación que corresponden al 7,69 % de casos, esto es, tres (3) casos; viii) de consumidores y prestación de servicios públicos de óptima de calidad, que corresponden al 7,69 % de casos, esto es, tres (3) casos.

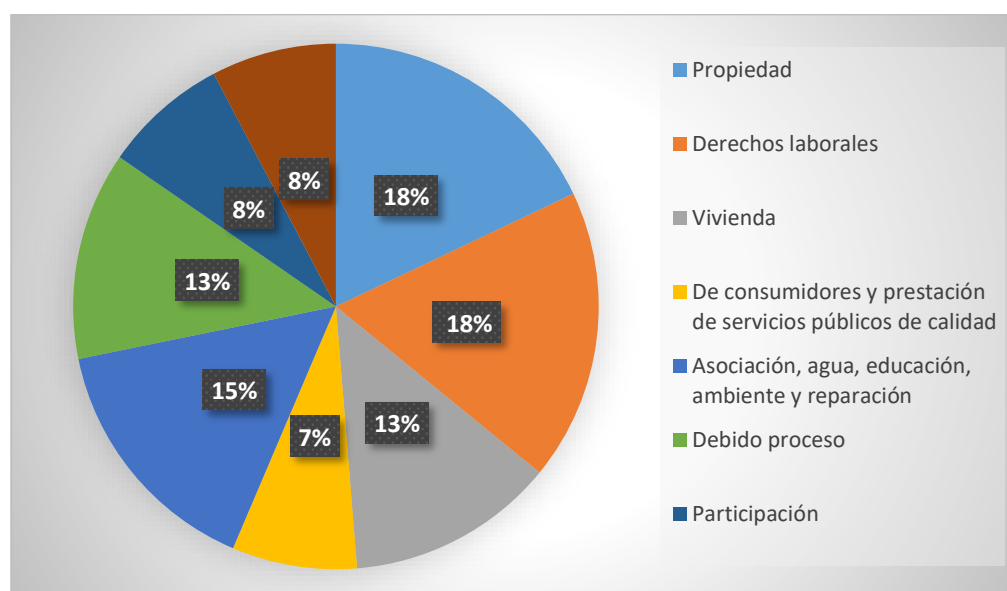


Gráfico 20. Derechos alegados en demanda de acción de protección en Pichincha
Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

En la provincia de Pichincha se registra una marcada diferencia en el tipo de derecho que principalmente se acciona con respecto a la provincia del Guayas. Si bien es cierto que la propiedad sigue siendo el derecho que más se alega, apenas alcanza el 18 %, en cambio en Guayas llega al 40 %. También en el caso de Pichincha aparecen, en segundo lugar, los derechos laborales, con el mismo porcentaje que el derecho de

propiedad, el 18 %. En Guayas los derechos laborales aparecen en cuarto lugar con apenas un 10 %.

5.3.6. Causal de procedencia de la acción de protección en contra de particulares invocadas por los demandantes

Las causales de procedencia de la acción de protección contra particulares son el daño grave, la prestación de servicios impropios, la prestación de servicios públicos cuando han sido delegados o concesionados, la discriminación, la indefensión y la subordinación. En este punto vamos a estudiar cuáles son las causales más utilizadas por los demandantes al interponer una acción de protección frente a particulares.

Los demandantes que se fundamentaron en la causal de daño grave a un derecho constitucional de un particular para proponer una acción de protección en contra de otro particular fue el 46,15 %, esto es dieciocho (18) casos. Mientras que un 33,33 %, esto es, en trece (13) ocasiones, no se señala la causal que invocan los demandantes para reclamar la procedencia de la acción de protección de un particular. La causal de prestación de servicios públicos o actuar por delegación o concesión fue invocada en 7,69 % de ocasiones, esto es en tres (3) casos. La causal de discriminación se usó como argumento para fundamentar la demanda contra un particular en 7,69 % de ocasiones, esto es en tres (3) casos. Por la causal de subordinación se observa que en dos (2) ocasiones han recurrido a ella para fundamentar una demanda de acción de protección, esto es el 5,12 % de ocasiones. El resto de las causales no han sido mencionadas en ningún caso.



Gráfico 21. Número de casos por causal de procedencia en Pichincha

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Resulta preocupante que un alto porcentaje de procesos no haga mención alguna a la causal (33%), sí es su presencia la que habilita la procedencia del trámite de acción de protección frente a terceros. El gran porcentaje de la causal daño grave se puede explicar porque los jueces mantienen como rezago del recurso de amparo la idea de que se debe probar el daño causado por la violación al derecho constitucional.

Asimismo, llama la atención la poca frecuencia de las causales que se consideran las más importantes, en las acciones de protección frente a terceros: discriminación, subordinación e indefensión, apenas encontramos 8 %, subordinación 5 % e indefensión 5 %, respectivamente.

5.3.7. Razones de rechazo de las demandas de acción de protección contra particulares

Los jueces constitucionales de segunda instancia usaron varios motivos como fundamento para rechazar la acción de protección. De los treinta y dos (32) casos en los que se rechazó la demanda de acción de protección en contra de un particular en la provincia de Pichincha, en veintitrés (23) de ellos los jueces concluyeron que los temas planteados constituyen temas de legalidad por ser conflictos de orden infraconstitucional o porque existen vías legales adecuadas y eficaces para tratar el problema: esto constituye el 58,97 % de los casos.

En esta misma línea de rechazo, tres (3) de los casos fueron negados porque los jueces constitucionales concluyeron a la vez que el asunto se refería a una cuestión de legalidad y porque no había violación de derechos constitucionales. Esto constituye el 7,69 %. En cinco (5) casos, esto es el 12,82 %, los jueces constitucionales consideraron que al analizar el problema planteado, no existía violación de derechos constitucionales y rechazaron la demanda de acción de protección. Por otra parte, uno (1) de los casos fue negado porque las pretensiones estaban relacionadas con que el juez constitucional interviniera o modificara una decisión judicial. Esto implica el 2,56 % de la totalidad de la muestra.

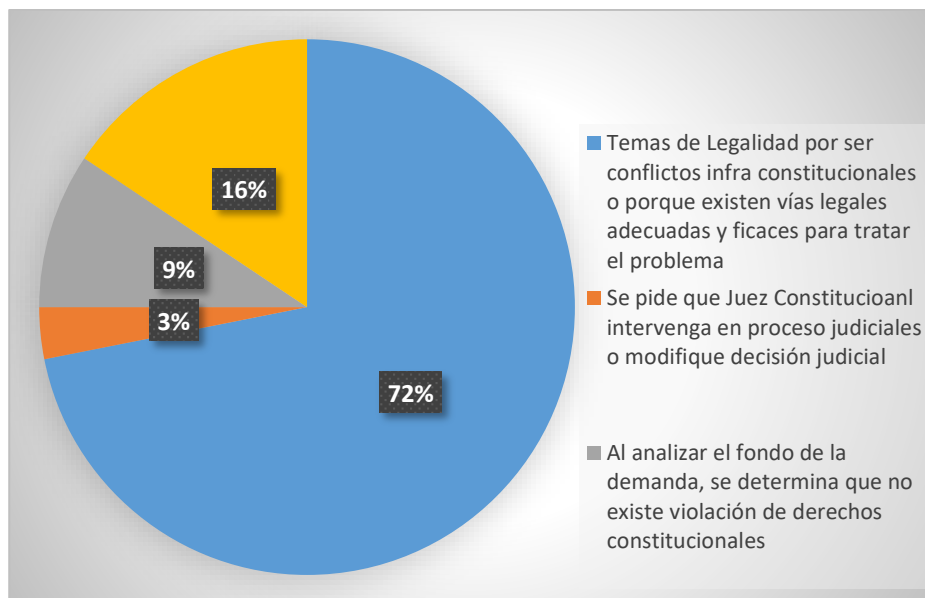


Gráfico 22. Porcentaje de causas por causa de rechazo en Pichincha

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Como en el caso de Guayas, la razón principal del rechazo de las acciones de protección en Pichincha es que se trata de un asunto de mera legalidad, y apenas en 5 casos se señala que no hay violación de derechos constitucionales. En definitiva, se reproduce el problema conceptual señalado más arriba en cuanto al error de los jueces en cómo entender la legalidad y la constitucionalidad. En la provincia de Pichincha tampoco existe claridad en el criterio que utilizan los jueces para distinguir entre legalidad y constitucionalidad.

En total, se han negado en Pichincha un 82,05 % de casos de acción de protección contra un particular. Se esgrimió que esta garantía constitucional no era procedente principalmente por ser temas de: i) mera legalidad; ii) infraconstitucionalidad; iii) constituir una disputa de índole contractual; iv) no existe violación de derechos constitucionales; v) no se ha demostrado, por parte de los accionantes, que las vías ordinarias existentes para tratar el problema jurídico sean ineficaces para dar una respuesta adecuada.

5.3.8. Casos en los que para justificar el rechazo de la demanda de acción de protección, la decisión judicial citó jurisprudencia conceptual de la Corte Constitucional

En veintidós (22) de los 32 casos en que la Corte Provincial de Justicia de Pichincha rechazó la demanda de acción de protección se citó jurisprudencia conceptual

de la Corte Constitucional para hacerlo, es decir, que en el 68,75 % de ocasiones, no tomaron en cuenta los hechos para justificar su aplicación al caso concreto; no se usó analogía sino conceptos. En dos casos (2) casos de los rechazados se usó doctrina para justificar el rechazo de la demanda de acción de protección en contra de un particular, esto es, en el 6,25 % de ocasiones. En un (1) solo caso se usó jurisprudencia de la Corte Constitucional y doctrina para rechazar la demanda de acción de protección contra un ente particular, esto es, en un 3,12 % de ocasiones. En siete (7) ocasiones, esto es, en el 21,87 % de casos, no se usó jurisprudencia conceptual o doctrina para justificar la decisión de rechazo de la demanda de acción de protección.

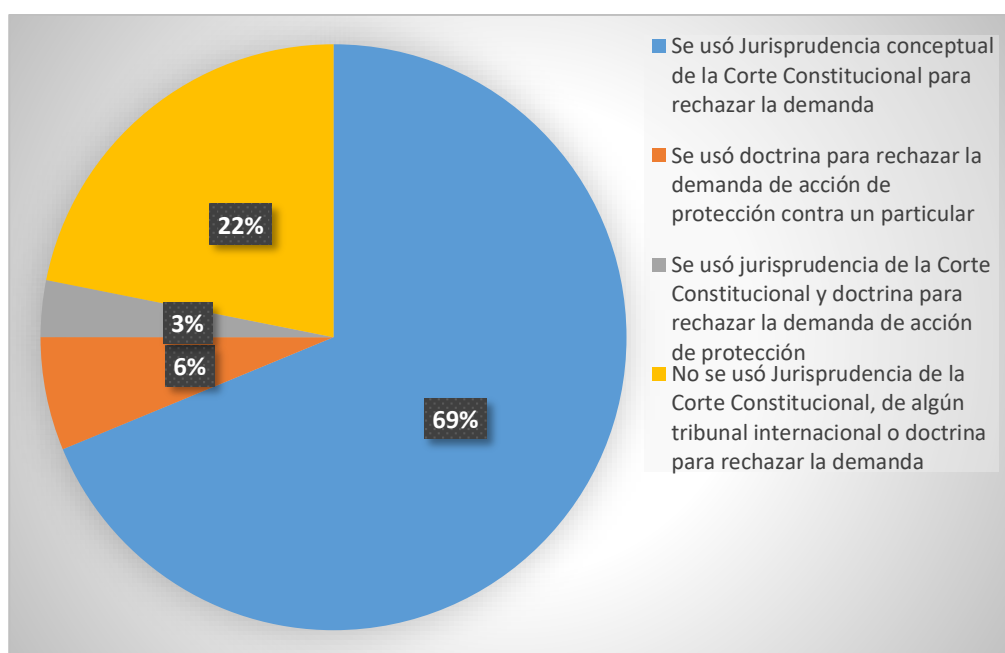


Gráfico 23. Porcentaje de uso de la jurisprudencia para rechazar las demandas de acción de protección

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Podemos volver a constatar que el uso de la jurisprudencia es solamente referencial, pues no existe análisis de los hechos, sino que se utiliza conceptualmente, lo que desvirtúa el funcionamiento del precedente cuya aplicación está basada en la analogía de los hechos. También llama la atención que en un 22% de los casos no se haya recurrido a ningún medio de respaldo para la ley: no se usó doctrina, jurisprudencia nacional, ni jurisprudencia internacional.

5.3.9. Argumentos en los casos aceptados en segunda instancia respecto de un particular

De los treinta y nueve (39) casos revisados, en siete (7) ocasiones se aceptó la demanda y declaró la vulneración de un derecho constitucional por parte de un particular. En cinco (5) de ellos, no se citó jurisprudencia de la Corte Constitucional o de algún tribunal internacional o doctrina, esto es en el 71,42 % de ocasiones. En dos (2) casos se citó la jurisprudencia de la Corte Constitucional para aceptar la demanda de acción de protección en contra de un particular y declarar la vulneración de un derecho, esto es en el 28,57 %.

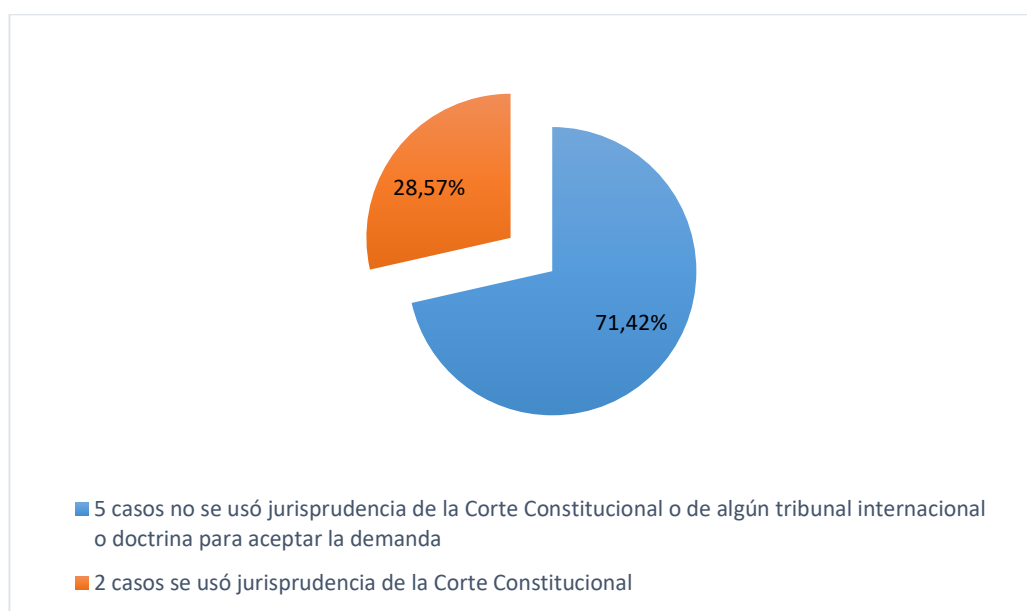


Gráfico 24. Sentencias de acción de protección aceptadas por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha

Fuente: Ecuador Consejo de la Judicatura, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE). Elaboración propia.

Entre las causas aceptadas en sentencia por los jueces de segunda instancia se encuentran las relativas a la reclamación de derechos constitucionales: i) debido proceso, ii) educación, iii) de participación y elecciones, iv) derecho al buen nombre, v) uso de propiedad, vi) derecho al agua.

Sin embargo, de la aceptación de estas demandas en contra de particulares en los fallos de segunda instancia no se define cuál es la causal de procedencia que autoriza a asumir la competencia en la jurisdicción constitucional. No se llena de contenido los conceptos jurídicos indeterminados que son las causales de procedencia previstas la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

Por otra parte, en ninguno de los fallos podemos observar si se realiza una diferencia entre la justicia conmutativa y la justicia distributiva, ni el nivel de intensidad de intervención del juez constitucional que se requiere para el caso concreto. Tampoco se realiza una mención o análisis al efecto directo o indirecto de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares.

5.3.10. Tipo de reparación ordenada en las sentencias que se aceptó la demanda de acción de protección

La reparación ordenada en las sentencias de segunda instancia no se identifica expresamente en los casos si es material o inmaterial. Respecto del funcionamiento de la acción de protección, en primer lugar, podemos sostener que la protección que reciben los derechos constitucionales frente a particulares es escasa; esto se evidencia no solo en el número de acciones presentadas, sino también en las aceptadas y en los argumentos que los jueces esgrimen para resolver las acciones. Esto tiene repercusiones directas en la concepción del Estado constitucional de derechos, entendido como una nueva forma de Estado en el que la Constitución funciona como norma.

Lo que sostenemos es que si bien una de las características de esta nueva forma estatal es la centralidad de los derechos, su garantía y la irradiación de la protección constitucional hasta las relaciones entre los particulares es que difícilmente podríamos decir que eso ocurre en el caso ecuatoriano, las acciones no se presentan y no se aceptan. Por otro lado, el papel de los jueces es francamente deficiente, no ha existido ningún trabajo hermenéutico para dotar de contenido a los conceptos. Esto se evidencia de manera clara si comparamos con los casos presentados en el segundo capítulo de Colombia, donde ya se puede hablar de verdadera teoría constitucional sobre acciones de protección frente a particulares.

5.4. Análisis cualitativo de los procesos de la Corte Provincial de Pichincha

En esta parte de la tesis estudiaremos cuales han sido los argumentos de las cortes provinciales de Pichincha que resolvieron, en apelación, las acciones de protección frente a terceros. Primero haremos un resumen general que se plasmará en la siguiente tabla y posteriormente recogeremos ciertos casos particulares para ampliar el estudio de los argumentos desde una perspectiva cualitativa.

Tabla 11
Sentencias se segunda Instancia de acciones de protección frente a particulares en la
provincia de Pichincha

| No. | # Sentencia Año | Actor | Demandado | Plantea causal | Causal derivada de los hechos/ propuesta | Decisión | Argumentos |
|-----|------------------|--|--|----------------|--|------------------------|---|
| 1 | 17154-2016-00005 | Promitente comprador amenazado con desalojo | Promitente vendedor | No | Daño grave e indefensión | Rechazo AP | La controversia gira sobre aplicación de normativa infra constitucional |
| 2 | 17250-2017-00002 | Promitente comprador a quien no le entregan la vivienda | Promitente vendedor | No | Daño grave e indefensión | Rechazo AP | Demandante no demuestra que la sede administrativa y judicial ordinaria no sean eficaces Derechos patrimoniales no son constitucionales |
| 3 | 17204-2016-02157 | Varios integrantes de la Sociedad Funeraria Nacional por la elección de la Junta de Delegados | Sociedad Funeraria Nacional | Sí | Discriminación | Rechazo AP | Cuando se impugna aplicación de reglamento la acción de protección no es la vía adecuada |
| 4 | 17371-2014-5482 | Propietaria de una casa afectada por humedad | Vecino | No | Indefensión | Rechazo AP | El tema planteado es de carácter legal |
| 5 | 17557-2016-00044 | Ex cónyuge que se quedó sin bienes conyugales que están siendo usufructuados por ex cónyuge e hija | Ex cónyuge e hija | No | indefensión | Rechazo AP | Ya se plantearon procesos en el ámbito legal |
| 6 | 17159-2014-0023 | Cliente bancario a quienes le cerraron la cuenta corriente | Banco | No | Indefensión | Rechazo AP | Debe acudir ante la Superintendencia de Bancos |
| 7 | 17576-2014-1737 | Jugador de fútbol profesional | Club de fútbol | Sí | Indefensión | Rechazo AP | No se verifica la vulneración del derecho a la defensa |
| 8 | 17954-2014-0016 | Usuaría de agua por suspensión del servicio | Junta Administradora de Agua Potable de Tambillo | No | Discriminación | Acepta AP | No se refiere a las causales de admisión El acceso al agua es un derecho fundamental y no está prevista como sanción por la falta de pago la suspensión definitiva |
| 9 | 17231-2017-00002 | Socio Club Social Cultural y Deportivo Los Chillos | Directiva del Club Social Cultural y Deportivo Los Chillos | Sí | Discriminación e indefensión | Acepta AP | No llenan de contenido las causales de admisión. No hay motivación |
| 10 | 17151-2015-0174 | Propietario de bien inmueble que es impedido de utilizar servidumbre para ingresar a su casa por su vecino | Vecino | Sí | Subordinación | Acepta AP | No llenan de contenido las causales de admisión. Hay violación del derecho a la vida digna, intimidad, vivienda. |
| 11 | 17460-2015-01164 | Vendedoras autónomas de mercado impedidas de realizar sus actividades | Nueva directiva de la asociación de trabajadoras | No | Discriminación y daño grave | Acepta parcialmente AP | No se refieren a las causales de admisión. Se considera que hay violación al derecho a la vida digna y al trabajo |
| 12 | 17460-2016-01265 | Estudiante de Instituto Superior Privado expulsado | Directivos de Instituto Superior Privado | Sí | Subordinación, daño grave e indefensión | Acepta AP | Existe daño grave, subordinación e indefensión Existe vulneración al derecho a la educación |

| | | | | | | | |
|----|------------------|--|----------------------------------|----|----------------|-----------|--|
| 13 | 17230-2015-21166 | Directores del Colegio de Abogados de Pichincha que no fueron convocados para conformar Tribunal Electoral | Colegio de Abogados de Pichincha | Si | Discriminación | Acepta AP | Existió violación de derecho a la igualdad y no discriminación |
|----|------------------|--|----------------------------------|----|----------------|-----------|--|

Fuente y elaboración propias

En Pichincha se puede observar que, de los 13 casos estudiados, en seis, el doble que en el caso de Guayas, se alega y menciona el tema de las causales de justiciabilidad por parte de los actores y de los jueces. Sin embargo, a pesar de ello, no se llenan de contenido, de hecho, ni siquiera se definen y, al igual que en el caso de Guayas se decide considerando otros derechos y no los relacionados con las causales de justiciabilidad. La discusión de las causales no solo no aparece en las acciones que se rechazan, sino también en las que se aceptan.

Al igual que en Guayas, también en Pichincha la diversidad de los legitimarios activos y pasivos es grande y, nuevamente esto plantea la cuestión que se abordó en párrafos anteriores relacionado con la corrección del argumento de la existencia de otras vías judiciales idóneas y eficaces para rechazar las acciones de protección.

5.4.1. Proceso n.º 17154-2016-00005. Amenaza de despojo por falta de pago

La Corte Provincial señaló que: si la controversia gira sobre la aplicación de normativa infra constitucional, la justicia constitucional no es competente.

La demandante señaló que se encontraba trabajando como emigrante en Europa-España. Por no encontrarse en el país, confirió poder a su padre, quien suscribió una promesa de compraventa el 16 de mayo de 2011 para la adquisición del departamento. Llegó a cancelar la cantidad de USD 33 000. Narra que regresó al país ante el fallecimiento de su padre y que se atrasó en el pago de las cuotas que faltaban (USD 5900) hasta completar la cantidad de USD 38 900. Le han amenazado con despojarla de los bienes inmuebles que adquirió con esfuerzo, lo que le ocasiona graves perjuicios económicos y la vulneración de su derecho de propiedad, y solicitó se disponga se respete el contrato de promesa de compraventa y, como medida cautelar, pide el cese inmediato de las pretensiones como un inminente desalojo.

La Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sobre la base de las pretensiones, señaló que estas constituían los presupuestos de hecho relevantes a ser analizados. Citando la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional, “Sentencia 016-13-SEP-CC”, expedida el 16 de mayo de 2013, expresó que los temas de naturaleza

infraconstitucional le corresponden a la justicia ordinaria. Finalmente, determinó que no se había probado violación de derechos constitucionales y que la acción de protección no es subsidiaria de los procedimientos infra constitucionales. Observemos:

La legitimada activa tampoco ha demostrado los fundamentos de su acción, conforme lo dispuesto en el art. 14 (audiencia) y 16 (pruebas) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Jurisdiccional, pues consta de los recaudos que los legitimados pasivos han contradicho las aseveraciones de la demanda, demostrando que entre los legitimados (activo y pasivo) existe una relación jurídica que ha sido ventilada en la justicia ordinaria y que ha llegado al punto de concluir el litigio con un acuerdo transaccional, que a decir de los legitimados pasivos se encuentra incumplido por la accionante, lo que en modo alguno ha sido contradicho por la legitimada activa. [...] La acción ampara los derechos de manera directa y eficaz; y, en modo alguno se la puede y debe considerar como una acción subsidiaria de los procedimientos infra constitucionales, en los cuales la Ley y las normas de menor jerarquía se aplican, en cumplimiento del principio de legalidad y seguridad jurídica, por lo que deviene en improcedente la acción, en aplicación del precepto contenido en el Art. 42 numeral 1) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.⁵²⁵

La decisión judicial determinó que constituía el conflicto propuesto un tema de que se soluciona con la aplicación de normas infraconstitucionales, por lo que la justicia constitucional no es competente. Sin embargo, señaló que, una vez revisado el caso, no existe violación de derechos constitucionales.

Como se puede observar nunca la corte provincial revisó las causales de justiciabilidad para las acciones de protección frente a terceros, podría pensarse que se trata de una situación de indefensión, los jueces solamente se limitaron a indicar que cabía la vía ordinaria.

5.4.2. Proceso n.º 17250-2017-00002. Incumplimiento de compra-venta

La Corte Provincial expresa que la demandante no ha demostrado que la sede administrativa y judicial ordinaria sean inadecuadas o ineficaces.

Se demanda a un fideicomiso por el cumplimiento de una promesa de compraventa para que entregue legalmente la propiedad de un departamento de vivienda o, en su defecto, se ordene la restitución del valor más los intereses pagados. La demandante dice que pagó todo el dinero desde hace más de siete años y hasta la fecha no se le adjudica el bien. Indica que un acreedor intentó rematar estos bienes por incumplimiento de pago de la empresa. Señala que ha intentado procesos de prescripción adquisitiva de dominio y hasta fecha ni siquiera se ha podido completar la citación; y en

⁵²⁵ *Ibíd.*, “Proceso n.º 17154-2016-00005”.

materia penal, se declaró prescrito el proceso que por estafa inició. Refiere que su derecho constitucional a la propiedad se ha visto afectado.

La Corte, en segunda instancia, en voto de mayoría, fundamentándose en la sentencia de la Corte Constitucional “016-13-SEP-CC” señaló que no todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional, ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria y amparándose en la doctrina señaló:

El Dr. Patricio Secaira Durango, en su obra Curso Breve de Derecho Administrativo, en las páginas 237-238 indica que “Los recursos contencioso administrativos, en la vía jurisdiccional, son verdaderos frenos o límites al ejercicio arbitrario o abusivo del poder. De suerte que todos los actos administrativos que emanan de los órganos públicos pueden ser objeto de recurso contencioso administrativo... El propósito de estos recursos no es otro que tutelar la legalidad de las decisiones del poder público. Es por tanto un derecho, un reconocimiento constitucional a los administrados a fin de que ellos tengan la posibilidad de que un órgano independiente, del Poder Jurisdiccional examine el asunto y emita sentencia definitiva sobre aquel”. Es por este motivo que la acción de protección deja fuera de su alcance los casos en que existen recursos judiciales y administrativos que permitan a las personas obtener la protección del derecho que considera vulnerado, así se establece en las siguientes normas constitucionales y legales: art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador.⁵²⁶

Además, refiere que lo que se reclama constituye lo que la Corte Constitucional (caso 162-09-EP) ha denominado como derechos patrimoniales, y que aquellos no son derechos constitucionales, sino legales que deben reclamarse a través de otras vías, derechos de mera legalidad de normas infraconstitucionales y que no se ha demostrado que las vías jurisdiccionales ordinarias sean inadecuadas o ineficaces, y más cuando se encuentra tramitándose un proceso sobre este tema en dicha jurisdicción. Contrario a lo resuelto por la decisión de mayoría, el fallo de minoría realizó el siguiente análisis y determinó la violación del derecho a la propiedad y a la vivienda, y ordenó la reparación económica del daño causado:

El derecho a la propiedad indiscutiblemente tiene la categoría de fundamental, de tal forma que mal puede exigirse que la accionante, siga una suerte de demandar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, como modo adquirir el dominio o propiedad, en función de sus actos de señora y dueña y así convertirse en propietaria del departamento ya singularizado ⁵²⁷

⁵²⁶ *Ibíd.*, “Proceso n.º 17250-2017-00002”.

⁵²⁷ *Ibíd.*, “Proceso n.º 17250-2017-00002”. Ortografía y redacción originales.

Nuevamente se puede observar la discusión en torno a la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales que introduce Ferrajoli, y que es tomada con bastante frecuencia por los jueces de primera instancia cuando resuelven acciones de constitucionalidad, a partir de la decisión de la Corte Constitucional. Conforme señalamos en el capítulo II, esta concepción de Ferrajoli no desecha de plano la posibilidad de que el derecho a la propiedad sea un derecho fundamental, sino que plantea que a nivel infra constitucional. Tal derecho se manifiesta en derechos reales que son disponibles, pero, como se sostuvo en ese acápite, tal distinción opera con mayor facilidad en aquellos sistemas normativos en los que la Constitución distingue entre derechos fundamentales y derechos no fundamentales, que no es nuestro caso.

La Corte Provincial fundamenta su análisis sobre la premisa de que los derechos patrimoniales no son derechos constitucionales, sino legales que no puede proteger la justicia constitucional. Refiere que la mera legalidad y la infraconstitucionalidad no los puede tratar la justicia constitucional. Además, señala que no ha demostrado el demandante que las vías ordinarias, sean inadecuadas o ineficaces, porque el mismo demandante se encuentra tramitando un proceso civil en esta vía y que la existencia de mecanismos judiciales y administrativos que permitan la protección de los derechos que se considera vulnerados, deja a la acción de protección imposibilitada de ser invocada.

Podemos observar que la sola referencia a derechos patrimoniales condiciona el resto del análisis, lo que no se tiene en cuenta por los jueces, que sucedería si fuesen derechos patrimoniales como ellos los catalogan, pero las vías judiciales ordinarias no resultan adecuada o eficaces para la protección del derecho. Esto implica una pregunta: ¿cabe la acción de protección para proteger derechos patrimoniales?

Esta confusión resulta grave para la protección de los derechos, más cuando se cita jurisprudencia conceptual de la Corte Constitucional y doctrina para realizar un análisis que resulta circular y, como hemos observado, contradictorio. La acción de protección por definición constitucional es directa, al menos aquello implica que no puede exigirse el agotamiento de reclamos o recursos administrativos para activar la garantía constitucional, lo que sí establece evaluar, no exigir como un requisito de prejudicialidad el artículo 40 numeral 3 y el numeral 4 del artículo 42 de la LOGJCC.

El fallo de minoría realiza un análisis profundo de las circunstancias concretas del caso, sin embargo, no detalla la causal de procedencia de la acción de protección, que sería la indefensión que, respecto de un poder económico, se encuentra la accionante. Detalla y verifica cómo las respuestas judiciales ordinarias no resultan eficaces para tratar

el problema planteado y desde otra óptica incorpora el dinero que ha dado la demandante como parte de la propiedad que también se encuentra en peligro, más cuando aquello significa el poder acceder a una vivienda y que tal vez dicho dinero pueda perderse y dejar en una difícil situación económica a la demandante, que incluso la deje sin recursos como para insistir en el planteamiento de acciones judiciales ordinarias. El voto de mayoría respecto del de minoría evidencia una diferencia de análisis, pues el primero se centra en los conceptos preestablecidos, mientras que el segundo se centra en analizar los hechos y determinar si existe o no violación de derechos constitucionales.

A pesar de que el argumento principal es el de que el asunto es de mera legalidad y que existen en el sistema normativo ecuatoriano mecanismos para lograr su protección, nada dicen sobre el análisis de la idoneidad y eficacia de la vía judicial alternativa. Obviamente ni hablar de la discusión en torno a la causal de justiciabilidad que bien podría ser la subordinación.

5.4.3. Proceso n.º 17204-2016-02157. Suspensión de elecciones en la Junta de delegados de Funeraria Nacional

La Corte Provincial señaló que cuando se pretende inaplicar o impugnar la aplicación de un reglamento expedido por un particular se debe acudir, de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional “016-13-SEP-CC”, a la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

Reclaman que se ha vulnerado su derecho de participación, igualdad y no discriminación porque el proceso de elección de la junta de delegados de la Sociedad Funeraria Nacional está plagado de nulidad y piden que, en consecuencia, se suspenda la convocatoria a elecciones que se ha realizado. Que en la interpretación que se hizo de algunos artículos del reglamento de elecciones se estableció que no podrán ser candidatos comisarios o exgerentes citados en un informe de fiscalización de una empresa externa, Vialco S. A. Asimismo, señalan que no saben cuál es la normativa que rige las elecciones, ya que se sabía extraoficialmente que habrían realizado una reforma, que tampoco se les ha hecho entrega del padrón y que se les impide la participación y que no se ha contestado ninguna de sus peticiones.

La Corte Provincial hizo prevalecer la premisa de que cuando se impugna la aplicación de un reglamento la acción de protección no es la vía adecuada para atender tal reclamación, sino la vía judicial, así como que tampoco se ha demostrado que han

ejercido su derecho a agotar las vías administrativas como judiciales para atacar el reglamento que impugnan. La Corte Provincial razonó:

En consecuencia, por cuanto los derechos que pudieran ser vulnerados por el reglamento de elecciones que se ataca, se encuentran consagrados y regulados por normas de carácter legal que contienen las vías administrativa y judicial para el reconocimiento de aquellos, no se observa menoscabo de alguno de los derechos que la parte accionante considera violentados; tanto más que los propios accionantes implícitamente está reconociendo que se trata de asuntos de mera legalidad al expresar puntualmente en su libelo inicial que solicitan entre otras, se convoque de manera legal y reglamentaria a elecciones para la renovación parcial de la Junta de Delegados de la Comisión Electoral de la Sociedad Funeraria Nacional para el año 2016 por estar el proceso viciado de nulidades; de manera que los accionantes deben sujetar su actuación procesal a las disposiciones constitucionales y legales arriba transcritas.⁵²⁸

La Corte Provincial no analiza los hechos puestos a su consideración en su conjunto, sino que toma una parte de ellos —la impugnación que se realiza a la aplicación del reglamento de elecciones— y los secciona o los divide, con respecto del resto para fundamentar su premisa de que al impugnarse un reglamento, automáticamente no procede la acción de protección porque para ello debe acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa; con ello se olvida de verificar si dicha aplicación no vulnera derechos constitucionales en el caso concreto.

Incluso citan lo que señala el numeral 3 del artículo 42 de la LOGJCC, que expresa que la acción de protección no procede cuando exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto, y que no conlleve violación de derechos. Sin embargo, en el presente caso, en efecto, en la demanda, como lo narra la propia sentencia se reclamaba la violación de derechos, precisamente por la aplicación del reglamento, lo que debía ser revisado por los jueces constitucionales para verificar que no existe en el caso concreto vulneración alguna.

Asimismo, sumado a este argumento, copian y hacen suyo lo que prescribe el numeral 4 del mismo artículo 42 y especifican que el acto puede ser impugnado en la vía judicial y que no se ha demostrado que aquella no es adecuada o eficaz, lo que es contrario a la primera premisa. Esto se debe a que si no hay violación de derechos y solo se impugna la legalidad y constitucionalidad del reglamento, como podría luego suceder que la acción de protección resulte adecuada y eficaz para tratar el tema, ya definieron los jueces que no habría vulneración de derechos.

⁵²⁸ *Ibíd.*, “Proceso n.º 17204-2016-02157”; énfasis añadido. Ortografía y redacción originales.

Acentúan más la contradicción y la confusión, cuando exigen los jueces en su sentencia que el accionante demuestre que ha ejercido su derecho a agotar las vías administrativas o judiciales, regla que no se encuentra escrita en ninguna norma, sino que deviene de una defectuosa interpretación, respecto de verificar lo adecuado y eficaz de la respuesta que pueda dar la jurisdicción ordinaria, mezclando lo que es la sede administrativa y la judicial.

Otra vez deviene en contradictorio este argumento con respecto al primero, porque no se encuentra sentido en demostrar que haber agotado cualquier procedimiento en sede administrativa, si ya se expresó que no hay violación de derechos y, por otra parte, si se exige que se agoten las vías judiciales es obvio que ya no podrán recurrir a la acción de protección. Esto debido a que está prohibida contra providencias judiciales (art. 42 numeral 6 de la LOGJCC), pues para el mal funcionamiento de la jurisdicción ordinaria por vulneración de derechos se encuentra prevista la garantía constitucional de acción extraordinaria de protección.

5.4.4. Proceso n.º 17371-2014-5482. Violación al derecho a la vivienda digna

La Corte Provincial señaló que el demandante no ha agotado el trámite en sede administrativa ni en vía judicial, como paso previo a presentar la acción de protección, razón por la que concluye que existen otros caminos procesales en la jurisdicción ordinaria para presentar su reclamo.

La accionante indica que se encuentra vulnerado su derecho a una vivienda adecuada y digna, porque sus vecinos colocaron varios paneles solares que sirven para calentar agua y que eso ha causado humedad, crecimiento de vegetación, taponamiento de desagües y agrietamiento de la losa. Esto le ha provocado a su familia problemas respiratorios y afectaciones psicológicas, lo que se agrava porque hay un menor de edad en su familia. Estos fueron instalados en el techo del departamento del demandante, sin ningún tipo de costo, pero los condóminos se habrían despreocupado de su mantenimiento produciendo que en la actualidad la vivienda ya no sea segura para la salud de las personas que habitan en el departamento.

En el fallo, la Corte Provincial se contradice al momento de motivar su decisión de negar la demanda. Para negar la demanda señaló que de esta se desprende que el tema planteado es de carácter legal, lo que queda probado cuando el propio demandante hace mención a que las vías previstas en la Ley de Propiedad Horizontal tardarían demasiado para solucionar el problema, argumento que de por sí lo señala como errado porque sería

admitir que la acción de protección puede servir como medio alternativo de solución de conflictos entre particulares. La Corte se contradujo al razonar de forma contradictoria en los siguientes términos:

En la especie, nos encontramos frente a una pretensión que evidencia aspectos legales que deberían ser conocidos y resueltos por las autoridades competentes que ejerzan funciones jurisdiccionales ordinarias, puesto que, analizado el libelo de la demanda contentiva de la acción constitucional propuesta se colige que el actor por los derechos que comparece, pretende que se retiren los paneles solares instalados sobre la vivienda de su representada y que se reparen los daños materiales ocasionados por tal hecho en su departamento, para ello, acusa la supuesta vulneración de garantías constitucionales en la persona de la dueña del mencionado departamento y de su familia [...] Como se analizó en líneas anteriores el objeto-pretensión del accionante no puede encasillarse en un asunto que corresponda a la esfera constitucional, más bien se trata de un asunto de legalidad ordinaria que obviamente tiene vías expeditas; es más, el mismo accionante menciona que las acciones ante la justicia ordinaria tardarían demasiado, señala la Ley de Propiedad Horizontal como cuerpo legal que regula los actos que acusa, y que por ese motivo intenta esta acción constitucional, aspecto totalmente errado, puesto que, las acciones constitucionales de modo alguno han sido puestas al servicio de las personas como un medio alternativo para la solución de conflictos entre privados, o entre privados y el Estado, sino por el contrario buscan la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, aceptar lo contrario implicaría que toda persona que tenga una controversia que bien puede ser sometida a la justicia ordinaria, intente las acciones jurisdiccionales para así obtener el resultado deseado, acusando para ello, la violación de garantías reconocidas en la Constitución. [...]. (*argumentos usados para justificar que no existe violación de derechos constitucionales*)⁵²⁹

Por su contradicción en el motivo de la decisión, el fallo de la Corte resulta nulo. Por un lado, se observa que el fallo procede a valorar el tiempo que podría demorar la tramitación de una acción fundamentada en la Ley de Propiedad Horizontal en la jurisdicción ordinaria. Mientras que, por el otro lado, procede a proscribir que se pueda realizar dicha valoración, señalando que aquello significaría admitir que la jurisdicción constitucional es un medio alternativo de resolución de conflictos, de donde intrínsecamente se concluye que es errado tal razonamiento, porque podrían llegar a tratarse asuntos de índole legal en la jurisdicción constitucional, sin tener presente que, obviamente, si una vía en la jurisdicción ordinaria no es eficaz, inmediatamente el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se vería comprometido. Por esta razón, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los Estados parte a proveer en la legislación de un recurso sencillo, rápido y eficaz para tutelar la violación de derechos reconocidos en la Constitución, la Convención y la ley.

⁵²⁹ *Ibíd.*, “Proceso n.º 17371-2014-5482”. Ortografía y redacción originales.

A pesar del largo razonamiento que hace la corte sobre diversos puntos, sobre todo el de la legalidad del asunto que se discute, no pone la menor atención a las causales de justiciabilidad.

5.4.5. Proceso n.º 17557-2016-00044. Bienes de la sociedad conyugal

La Corte Provincial señaló que no corresponde conocer a la justicia constitucional este tipo de reclamos, porque pertenecen a la esfera de la legalidad; prueba de ello es que el propio demandante señala que ha planteado procesos en la jurisdicción ordinaria y mal se haría en tildar de ineficaz la justicia ordinaria para entrar a resolver los problemas jurídicos que se plantean.

Un hombre demanda a su excónyuge y su hija, que tienen bienes de la sociedad conyugal siendo usufructuados. Pide al juez que se le dé uno de ellos debido a que no posee para vivir y paga arriendo, indica que se siente muy vulnerable porque ya no dispone de una vivienda adecuada y digna. Señala que demandó el juicio de inventarios y que se encuentra en trámite el de liquidación de la sociedad conyugal, pero que demoran mucho. Por ello pide que se les ordene a las demandadas le den un lugar para habitar.

La Corte Provincial de Justicia de Pichincha rechazó la demanda, indicando que el demandante reconoce que esta no es la vía adecuada ni eficaz, por haber propuesto procesos referentes a la propiedad en la justicia ordinaria y que no podría determinarse que la justicia ordinaria es ineficaz, porque se crearía un precedente funesto en contra de la justicia ordinaria. Estas fueron las razones expresadas en el fallo:

ahora bien, este último requisito, implica el hecho de “demostrar” que no haya un mecanismo de defensa judicial “adecuado” y “eficaz”, que proteja el presunto derecho violado; es decir, se exige que el accionante de la vía constitucional “demuestre” que la vía judicial no es “adecuada” o “eficaz” para la realización de su exigencia, estimándose como ‘inadecuada’ la vía en relación a la materia y a ‘ineficaz’ al hecho de que no se “cumplan” los derechos protegidos por la Constitución o la Ley; por un lado, estamos frente a la posición de “determinar” objetivamente y no de manera abstracta que la vía judicial (en este caso en materia de familia); esta consideración o estima no puede de manera alguna quedar al criterio del juez constitucional, por la sencilla razón de que crearía un precedente de consecuencias nefastas para la Administración de Justicia ‘ordinaria’, visto el hecho que —el Juez Constitucional— menospreciaría la Jurisdicción ordinaria tildándola de “ineficaz” (en razón de que lo “inadecuado”, como se ha dicho, redundaría en la falta de competencia especial para el tipo de derecho protestado, lo cual per se está solventado al existir ambas vías). Para robustecer lo expuesto, el mismo accionante en el libelo, textualmente expresa: “...Por incomprensión, falta de armonía en el hogar, demande la disolución de la sociedad conyugal, más adelante el divorcio, demandas que fueron aceptadas en sentencia, así como demande el juicio de inventarios, acción que ha demorado mucho tiempo, posteriormente demandare la liquidación de la sociedad

conyugal circunstancia que puede ocurrir o no, considerando mi edad.”, por lo expuesto, el mismo accionante reconoce, que la vía pertinente e idónea es la materia de familia.⁵³⁰

El Fallo no llena de contenido las causales de procedencia específica de la acción de protección contra particulares. Si se refiere a las causales generales de procedencia de la acción de protección —y determina conforme señala el artículo 40 de la LOGJCC— deben concurrir a la tres requisitos, que son: i) violación de un derecho constitucional, ii) acción u omisión de un particular y iii) inexistencia de otro mecanismo judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, lo que evidentemente demuestra la confusión en cuanto a lectura integral del sistema de normas que garantizan los derechos constitucionales.

A través de esta lógica de razonamiento, se empieza evaluando, en un primer momento, si existe violación de derechos constitucionales o no, con lo que si determina que no existe, ya no procede continuar con la revisión del resto de requisitos. Pero si se determina que existe violación de un derecho constitucional, podría resultar contradictorio determinar que existe en la jurisdicción ordinaria una vía procesal eficaz para precautelar tal derecho, pues se parte del presupuesto que en la jurisdicción ordinaria no se protegen los derechos constitucionales, sino solamente los legales, lo cual no es correcto, puesto que se divide en dos el sistema y los vuelve contrarios y no complementarios, asumiendo que la legalidad es contradictoria de la constitucionalidad.

La otra opción diferente a la que se está aplicando por parte de los decisores judiciales es no revisar el fondo en el primer requisito, sino dejarlo al momento de comprobar el tercero. Es decir, verificar en un primer momento si se relaciona el caso con derecho constitucional, si el demandado es una autoridad pública o particular, y luego verificar si la acción u omisión demandados deben ser protegidos por la acción de protección ante la inexistencia de un mecanismo judicial adecuado y eficaz en la jurisdicción ordinaria, lo que implicaría que la tutela judicial efectiva, es el primer derecho constitucional afectado, razón por la que terminan afectándose otros derechos que deben ser tutelados mediante acción de protección.

5.4.6. Proceso n.º 17159-2014-0023. Cancelación de cuenta bancaria

La Corte Provincial señaló que no corresponde conocer a la justicia constitucional este tipo de reclamos, pues existe la posibilidad de concurrir al ente de control de los

⁵³⁰ *Ibíd.*, “Proceso n.º 17557-2016-00044”. Ortografía y redacción originales.

bancos, la Superintendencia de Bancos. Además, señaló la acción de protección no cabe para impugnar actos administrativos.

El demandante considera que se han violado sus derechos constitucionales al comunicársele, por parte del Banco de Guayaquil, que de forma unilateral, han cancelado su cuenta bancaria corriente.

Los jueces provinciales rechazan la competencia para decidir sobre el reclamo de la vulneración de derechos planteados, refiriéndose así:

Que durante la tramitación de la presente acción, tanto ante el juez A quo como ante este Tribunal, el accionante, no ha justificado conforme a derecho, la vulneración de los derechos que cita en su memorial inicial, puesto que no ha señalado cuál es el daño grave del que ha sido víctima en razón de la cancelación de su cuenta; y tampoco ha justificado el supuesto grado de subordinación con el legitimado pasivo, a más si se considera que entre accionante y accionado se suscribió un contrato bilateral cuyas cláusulas las partes están obligadas a cumplir o de lo contrario, demandar algún vicio en la esfera legal. 3) No se ha demostrado la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado; 4) Las acciones de protección no proceden contra actos administrativos no violatorios de derechos fundamentales, puesto que constituyen asuntos de legalidad, que bajo ninguna circunstancia, en asuntos administrativos cabe la acción de protección, lo que impide expresamente que se pueda tratar en la Jurisdicción Constitucional; 5) El accionante no sólo incurre en la falta de los requisitos anteriormente citados, sino principalmente, en las causales de improcedencia de la acción, puntualizadas en los numerales 1 y 4 del Art. 42 de la misma Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dicen: 1. “Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales”; 4. “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. Así, una vez identificada claramente la errada pretensión del accionante de querer litigar en la vía constitucional, teniendo otras vías como la civil o cualquier otra que crea conveniente, es deber de la Sala advertir tal arbitrariedad.”⁵³¹

La Corte Provincial no analiza el fondo del asunto planteado y determina si en realidad existe o no violación de derechos constitucionales, sino que se dedica a tomar los dichos del demandante para determinar si el tema corresponde o no a un asunto que puede tratarse en la sede administrativa (Superintendencia de Bancos) o en la jurisdicción ordinaria. Jamás valoran la respuesta dada por el banco demandado y santifica el contrato bilateral que se firmó para abrir la cuenta que se ha procedido a cerrar unilateralmente.

No analiza ni da concepto a las causales de procedencia, no determina qué se requiere para que proceda la causal de indefensión; más bien señala que el demandante no ha indicado el grado de subordinación que posee respecto del demandado, lo que evade la responsabilidad judicial de analizar el problema planteado a fondo, corrigiendo incluso

⁵³¹ *Ibíd.*, “Proceso n.º 17159-2014-0023”; énfasis añadido. Ortografía y redacción originales.

posibles yerros de los dichos del actor. Expresa que tampoco se ha señalado el daño producido, pero resulta evidente que existe un daño cuando se cierra una cuenta en un banco, sino ni siquiera se reclamar por tal acto.

5.4.7. Proceso n.º 17576-2014-1737. Doble juzgamiento en club de fútbol

La Corte Provincial señaló que el demandante ha podido ejercer el derecho a la defensa y, por tanto, no se vislumbra que exista conculcación de derechos constitucionales.

El demandante indica que se habría sancionado por un mismo hecho dos veces a un club de futbol, Everton. Señala que primero se le impuso una sanción de 6 meses de toda actividad deportiva, esto se habría resuelto sin dársele el derecho a la defensa en un procedimiento.

La Corte señaló que no existe vulneración de derechos constitucionales y que el derecho a la tutela judicial efectiva corresponde al ámbito público y no al privado. Determinó que no han ejercido según el Reglamento del derecho de apelación, por lo que han tenido la oportunidad de ejercer el derecho a la defensa. Concluyó que:

Ahora bien, se advierte del propio libelo de demanda, que en el presente caso, los accionantes han impugnado el acto administrativo de 21 de mayo de 2013, ante el Directorio de la Liga Deportiva Barrial “Corazón de Jesús”; mientras que en relación al acto administrativo de 1 de abril de 2014, bien podían los accionantes apelar ante la Federación de Ligas del cantón Quito, de acuerdo a lo establecido por el artículo 100, inciso primero, del Reglamento General a la Ley del Deporte, que dice: “Las resoluciones emitidas por las organizaciones deportivas, relacionadas con los aspectos de carácter deportivo, son apelables en única y definitiva instancia dentro del sistema deportivo, ante la entidad deportiva inmediatamente superior a la que se encuentra afiliada, de acuerdo a la estructura establecida en la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación. El término para la interposición de la apelación será de hasta 3 días, contados a partir de la notificación.”, lo que no consta de autos que así haya sucedido, con lo que, se vislumbra que los accionantes han ejercido de manera plena su derecho a la defensa, sin que se observe conculcación alguna de sus derechos constitucionales; más aún si se considera que los derechos previstos en el artículo 75 de la Norma Suprema, esto es, el acceso gratuito a la justicia y la tutela efectiva, concierne únicamente al ámbito eminentemente público y no al privado, como ocurre en el caso que nos ocupa.⁵³²

La Corte no revisa a profundidad si se encuentran presentes las causales para la procedencia de la acción de protección contra particulares. Lo que sí hace es justificar que existían las normas procesales para que pudiera interponerse recurso de apelación de la sanción impuesta y que el demandante no lo hizo. Además, señaló, tampoco sin

⁵³² *Ibíd.*, “Proceso n-º 17576-2014-1737”. Ortografía y redacción originales.

justificar, que no puede reclamarse el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito privado, porque este solo pertenece a la esfera pública. La Corte no profundizó y revisó si el acto de la sanción se encontraba motivado, y si por tanto no era arbitrario, o si dentro del proceso se habían garantizado las normas mínimas del derecho a la defensa.

5.4.8. Proceso 17954-2014-0016. Suspensión de servicio de agua por falta de pago

El caso hace referencia a la suspensión del servicio de agua potable de la Junta de Agua Potable de Tambillo, pues la persona que acciona adeudaba cuotas, multas y otros rubros. El suministro de agua de la Junta permitía cubrir las necesidades básicas de alimentación, salud, limpieza de ella y su familia.

La accionante alega que no le fue hecha ninguna notificación legal que le informe que sí no paga tendría como sanción la suspensión del servicio de agua potable. Una vez que se consumó el hecho del corte del agua, la demandante solicitó la actuación de varias autoridades, por lo que logró que varios días después se le restableciera el servicio, sin embargo de que no ha podido tener reparación por el daño sufrido.

sin ninguna notificación legal, administrativa u otra semejante, a cortar el servicio, uso o goce del agua potable de su domicilio que lo presta por años en la casa No. E 1-206 de la calle la Florida, Barrio el Rosal, perteneciente a la Parroquia de Tambillo de esta Jurisdicción Cantonal, colocando un candado y una caja de hierro, cerrando totalmente la llave de paso e incurriendo de este modo en la consumación de un evidente daño a la accionante y miembros de su familia, quedando de este modo sin el líquido vital y necesario para la vida humana incurriendo en esta forma un evidente atentado contra la vida humana, aparte obviamente de incurrir en la consumación de convertir al domicilio de la accionante en un foco de contaminación de peste, epidemia y otras similares que agrava la salud humana, lo cual constituyó un colapso en las cañerías de desagüe y desfogue de aguas servidas, residuos y excrementos humanos hacia la calle, convirtiendo en un foco de epidemia y de preocupación higiénica, hecho insólito el cual se mantuvo por diez días consecutivos lo que significa en un sentido común mantenerse la accionante y miembros de su familia en estos derechos vulnerados por 248 horas consecutivas sin el líquido vital el que fue restituido del mismo modo que se cortó a la fuerza con amenazas y en el mismo día que según la accionante ha presentado la acción de protección que se nos ocupa, fue restituido con la intervención de la Teniente Política de Tambillo

La sala no hace el análisis de las causales de admisión a pesar de que los hechos muestran una posible discriminación, sino que se centra en el debate del contenido esencial del derecho al agua. Aunque la temática del derecho al agua es interesante y no se ha tocado con mucha frecuencia, hizo falta que la sala revise las causales de

admisibilidad, pues sin ellas es imposible determinar si es que la vía para reclamar este derecho era la acción de protección.

5.4.9. Proceso 17231-2017-00002. Derecho de socio de Club a utilizar sus instalaciones

Un socio del Club Social Cultural y Deportivo Los Chillos fue impedido de usar las canchas de golf y luego suspendido por treinta días para la utilización de todas las instalaciones por parte de los administrativos de este, inclusive se publicó la sanción en las instalaciones del Club.

Los legitimados activos alegaron indefensión y discriminación y aunque la corte solo menciona estas categorías de forma conceptual no las dotan de contenido, sino que las presentan de manera informativa. De todas formas, la corte se refiere a la indefensión, señalando su vínculo con el derecho a la defensa como parte del debido proceso.

el derecho a la defensa, que constituye o es integrador del debido proceso, por el cual toda persona sin distinción alguna tiene derecho a conocer si en su contra se tramitan procesos, intervenir en ellos, presentar y contradecir pruebas presentadas en su contra, así como ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

El otro punto de revisión de la corte es el debido proceso como paraguas para el derecho a la defensa que también es abordado de forma conceptual, la segunda instancia llega a utilizar jurisprudencia indicativa de la Corte en este punto, pero no realizan la explicación de cómo los hechos se adaptan a las normas derivadas de la jurisprudencia.

En cuanto a la sentencia, si bien en primera instancia se aceptó la acción anulando la sanción y mandando a reparar, en segunda instancia se exceptúa la sanción al Gerente y al Gerente encargado.

Nuevamente la corte se olvida de revisar las causales de admisión.

5.4.10. Proceso 17151-2015-0174. Propietario impedido de utilizar servidumbre

Los hechos relacionados con este caso hacen relación a un asunto de vecinos, propietarios de inmuebles colindantes, entre los cuales existe una servidumbre, la misma que fue asegurada por uno de los vecinos impidiéndoles el ingreso a su casa.

De las verificaciones que hace la corte llega a la conclusión de que la servidumbre no forma parte de ninguno de los dos predios, según las escrituras, por lo que, existe derecho a usarla por parte de los dos.

Los legitimados activos sí refieren la causal de subordinación y esta es abordada por los jueces, pero solo referencialmente, es decir, no las llenan de contenido, más bien deciden ahondar en el derecho a la vivienda digna.

En cuanto a la subordinación que señalan en su recurso, corresponde precisar que las dos partes son propietarias, en igualdad de condiciones, de un bien inmueble declarado en propiedad horizontal y colindantes con esta área de servidumbre peatonal y vehicular, motivo de la controversia, de modo que no existe la subordinación referida, lo que coexiste es una disputa de uso de este espacio ya que los accionantes creen tener derecho al uso exclusivo de esta área; y, el accionado discute esta posición aseverando también tener el derecho al uso de esta servidumbre, disputa que deberán buscar resolver a través de la acción civil correspondiente.

Los jueces de segunda instancia revocan la sentencia de primera instancia y declaran la vulneración del derecho a la vida digna, vivienda, intimidad familiar y ordenan el descerrajamiento de las seguridades y candados puestos y que se llegaren a poner. Pero nuevamente olvidan revisar las causales de admisibilidad.

5.4.11. Proceso 17460-2015-01164. Impedimento a vendedoras autónomas de ejercer su oficio en mercado

Dos mujeres, jefas de hogar, vendedoras autónomas de una feria libre, por discrepancias con la nueva directiva, fueron impedidas de realizar sus actividades, acciones que pusieron en peligro sus ingresos ya que sobreviven de ese trabajo.

En este caso las causales de admisibilidad no son ni referidas por las trabajadoras, ni tratadas por la sala, sin embargo, de que podría haberse abordado tanto discriminación y daño grave. La corte decide considerando la violación del derecho al trabajo y a la alimentación.

que en el caso de análisis se han vulnerado los derechos al trabajo y por consiguiente el de alimentación, tanto más que la propia accionada, en el escrito de fojas 85 del proceso, indica que las accionantes se encuentran vendiendo y distribuyendo sus productos desde sus propios camiones de embarque a los comerciantes minoristas.

Ni las legitimadas activas, ni los jueces abordaron las causales de justiciabilidad de la acción de protección, aunque claramente podría haberse discutido dichas causales, sobre todo las de daño grave, todavía más sí consideramos que el único ingreso que mantenían las demandantes era ese, lo que servía para su supervivencia y la de su familia.

Sí bien son reintegradas a sus labores, no se discute la viabilidad de las acciones de protección frente a terceros.

5.4.12. Proceso 17460-2016-01265. Expulsión de Instituto Superior Privado de educación

Una estudiante de Instituto Superior Privado de educación es expulsada porque supuestamente estuvo involucrada en la sustracción de una cámara. Cuando se produjo el incidente ella fue culpada sin darle oportunidad de defenderse. De hecho en ese momento fue insultada y expulsada inmediatamente.

Tanto en las alegaciones de los legitimados activos, como en los jueces se aborda la cuestión de la subordinación, el daño grave y la indefensión. Solo este último término es llenado de alguna forma de contenido al señalar que la indefensión se produce cuando no se atiende al debido proceso y al derecho a la defensa.

La presunción de inocencia ha sido vulnerada, pues sin un proceso judicial previo, se decidió expulsar a la legitimada activa, mediante un procedimiento administrativo, lleno de inconsistencias en el que se asume la condición de juez, se procesa y sanciona y así se la expulsa del instituto de educación, violando el derecho a la EDUCACIÓN, derecho humano fundamental irrenunciable de las personas.

En cuanto a la subordinación solo señala que la estudiante se encuentra en ese estado, pero no le da contenido, resulta interesante que se discutan las causales que fueron alegadas por la actora, aunque no se les llene de contenido por lo menos se hace referencia a ellas indicando que la actora sufre de discriminación, subordinación e indefensión.

7.4.12. Proceso 17230-2015-21166. Directores de Colegio de Abogados no fueron convocados para conformar Tribunal Electoral

Algunos directores del Colegio de Abogados de Pichincha fueron separados y reemplazados por otros, indican que se acercan las elecciones y están preocupados porque el Colegio no les llamó para que integren el Tribunal Electoral, siendo que es el que tiene que vigilar la conformación del Padrón, dicho padrón tiene el riesgo de ser alterado incluyendo a personas que no tienen los requisitos para votar, integrados a partir de la homologación del título de abogados extranjeros.

Tanto los legitimados activos, como los jueces hacen referencia a la discriminación, sin embargo, no la dotan de contenido, simplemente señalan que los directores del Colegio de Abogados al ser separados sufrieron discriminación y se afectó sus derechos de participaron.

Ésto permite contextualizar la situación de los accionantes en el presente caso, ya que, al ser discriminados, separados ilegalmente del Directorio se violaron sus principios de la igualdad de derechos y del respeto de su dignidad humana, sus derechos a elegir y ser elegidos, ya que se coartó su participación en el servicio a sus electores con quienes tienen el deber moral, social y democrático de responder por la gestión que les fuera encomendada, así como su derecho a ser informados de temas puntuales necesarios para demostrar su aptitud a nuevas candidaturas, inobservando así el enunciado de la Declaración Universal de Derechos Humanos que reafirma el principio de no discriminación y proclama de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa declaración, sin distinción alguna.

Tanto en primera como en segunda instancia se aceptan las alegaciones de los legitimados activos y se manda a reintegrar los derechos de los demandantes para participar como directores en la organización y realización de las votaciones.

Conclusiones

Para desarrollar las conclusiones debemos partir de la hipótesis que guio todo nuestro trabajo, a saber: en Ecuador, la eficacia de derechos fundamentales entre privados, por medio de la acción de protección, se ha visto enervada por parte de los jueces constitucionales, debido a la ausencia de parámetros interpretativos significantes de las causales de justiciabilidad: discriminación, indefensión y subordinación, que posibilitan el ejercicio de la garantía constitucional y por problemas de diseño de la propia norma legal.

Con el fin de abordar este tema se recurrió a las propuestas doctrinarias en torno a la teoría de los derechos fundamentales y el desarrollo del constitucionalismo como explicamos en los capítulos uno y dos. Con esos elementos se pudo establecer que la influencia de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares está aceptada de forma mayoritaria en la doctrina contemporánea y, consecuentemente, en la dogmática jurídica. Esta tesis, la de irradiación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas se ha afianzado en el reconocimiento de que los particulares también son capaces de ostentar poder en la sociedad. En esta medida, si los derechos fundamentales han sido construidos, clásicamente, como un freno para el poder del Estado, también estos pueden constituirse en un freno para el poder que detentan los particulares.

Doctrinariamente hablando, la “irradiación de los derechos fundamentales” identifica tres niveles en los que se da cuenta de su recepción en la realidad: el efecto directo, el efecto indirecto y el deber de protección. En la práctica, como suele suceder, los sistemas jurídicos tienen rasgos mixtos por lo que Robert Alexy plantea una complementariedad entre estos tres niveles: 1. el de los deberes del Estado, 2. el de los derechos frente al Estado y 3. el de las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado. Postura que hemos tomado como modelo conceptual de esta tesis.

Más allá de la alta capacidad heurística que tiene el modelo alexiano, nos parece que es necesario considerar las tensiones que la aplicación real ofrece a esta construcción teórica, pues se asienta sobre el papel del juez y, de alguna manera, también sobre el rol del legislador, operadores que en el tipo de Alexy aparecen con una función netamente “técnica”, como sí la valoración de los derechos dependiera de un catálogo tasado,

objetivo, al alcance de ellos, sin considerar que tanto juez como legislador, en palabras de Duncan Kennedy, son también actores estratégicos, vale decir políticos. Este hecho se revela de manera contundente en los análisis empíricos de esta tesis.

A partir de este marco teórico, y luego de la revisión normativa podemos derivar una primera conclusión, Ecuador ha evidenciado en las últimas décadas, pero, sobre todo, a partir de la adopción de la Constitución de 2008, la constitucionalización de su ordenamiento jurídico. Conforme pudimos evidenciar en el segundo capítulo, la transformación de nuestro ordenamiento jurídico derivó de la fuerza normativa de la Constitución, lo que implica el poder de esta para condicionar las leyes, la jurisprudencia, la doctrina, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales. En esta medida, nuestra norma fundamental está dotada de: 1. rigidez constitucional; 2. garantía jurisdiccional de la Constitución; 3. fuerza vinculante de la Constitución; 4. sobre interpretación de la Constitución; 5. interpretación conforme de las leyes; 6. aplicación directa de la Constitución a cargo de los jueces ordinarios; 7. influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas y, 8. la centralidad de los derechos fundamentales, como razón y fin del Estado de derecho. Es decir, con la Constitución de 2008 se establecieron las condiciones necesarias, desde el punto de vista del diseño, para hacer posible los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Ahora bien, conforme hemos podido evidenciar en el presente trabajo, en Ecuador el sistema constitucional implementado, a través de la Constitución de 2008, admite con amplitud la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Desde este contexto, la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), ha creado un conjunto de garantías jurisdiccionales, cuyo objetivo es la protección de derechos constitucionales, incluida la posibilidad de exigirlos frente a los particulares.

En ese sentido, nuestra segunda conclusión es que la arquitectura de las acciones jurisdiccionales creadas por la Constitución del 2008 y desarrolladas en la LOGJCC, constituye el espacio en el que, los efectos de la irradiación de los derechos fundamentales, en las relaciones entre particulares, puede desarrollarse jurídicamente. Esto es particularmente evidente en la acción de protección, en la que directamente la Constitución y la Ley establecen causales de viabilidad de las acciones de protección frente a violaciones de derechos fundamentales por parte de particulares.

Observamos entonces que la acción de protección se ha constituido en un mecanismo para procesar conflictos derivados de las relaciones entre particulares. En esta

garantía constitucional podemos afirmar se han establecido, por el constituyente, la posibilidad para que los tres niveles de efectos de los derechos fundamentales entre terceros estudiados desplieguen su eficacia: i) efecto directo, ii) efecto indirecto y iii) el deber de protección.

En este sentido, se han previsto, en el artículo 88 de la Constitución, las causas de procedencia de la acción de protección entre particulares, asumiendo explícitamente que no siempre es factible que se pueda usar la garantía constitucional de la acción de protección, pues los particulares no están obligados a observar todos los derechos constitucionales como sí lo está el Estado, esto en razón de que la mayoría de ellos están pensando en una forma clásica de ejercicio del poder, que hace equivaler, poder social con poder político. Por ello, constitucionalmente en 1998, se estableció que solo es posible reclamar por la violación de un derecho constitucional cuando un particular presta servicios públicos impropios o actúa por delegación o concesión, bajo el entendido de que el Estado autorizó la prestación de servicios o ha delegado o concesionado los mismos. Esa misma Constitución también incluye la posibilidad de iniciar acción de amparo cuando se hubiere violado un derecho colectivo o difuso.

En la actual constitución se establecieron, además como causales de procedencia de la acción de protección: el daño grave, el estado de subordinación, indefensión y discriminación, conceptos jurídicos indeterminados que deben ser dotados de contenido, siendo a la vez, circunstancias en las que se debe tomar en cuenta el contexto fáctico del caso. Estas causales son las que más propiamente involucran relaciones entre particulares, ya que, en las otras, de alguna manera, está la presencia del Estado.

Se ha depositado, por parte del constituyente, la confianza necesaria para que el juez constitucional, que conoce de acciones de protección, mediante el análisis del caso concreto, verifique si una acción u omisión en una relación de poder afecta un derecho constitucional de la parte débil de dicha relación. En este sentido, la interpretación de los hechos que conlleva un análisis de las circunstancias que envuelven el caso, deberán ser contrastadas con la definición que se confiera a cada concepto jurídico indeterminado mencionado.

Es necesario señalar que en el diseño ecuatoriano, el constituyente depositó en el juez constitucional, que conoce la acción de protección (jueces de primera y segunda instancias) y la Corte Constitucional que conoce acciones extraordinarias de protección y revisión, una gran responsabilidad, pues al no constar en la ley los contenidos de estos conceptos, le corresponde al juez su determinación, pero, al mismo tiempo es él quien

debe establecer el grado de intensidad con la que deberá intervenir en su rol de garante de los derechos constitucionales, para proteger a los mismos en las relaciones entre particulares. Esta doble labor nos parece, en la práctica, posible solamente si la jurisprudencia del más alto tribunal o corte de un país establece los parámetros básicos para dotar de contenido al concepto indeterminado, pues solo así será posible que el juez, al resolver la acción de protección, establezca, con cierto grado de prudencia, su nivel de intervención. Dejar todo: la dotación de contenido de los conceptos indeterminados y la especificación de su grado de intervención para la protección de los derechos, en el juez de primer nivel resulta imposible, ya que él resuelve casuísticamente, caso a caso, con los hechos que le corresponden solo a ese, y para decidir el grado de intervención debería contar con referentes máximos o mínimos que no pueden ser extraídos del mismo caso.

En ese orden de ideas, lo más lógico es que si la ley no ha puesto esos límites (contenidos), lo haga la jurisprudencia de la Corte Constitucional o Tribunal Constitucional, así lo ha hecho Colombia y también Alemania, cuyos fallos del Tribunal Federal sirvieron de base para la construcción teórica de Alexy. La Corte Constitucional ecuatoriana, en el período analizado: 2008-2017, no ha realizado este trabajo, por lo que los jueces de primer y segundo nivel no han logrado ni uno, ni otro cometido. Es decir, no han llenado de sentido los conceptos indeterminados: daño grave, indefensión, subordinación y discriminación y menos han logrado establecer su grado de intervención para su defensa y han preferido negar las acciones de protección o evitar su resolución por cualquier medio, revictimizando a las personas o vaciando la potencialidad de estas categorías.

Antes de entrar a analizar las conclusiones respecto a la incidencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las acciones de protección frente a terceros, debe entenderse cuál es el diseño jurídico sustantivo y adjetivo de la acción de protección y de la acción extraordinaria de protección. En ese sentido, la tercera conclusión tiene que ver con el hecho de que nuestro sistema adolece de fallas en el diseño tanto en la acción de protección como en las acciones extraordinarias de protección.

Nuestra Constitución estableció el funcionamiento de jueces ordinarios y de jueces que conocen garantías constitucionales, y por efecto de considerar a la Constitución como norma jurídica y suprema en la cúspide de la jerarquía normativa, ambos jueces, cuando ejercen sus competencias de administración de justicia están sujetos y deben observar la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley, conforme lo dispone el artículo 172 de la misma Constitución.

Esta norma constitucional que obliga a jueces que conocen de acciones ordinarias y de garantías constitucionales está en relación con lo previsto por los artículos 417, 424, 425, 426 y 428 de la Constitución, que exige también a ambos juzgadores observar la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Por esta razón, podemos afirmar que, en el ámbito de sus competencias, ambos son jueces constitucionales y no solo los que conocen de garantías constitucionales como generalmente se considera. Esta evolución hacia la constitucionalización del derecho ordinario tuvo su máxima expresión en la propia Constitución de 2008, pero una vez que se plasmó en la ley, presentó una serie de incongruencias y dificultades como veremos a continuación.

En los artículos 40 y 41 de la LOGJCC para el caso de esta garantía constitucional, se definieron tres requisitos generales de procedencia que generan problemas al momento de su aplicación:

1. Violación de un derecho constitucional, que ha sido interpretado como que circunscribe los derechos constitucionales solamente a los previstos en la carta magna y en los tratados internacionales de derechos humanos, mas no en la ley. Esto hace una división o corte entre derecho constitucional y derecho legal, con lo que tácitamente no se acepta que la ley es la continuación del derecho constitucional. Esta premisa, como veremos a continuación, chocará con lo previsto en el tercer requisito.

2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular, al respecto se ha señalado:

i) Presten servicios públicos impropios o de interés público, aumentando respecto de lo previsto en la Constitución, el interés público, concepto que puede significar ampliar el concepto inicial.

ii) Presten servicios públicos por delegación o concesión. Respecto de este requisito para legitimación pasiva, se verifica que el legislador aclara que solo procederá contra un particular que preste servicios públicos conocidos por la doctrina como propios. Así, por ejemplo, si existe una delegación o concesión estatal a un particular para que realice una labor diferente a la prestación de un servicio público, esta no procedería.

iii) Provoquen daño grave, la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión, respecto de cualquier poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier tipo, lo que implica tener que considerar la situación de igualdad en la que se encuentran las partes intervinientes en la relación privada y los mecanismos que el sistema ordinario brinda para poder ejercer la defensa ante un ataque que

menoscabe o anule los derechos fundamentales de una persona. Análisis que necesariamente pasa por el estudio empírico del funcionamiento del “recurso”, como señalaba Christian Courtis.

3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. Este requisito tiene que ver con el primero, como mencionamos. Si el juez revisa la existencia del primero, significa que dio por sentado o aceptado el requisito de que no existe otro mecanismo judicial adecuado y eficaz, pues de no ser así, supondría que existe una división de la competencia, ya que si analiza el fondo y luego estudia si cabe otra vía, ya se habría pronunciado sobre el asunto principal, con unos determinados hechos y luego manda a que se sustancie ante la justicia ordinaria con los mismos hechos.

Entonces, bajo esta lógica, podemos afirmar que previo a determinar si existe o no violación a un derecho constitucional, requisito número uno, debe analizarse si existe otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz en el sistema ordinario para proteger el derecho que se alega violado. Solo si se trabaja en ese orden, la acción de protección dejaría de ser una vía paralela o alterna a la prevista en la jurisdicción ordinaria para tratar determinado tema y se convertiría en una vía subsidiaria, ya que el legislador establece que solo a falta de la eficacia o inexistencia en la vía ordinaria de un mecanismo procesal para tratar el asunto en conflicto, se podrá activar la acción de protección. Algunos sectores de la doctrina le han llamado a este fenómeno subsidiaridad, otros residualidad, aunque abordamos el tema, no ha sido de manera exhaustiva, por no corresponder al objeto de estudio de esta tesis.

Por otro lado, el diseño mismo de la acción extraordinaria asume el efecto indirecto, ya que está pensada para corregir la actuación de los jueces en las sentencias, considerando que ellos son los llamados a actuar como controladores del respecto de los derechos constitucionales.

En estos términos la pregunta que surge es ¿La Corte Constitucional puede y debe entrar a estudiar las cuestiones de fondo en acciones extraordinarias de protección derivadas de acciones de protección en contra de particulares?

De hecho se ha dicho que no hace falta plantearse la resolución de esta aparente paradoja porque existe un mecanismo llamado revisión con el que la corte puede escoger y resolver sobre la cuestión de fondo en garantías constitucionales, incluyendo desde luego acciones de protección contra particulares. Sin embargo, esta respuesta, nos parece no aborda el tema central. La cuestión es que por un lado la normativa establece la

posibilidad de que las resoluciones de jueces sean sometidas a la acción extraordinaria de protección, lo que incluye las sentencias y autos definitivos de las acciones de protección; sin embargo, la corte constitucional en las acciones extraordinarias de protección no puede examinar la cuestión de fondo, que para el caso de las acciones de protección contra particulares son la existencia o no de las causales de justiciabilidad. Como la respuesta de la corte ha sido no entrar a analizar ese punto, las causales de justiciabilidad, que son términos indeterminados no han sido llenados de contenido lo que repercute en las instancias inferiores, pues si la corte no ha dicho nada al respecto como lo va a decir un juez de instancia.

La corte, de manera incompleta consideramos, ha entendido el efecto indirecto básicamente integrando dos elementos: a) no se analizan los hechos, b) se estudia la sentencia a través de la actuación del juez, quien debe atender a los deberes de: motivación, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y tratamiento igual. Este abordaje, como lo han demostrado los datos empíricos, asegura que hay poca eficacia en las acciones de protección frente a particulares, pues resulta imposible llenar de contenido a las causales de justiciabilidad. Sin embargo, se podría superar este problema si el análisis de la actuación del juez se extendiera a estudiar la adecuada interpretación de las causales, incluyendo este elemento de análisis a los dos ya utilizados, como parte de la motivación.

Se podría decir que eso convertiría a la corte en una cuarta instancia, pues entraría a analizar el asunto de fondo, aunque la línea entre lo uno y lo otro es difícil de demarcar, el asunto puede seguir manteniéndose en el ámbito jurídico, sin entrar a analizar los hechos, sino atendiendo al contenido que el juez de instancia da a los términos indeterminados como: discriminación, subordinación, indefensión y daño grave.

La otra alternativa es reconocer definitivamente el efecto directo, ya integrado en la Constitución y la Ley, pero debido a la contradicción con la naturaleza de la acción extraordinaria, supone que la corte constitucional cree un supuesto de excepcionalidad de dicha naturaleza o explique debidamente porque en estos casos se podría revisar el fondo y en los demás no.

Los datos analizados en el segundo y tercer capítulos nos permiten construir en este punto, nuestra cuarta conclusión. La Corte Constitucional, en el período analizado, a través de dos mecanismos: jurisprudencia sobre procedencia de acción de protección y jurisprudencia en acciones extraordinarias de protección sobre acciones de protección frente a terceros, construyó limitaciones a la efectividad de la acción de protección frente a terceros como mecanismo de efecto directo de los derechos fundamentales.

Nociones como: la diferencia entre la constitucionalidad y legalidad de un asunto; la imposibilidad de discutir la aplicación de una norma en la acción de protección; la imposibilidad de discutir la constitucionalidad de derechos patrimoniales; el reenvío como forma de reparación en las acciones extraordinarias; la existencia de una vía ordinaria hace suponer que no es asunto constitucional; creadas, mediante jurisprudencia de la Corte Constitucional del período analizado, volvieron insignificante la acción de protección frente a terceros. Las sentencias analizadas cualitativamente dan muestra de esto, en la mayoría de los casos de rechazo de acción de protección frente a particulares es una de estas la razón esgrimida sin falta.

La Corte Constitucional del período analizado restringe su actuar en las acciones extraordinarias derivadas de acciones de protección contra particulares, al análisis de la actuación del juez, en clara asunción del efecto indirecto de los derechos fundamentales entre particulares, lo cual como explicamos en la parte correspondiente, va en contravía de lo que la propia Constitución y Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional mandan, que reconocen expresamente el efecto directo, cuando establecen la procedencia de la acción de protección en contra de particulares con específicas causales de justiciabilidad.

Este problema se agudiza si tomamos en cuenta que una de las ficciones más sostenidas de la Corte: a saber la diferenciación entre constitucionalidad y mera legalidad ha permeado profundamente en las decisiones de jueces de instancia, con lo que las acciones de protección, en general, no prosperan acudiendo al argumento de la mera legalidad.

En este punto podemos señalar que la Corte Constitucional del Ecuador, en el período analizado y los jueces constitucionales en general, al tratar la constitucionalización del derecho privado, a través de la acción de protección, sus sentencias y jurisprudencia, dividieron en dos el mundo de los derechos: los derechos constitucionales y los derechos legales, que no se complementarían sino que se contrapondrían. La Corte Constitucional determinó que, si existe en la justicia ordinaria una vía para procesar el problema planteado, significa que no existe la violación de un derecho constitucional, sino de un derecho legal, como si fueran cuestiones diferentes.

Pero determinó que los jueces no pueden abstraerse de su deber de verificar si existe o no violación de derechos constitucionales y de expresar en su decisión de forma clara, con lo que se han podido observar sentencias de la jurisdicción constitucional que determinan que no hay violación de derechos constitucionales y que, por tanto, los hechos

pueden ser tratados en la jurisdicción ordinaria. Con esta posición asumida, se distorsiona la posibilidad de que, a través del efecto indirecto de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares, exista la posibilidad de interpretar las leyes conforme con la Constitución.

Pero ¿acaso esto significa que no hay violación de derechos constitucionales, pero sí podría haber violación de derechos legales? Esta lógica nos lleva a la conclusión tácita de que la justicia ordinaria no protege derechos constitucionales, porque no podría pronunciarse sobre la violación de estos, debido a que ya lo hizo la jurisdicción constitucional y viceversa, que la jurisdicción constitucional no podría pronunciarse sobre la violación de derechos legales, porque para ello se encuentra la justicia ordinaria, lo cual resulta un contrasentido.

Con ello, cuando una persona acude a demandar una acción de protección y que se la niegan porque no se ha violado un derecho constitucional, ya que existe una vía adecuada y eficaz en la justicia ordinaria para proteger el derecho violado, cuando acude a la justicia ordinaria prácticamente lo hace en desventaja. Esto se da porque se produce una suerte de cosa juzgada, puesto que ya se habría determinado que no hay violación de derechos constitucionales y los jueces ordinarios también deben proteger derechos constitucionales. Además, el tercer requisito de procedencia señala que no existe otro mecanismo judicial para proteger el derecho violado, sin distinguir si es derecho constitucional o legal, y no lo hace porque los hechos que se presentan en una acción de protección o en un proceso de la jurisdicción ordinaria son los mismos, no se pueden dividir; esto es, no se puede decir que presentó unos hechos que son constitucionales y otros hechos que son legales.

En la práctica constitucional, estas cuestiones evidencian la no complementariedad, sino la separación de la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria que, como hemos señalado, debe ceder su competencia a la justicia constitucional cuando no es adecuada y eficaz y esta así lo decide, conforme lo determina el numeral 3 del artículo 40 de la LOGJCC. Indudablemente, lo señalado lesiona el Estado constitucional, que tiene como motor de funcionamiento a la Constitución y los derechos contenidos y garantizados en ésta, pues en la práctica es una de las razones principales que ha causado es la ineficacia de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares.

Revisados los datos empíricos recabados del análisis de las sentencias de acciones extraordinarias de protección del período 2008-2017 y de las acciones de protección de

las cortes provinciales se encuentra, y esa es nuestra quinta conclusión, que el aporte de la Corte Constitucional en la creación de parámetros de contenido de las causales de admisibilidad de la acción de protección frente a terceros: discriminación, subordinación, indefensión y daño grave es inexistente y eso influye en la falta de pronunciamiento de los jueces de instancia en este aspecto. Si bien se podría afirmar que la causal de discriminación si ha sido abordada hay que aclarar que los famosos "test de igualdad" que ha diseñado la Corte Constitucional lo han sido en otro período diferente al estudiado y en otras acciones no dirigidas contra particulares.

De las 13 sentencias (universo de estudio) solo dos hacen referencia a tales causales y de ellas solo una intenta llenar de contenido el término indefensión, pero lo reduce a la capacidad de participación en el proceso. Se podría argumentar que esto se da porque las acciones extraordinarias de protección no ofrecen la posibilidad de que el juez de la corte constitucional entre a revisar el fondo del asunto, sino solamente la actuación del juez. Si bien esto es así, como ya hemos dicho, los jueces de la Corte Constitucional podían analizar las causales a través del concepto de motivación, muy usado por esta institución para las acciones extraordinarias. Vía la motivación el juez constitucional habría podido estudiar si el juez de instancia le dio el contenido adecuado al término.

Pudimos observar que los demandantes fundamentaron su pretensión la mayoría de las veces en la causal de *daño grave* a un derecho constitucional de un particular, pero no se ha determinado parámetros para determinar cuándo se presenta este, pues solamente se ha dejado sentado que no existe dicho daño debido a la no afectación del núcleo duro del derecho y se ha procedido a rechazar la competencia para que la jurisdicción ordinaria se pronuncie sobre el fondo del problema planteado. La mayoría de rechazos de las demandas de acción de protección se produjeron por: i) mera legalidad; ii) infraconstitucionalidad; iii) competencia de la justicia ordinaria mediante sus vías procedimentales o en los tribunales de mediación y arbitraje; iv) constituir una disputa de índole contractual; v) estar en disputa derechos patrimoniales; vi) inexistencia de daño inminente; vii) que no se ha demostrado que se hayan agotados las acciones administrativas o judiciales previo a acudir a la garantía constitucional; viii) que no se ha demostrado, por parte de los accionantes, que las vías ordinarias existentes para tratar el problema jurídico sean ineficaces para dar una respuesta adecuada; ix) equivocarse la vía jurisdiccional debido a que la pretensión tácita es que no se aplique una norma y que para ello existe la acción de inconstitucionalidad o la acción objetiva para casos de ilegalidad ante los tribunales contencioso administrativos

En cuanto a las sentencias de segunda instancia estudiadas cualitativamente, los resultados son un poco menos que deficientes, hay poca referencia tanto en los accionantes, como en los jueces a las causales de admisibilidad, lo cual resulta alarmante, pues es su presencia la que permite el acceso a la acción de protección, pero además de las pocas sentencias que abordan el tema, no llenan de contenido los términos, sino que solo los refieren, es decir recurren a razonamientos tautológicos. En el único caso en que se intenta dotar de algún contenido es en el de indefensión que, al igual que la Corte Constitucional, indica que se refiere a la posibilidad de defenderse en el proceso. Comparada con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre el tema es reduccionista.

También resulta preocupante que en las razones de rechazo se acuda constantemente a los precedentes creados por la Corte Constitucional como diferencia entre legalidad y constitucionalidad, imposibilidad de proteger constitucionalmente los derechos patrimoniales, imposibilidad de utilizar la acción de protección para cuestionar la aplicación de una norma, por ejemplo. La presencia de la jurisprudencia conceptual de la Corte no es menor pero no existe ejercicio de analogía, solo se utiliza como simple referencia.

Para las causales de daño grave, indefensión, subordinación o discriminación que hemos venido investigando en la presente tesis se muestran repercusiones particulares, pues sí se divide la competencia y se entra a analizar primero el fondo, antes de determinar si la vía es la adecuada y eficaz, encontramos que si el juez se pronuncia porque no hay ninguna de estas causales, se imposibilitaría ir incluso a la vía ordinaria, pues ya se habría pronunciado sobre la igualdad entre particulares, por ello, el caso se remite a la jurisdicción ordinaria, con lo que la discusión en la vía ordinaria ya no haría referencia alguna a la indefensión, subordinación o discriminación. Se trataría pues de una relación entre particulares iguales.

Como sexta conclusión podríamos afirmar que la acción de protección frente a terceros significa apenas una pequeña parte del total de acciones de protección presentadas en Guayas por el 7 % y en Pichincha por el 9 %. Esto puede deberse a la falta de información o a los escasos resultados que ofrece. El segundo dato, muy significativo, es el que hace relación a la frecuencia de la aceptación de las acciones de protección frente a terceros, considerando los fallos favorables de segunda instancia respecto del total de las acciones presentadas durante el tiempo de estudio, tenemos que apenas el 15 % fueron aceptadas en Guayas y el 17,5 % en Pichincha. Es decir, menos de 2 de cada 10 casos de

acciones de protección frente a terceros son aceptadas y, sí a esto agregamos que no se discuten, ni llenan de contenido las causales de admisibilidad el panorama muestra que es el azar, o la influencia, son las que determina si una de estas acciones se gane o pierda.

Los legitimados pasivos y activos son toda naturaleza y la variedad es amplia lo que puede significar, desde una perspectiva pesimista, que hay violaciones a los derechos fundamentales en prácticamente todas las relaciones sociales. Sea cual fuere la lectura que se haga el hecho grave es que no se obtenga respuesta del sistema judicial constitucional.

En cuanto a los derechos alegados es importantísimo señalar que tanto en Guayas (40 %) como en Pichincha (18 %) el primer lugar lo ocupa la propiedad, claro que hay que señalar que el porcentaje de Guayas duplica al de Pichincha. Pero sí a ese dato le sumamos los derechos laborales y de inquilinato alcanzan un 58 % en Guayas y 36 % en Pichincha. Estos derechos han sido denominados por la justicia constitucional como “patrimoniales” y se ha negado sistemáticamente su calidad de fundamentales.

Otro dato sumamente relevante es el uso de jurisprudencia de la Corte Constitucional. De los datos recogidos podríamos sostener que hay un altísimo porcentaje de casos en los que se usa jurisprudencia de la Corte, un 79% en Guayas y un 71,42% en Pichincha, a esto hay que sumar que la jurisprudencia no es utilizada sino solo de manera indicativa.

Por último, como conclusión final podríamos indicar: que se pudo establecer el cumplimiento de la hipótesis planteada, con respecto de que, en efecto, no se habían logrado construir jurisdiccionalmente parámetros que ayudaran a identificar cómo y con qué intensidad despliegan sus efectos los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. De ello se puede observar, en el capítulo tres, que luego de la revisión de casos de acción extraordinaria de protección, que la Corte Constitucional resolvió sobre acciones de protección entre particulares —cuando se impugnaron las sentencias de segunda instancia, nuestro máximo organismo de interpretación constitucional— rehuyó establecer parámetros interpretativos para dar contenido a las causales de justiciabilidad previstas para este tipo de relaciones.

El estudio empírico realizado en este trabajo reveló cuestiones muy interesantes que pueden servir para mejorar el modelo analítico y teórico con el que generalmente los estudiosos del derecho constitucional nos acercamos a esta realidad.

Así también se ha podido evidenciar que la Corte Constitucional, en la mayoría de los casos, entró a revisar la actuación de los jueces de segunda instancia y determinar

si estas se encontraban motivadas. Si se determinaba falta de motivación, utilizó la técnica del reenvío como reparación, es decir, dejó sin efecto las decisiones de segunda instancia y dispuso que nuevamente se confeccionara una nueva sentencia. No obstante, podemos decir que en un caso la Corte no actuó de esta forma y dejó sin efecto las decisiones de primera y segunda instancia, además, dispuso de una medida de reparación directa para el caso concreto, siendo este evento una decisión que cambió momentáneamente la línea jurisprudencial que venía implementando al respecto, pero que no la continuó y más bien volvió a utilizar el reenvío, rompiendo así el principio de igualdad y no discriminación.

La Corte Constitucional rehuyó su papel de alta magistratura constitucional, al no entrar a determinar los conceptos jurídicos indeterminados y las causales de procedencia de la acción de protección contra particulares, pues mediante su jurisprudencia solamente cumplió un papel de “portero”, ya que con sus decisiones definía que fallo de segunda instancia quedaba en firme y cuales tenían que volverse a confeccionar. Esto tiene repercusiones de capital importancia para el conjunto de las instituciones de un Estado de derecho, pues en la práctica, a pesar del considerable avance en competencias de la Corte Constitucional —que a partir de la Constitución de 2008 cuenta con jurisdicción constitucional, es decir, con capacidad para resolver conflictos directamente mediante sentencias—, en la mayoría de los casos lo que hace es volver el expediente a la justicia ordinaria para que sea ella quien resuelva. Es decir, autolimita sus competencias hasta convertirse nuevamente en una Corte que solo emite resoluciones o recomendaciones, sin capacidad real de jurisdicción o para resolver conflictos.

Decíamos que este comportamiento de la Corte Constitucional tiene incidencia en la calidad del Estado de derecho, pues lejos de constituir un mecanismo de contrapeso y límite al poder con base en los derechos fundamentales, puede ser nada más que un ente burocrático que reenvía los casos a la jurisdicción ordinaria con alguna recomendación.

Desde nuestra perspectiva, la Corte Constitucional instauró solamente un efecto indirecto de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares, más cuando debido a la división de derechos legales y constitucionales, no garantizó la existencia de un mecanismo sencillo, rápido y eficaz para reclamar la violación de derechos fundamentales previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Más bien evitó que se produzca la discusión respecto de las causales de justiciabilidad, debido a que se declaró incompetente al remitir la mayoría de los casos para que sean solucionados por la justicia ordinaria, donde no existen dichas causales de justiciabilidad, que si contiene la acción de protección. Tampoco la jurisprudencia de la Corte ha logrado

aclarar qué se entenderá por mecanismos adecuados y eficaces en la jurisdicción ordinaria.

Si la máxima instancia de interpretación constitucional, como lo es la Corte Constitucional, había adoptado como política pública judicial evitar esta discusión, esto se reflejó en las decisiones de los jueces de primer y segundo nivel que resolvieron las acciones de protección, quienes no han identificado en sus sentencias el efecto directo, indirecto o el deber de protección de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares. Debido a este fenómeno, las decisiones de las cortes provinciales adquirieron mucha fuerza, pues, como hemos visto es muy difícil que la Corte Constitucional revisara las mismas.

En consecuencia, podemos afirmar que la acción de protección posee un diseño normativo bastante aceptable, pero que requiere de la jurisprudencia para poder desplegar sus efectos como mecanismo de protección de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares. Asimismo, podemos señalar que la jurisprudencia no ha cumplido con el rol que al respecto le ha asignado la propia Constitución de la República, cuando se ordena al Estado que constituye su deber hacer respetar los derechos, por lo que podemos afirmar que en Ecuador existe un modelo de eficacia de los derechos constitucionales entre particulares incompleto, ya que la Corte Constitucional ha rehuido la producción de jurisprudencia que delimite y señale las directrices para determinar la intensidad con la que el juez constitucional debe intervenir en las relaciones entre particulares, así como dotar de las herramientas técnicas necesarias para dar solución a la colisión de derechos, que se presenta entre ambos sujetos poseedores de derechos fundamentales.

¿Por qué no se ha logrado eficacia en la acción de protección para tutelar debidamente los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares? La respuesta parece estar en el rol de juez, su fortaleza, su independencia y otros factores como la voluntad política que pueda desplegar el órgano para enfrentarse a poderes privados y restringir, mediante su interpretación, su ámbito de acción. Esta variable no ha sido considerada en ninguno de los diferentes acercamientos al tema, no obstante, en una realidad como la nuestra, en la que todos los derechos son de igual jerarquía, queda en manos del juez la determinación de su contenido y de la intensidad de la intervención.

Bibliografía

- Agudo Zamora, Miguel. “El modelo institucional europeo de justicia constitucional”.
Universidad de Córdova.
<http://www.uco.es/derechoconstitucional/investigacion/documents/modelo-constitucional-europeo-justicia-constitucional-miguel-agudo.pdf>.
- Águila-Real, Jesús. “Autonomía privada y derechos fundamentales”. *Boletín Oficial del Estado*.
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1993-10005700122.
- Alarcón, Pablo. *La ordinarización de la acción de protección*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Alpa, Guido. *Nuevo tratado de responsabilidad civil*. Lima: Juristas editores, 2006.
- Alsina, Hugo. *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t.3. Buenos Aires: Ediar, 1957.
- Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y control del poder: Introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Araúz Aguilar, Jorge Guillermo, Lidia Cardona, Alicia Castro, Gilberto Chacón, Jorge Espina, Eloy Espinosa, Marvin Martínez, Jorge Solís, Alberto Dalla, y Pablo Santoyala. “Reglas mínimas sobre seguridad jurídica en el ámbito iberoamericano”. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Brasilia, del 4 a 6 de marzo de 2008.
http://www.observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/PDF/topicos_interes/TPI_reglas_minimas_seg_juridica.pdf.
- Arendt, Hanna. *Los orígenes del totalitarismo. I*. Madrid: Alianza, 1987.
- Arzo Santisteban, Xabier. “La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares”. *AFDUAM* 21 (2017): 149-74. <http://hdl.handle.net/10486/686463>.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París. 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

- . *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.
- Ávila Linzán, Luis. “El *hábeas corpus* en un Estado constitucional de derechos y justicia”. En *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2, editado por Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, 151-70. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Caracterización de la Constitución 2008: Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”. En *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, editado por Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, 405-28. Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009.
- . “Del amparo a la acción de protección jurisdiccional”. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* V, n.º 27 (2011): 95-125. <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222188006.pdf>.
- . “Del estado social de derecho al estado constitucional de los derechos y justicia: Modelo garantista y democracia sustancial del estado”. En *Jornadas de capacitación en justicia constitucional*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2008.
- . “Las garantías herramientas imprescindibles de la garantía de los derechos”. En *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, coordinado por Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, 89-110. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional, 2011.
- . “Retos de una institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos”. En *Neoconstitucionalismo y sociedad*, editado por Ramiro Ávila, 15-50. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Balbín, Carlos. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- Barrere Unzueta, M. “Problemas del derecho antidiscriminatorio: Subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”. *Universidad de Valencia*. <https://www.uv.es/CEFD/9/barrere3.pdf>.
- Benente, Mauro. *Michael Foucault. Derecho y poder*. Buenos Aires: Didot, 2015.

- Bielsa, Rafael. *Ciencia de la administración*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1955.
- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- _____. *La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1996.
- Bobbio Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993.
- Bonnecase, Julien. *Elementos de derecho civil*. Ciudad de México: Cárdenas, 1985.
- Campos, Mercedes. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente: El caso del agua en México*. Ciudad de México: UNAM, 2000.
- Capelletti, Mauro. “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado”. *Revista de estudios políticos* 13 (1980): 61-104. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/3228>.
- Cárdenas Sierra, Carlos Alberto. *Autonomía privada y autonomía de la voluntad: Elementos para el diálogo entre Tomás de Aquino y Amartya Sen*. Río de Janeiro: Universidad Católica de Petropolis, 2014.
- Carrillo López, Marc. “La aplicación jurisdiccional del recurso de amparo ordinario (la ley 62/78, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona)”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 11 (1992): 83-112. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1051080.pdf>.
- Céspedes, Carlos. *El daño lícito*. Madrid: La Ley, 2016.
- Chomsky, Noam. “¿Cuál es el bien común?”. *El Telégrafo*. 19 de enero de 2014.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>.
- _____. “Informe N.º 27/09, Fondo, caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros”. El Salvador. 20 de marzo de 2009.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos México. “Recomendación General 37. Sobre el derecho y observancia de los derechos humanos en las actividades de las empresas”. Ciudad de México. 19 de mayo de 2019.

https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_037.pdf.

Comité de Derechos Humanos 80.º período de sesiones. “Observación General n.º 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”. 29 de marzo de 2004. <https://bit.ly/3wwPdAE>.

Comité Jurídico Interamericano. “Responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas”. Brasil. 24 de marzo de 2014. http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_449-14_rev1_corr1.pdf.

Conferencia Internacional Americana. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá. 1948. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

Contreras Vásquez, Pablo. *Poder privado y derechos: Eficacia horizontal y ponderación de los derechos fundamentales*. Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2009.

Cordero Heredia, David. “¿Al fin una garantía jurisdiccional que funciona? Análisis de la acción constitucional de protección”. En *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, editado por Luis Ángel Saavedra, 241-76. Quito: INREDH, 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Informe anual 2018”. *Corte IDH*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>.

_____. “Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. 17 de septiembre de 2003. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf.

Cortés Rodas, Francisco. “Los fundamentos normativos de la democracia y el problema de la representación política”. <http://www.saavedrafajardo.org/Archivos/respublica/numeros/25/04.pdf>.

Courtis, Christian. *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2007. <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho42.pdf>.

_____. “El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”. *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional* 5 (2006): 33-65. http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_derecho_a_un_recurso.pdf.

- Couture, Eduardo. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editorial IB de f, 2002.
- Cueva Fernández, Ricardo. “Una constitución republicana inglesa: El *Instrument of Government* de la *Commonwealth* (1653-1657)”. *Derechos y libertades* 26 (2012): 261-296. <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18234/DyL-2012-26-cueva.pdf>.
- Dávila Pérez, Martha. “El derecho a un recurso efectivo. Una aproximación teórica conceptual”. *Revista de derecho UNED* 17 (2015): 225-50. <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/16300/14047>.
- De Cupis, Adriano. *El daño*. Barcelona: Bosh, 1975.
- De Santo, Víctor. *El proceso civil*, t. 2. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.
- De Vega García, Pedro. “La eficacia horizontal del recurso de amparo: El problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*”. *Revista de la Facultad de Derecho* 46 (1992): 357-75. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6187>.
- De Verda Beamonte, José Ramón. “Eficacia privada de los derechos fundamentales y recurso de amparo”. *Rev. boliv. de derecho* 13 (2012): 40-59. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4805101.pdf>.
- Díaz Ricci, Sergio. “Rigidez constitucional: Un concepto toral”. *Jurídicas UNAM*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/26.pdf>.
- Domingo, Tomás de. “El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales: Una aproximación desde la filosofía del derecho”. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 11 (2002): 251-90. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1528>.
- Duplá Ansuastegui, Antonio. “La constitución romana como mecanismo de inclusión y exclusión”. *Estudios Históricos. Historia Antigua*, 26 (2008): 21-38.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995.
- Ecuador Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC). “Resultados”. *INEC*. <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/resultados/>.
- _____. “Resultados del censo 2010 de población y vivienda en el Ecuador: Fascículo provincial Guayas”. *INEC*. <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/wp-content/descargas/Manu-lateral/Resultados-provinciales/guayas.pdf>.
- _____. “Resultados del censo 2010 de población y vivienda en el Ecuador. Fascículo provincial Pichincha”. *INEC*. <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/wp-content/descargas/Manu-lateral/Resultados-provinciales/pichincha.pdf>.

- Estévez, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994.
- Estevill, Pascual. *Derecho de daños*. Barcelona: Bosh, 1995.
- Estrada, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Fernández Segado, Francisco. “El trasfondo Jurídico y político de la Marbury vs Madison decisión”. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* 15 (2011): 139-224. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3764305>.
- . “Inicios del control de constitucionalidad en Iberoamérica: Del control político al control jurisdiccional”. *Revista española de derecho constitucional* 17, n.º 49 (1997): 79-118. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79575>.
- Fernández Sessarego, Carlos. “Apuntes sobre el daño a la persona”. En *La persona humana*, dirigido por Guillermo Borda, 317-53. Buenos Aires: La Ley, 2001.
- . “Daño moral y daño al proyecto de vida”. *Cathedra. Espiritu del derecho* V, n.º 8 (2001): 7-22.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- . *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001.
- . “Igualdad y diferencia”. En *Igualdad y no discriminación: El reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 155-82. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- . “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”. *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho* 29 (2006): 15-31. <https://doxa.ua.es/issue/view/2006-n29>.
- Fioravanti, Maurizio. *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2007.
- . *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trota, 2014.
- . “La Carta Magna en la historia del constitucionalismo”. *Crónica jurídica hispalense* 13 (2015): 105-19. [https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/86113/La %20carta %20magna %20en %20la %20historia %20del %20constitucionalismo.PDF?sequence=1&isAllowed=y](https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/86113/La%20carta%20magna%20en%20la%20historia%20del%20constitucionalismo.PDF?sequence=1&isAllowed=y).
- . *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid: Trotta, 1996.

- Fix-Zamudio, Héctor. “El derecho de amparo en México y en España: Su influencia recíproca”. *Dialnet*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427330.pdf>.
- . *Ensayos sobre el derecho de amparo*. Ciudad de México: Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- Flores Ávalos, Elvia Lucía. “Jurisprudencia de conceptos”. *Archivos UNAM*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/16.pdf>.
- García Añón, José. “Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa”. En *Igualdad y no discriminación: El reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 249-83 Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Giacomette Ferrer, Ana. “Valoración de la prueba por el juez constitucional”. En *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. 2, coordinado por Víctor Bazán. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.
- Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil: Un modelo para países de derecho civil*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- González Dávila, Richard. “La acción de protección frente a particulares”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/687>.
- Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2011.
- . “La acción extraordinaria de protección”. En *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, editado por Claudia Escobar, 655-677. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- . *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011.
- Groethuysen, Bernard. *Filosofía de la Revolución francesa*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. Ciudad de México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- . “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento jurídico italiano”. *Jurídicas UNAM*. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11405/10452>.
- . “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En *Neoconstitucionalismos*. México: Trotta, 2003.

- Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, y Jorge Alguacil González. “La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales: Rasgos generales de su estructura dogmática”. *UNED*. <https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/11aspectos3.pdf>.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2010.
- Hamilton, Alexander, James Madison, y John Jay. *El Federalista*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Heno Pérez, Juan Carlos. *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Highton, Elena. “Sistema concentrado y difuso de control de constitucionalidad”. *Jurídicas* UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/10.pdf>.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2009.
- Holmes, Stephen, y Sunstein Cass. *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- Hunter Ampuero, Iván. “El principio dispositivo y los poderes del juez”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXV (2010): 149-188. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n35/a05.pdf>.
- Ibarlucia, Emilio. *El derecho constitucional a la reparación. Su contenido y alcance*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2013.
- Jiménez Bautista, Flor. “Concesión del transporte público individual”. En *Actualidad de los servicios públicos en México*, coordinado por David Cienfuegos y Luis Rodríguez. Ciudad de México: UNAM, 2009.
- Jiménez Saraza, Rafael. *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. La Rioja: Universidad de la Rioja, 2008.
- Kagi, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*. Madrid: Dykinson, 2005.
- Kelsen, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 15 (2011): 249-300. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40605>.
- . *Teoría pura del derecho*. México: UNAM-IIIJ, 1982.
- . *Teoría general del derecho y del Estado*. Ciudad de México: UNAM, 1995.

- Kymlicka, Will. “Derechos colectivos y derechos individuales”. En *Los derechos colectivos: Hacia su efectiva comprensión y protección*, editado por María Belén Corredores y María Paz Ávila Ordóñez, 3-25 Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- La Rocca, Delia. “La patrimonialización de los derechos en la ciencia jurídica europea”. *Universidad de Catania*.
<https://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/06delialarocca.htm>.
- Locke, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza Editorial, 2014.
- López Hidalgo, Sebastián. “El control de constitucionalidad: La apuesta por una opción judicialista en la Constitución ecuatoriana de 2008”. *Revista IURIS* 2, n.º 16 (2017): 119-35.
<https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/2419/1537>.
- López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2006.
- Machado Martins, Priscila. “El control constitucional de las leyes en Atenas”. *Revista de estudios histórico-jurídicos* 39 (2017): 37-57.
<https://www.redalyc.org/pdf/1738/173852912001.pdf>.
- Mars, Amanda. “El Supremo de EE. UU. respalda al pastelero que no quiso hacer una tarta nupcial para una pareja gay”. *El País*, 5 de junio de 2018.
https://elpais.com/internacional/2018/06/04/actualidad/1528123831_997331.html.
- Medinaceli, Gustavo. “La aplicación directa de las normas constitucionales: Una mirada en los países miembros de la Comunidad Andina”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013.
<https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2749>.
- Mendoza Escalante, Mijail. “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”. *Pensamiento constitucional* 11 (2005): 219-71.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7683/7929>.
- Midón, Marcelo Sebastián. “El derecho a la prueba como contenido esencial de la garantía del proceso justo”. En *Proceso y Constitución*, coordinado por Oswaldo Gozaíni, 417-27 Buenos Aires: Ediar, 2009.
- Mijangos y González, Javier. “La doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Teoría y*

- realidad constitucional* 20 (2007): 583-608.
<https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6772>.
- Monroy Cabra, Marcos. “Concepto de constitución”. En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2005*, t. 1. Montevideo: Konrad Adenauer, 2005.
https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=25b02320-7cbc-3adf-9482-7b2c7ae42aa7&groupId=271408.
- Montaña, Juan. “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”. En *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2, editado por Juan Montaña y Angélica Porras Velasco, 101-28. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011.
- Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.
- Nash Rojas, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Santiago de Chile: Universidad de Chile-Facultad de Derecho / Centro de Derechos Humanos, 2007.
- Nino, Ezequiel. “Efecto de intención:Cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación”. En *Igualdad y no discriminación: El reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 219-47. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*. Lima: OIT, 2009.
- Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José. 7 al 22 de noviembre de 1969.
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- Orrego Sánchez, Cristóbal. “Justicia conmutativa y ética de la acción política”. *Revista Chilena de Derecho* 25, n.º 3 (1998): 617-28.
<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rechilde25&div=41&id=&page=>.
- Ovejero, Félix. *La libertad inhóspita*. Barcelona: Paidós, 2002.
- Oyarte Martínez, Rafael. *La acción de amparo constitucional. Jurisprudencia, dogmática y doctrina*. Quito: Andrade y Asociados fondo editorial, 2006.
- Pérez Royo, Javier. *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1984.
https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/VI._Perez_Royo.pdf.
- Picazo, Luis, y Antonio Gullón. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1988.

- Pisarello, Gerardo. “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿Qué garantías?”. *Debate* 3-10. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174864.pdf>.
- . *Un largo termidor: Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- Porras Velasco, Angélica. “La prueba en los procesos constitucionales”. En *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2, editado por Angélica Porras y Juan Montaña Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trota, 2005.
- Pulido Ortiz, Fabio. “Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista”. *Prolegómenos* 14, n.º 27 (2011): 165-80. <https://doi.org/10.18359/prole.2411>.
- Quintana, Ismael. *La acción de protección*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Quiroga León, Aníbal. “El control ‘difuso’ y control ‘concentrado’ en el derecho procesal constitucional peruano”. *Derecho PUPC* 50 (1996): 203-33. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.006>.
- Ramiro, Pedro, Érika González y Juan Hernández Zubizarreta. “El poder de las empresas transnacionales”. *Diagonal Periódico*, 21 de noviembre de 2013. <https://www.diagonalperiodico.net/global/20825-poder-empresas-transnacionales.html>.
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.
- Rodríguez Gómez Eduardo. “La idea del derecho en la filosofía política de Gustav Radbruch”. *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política* 6 (2007): 29-59. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2390103>.
- Romero Larco, Johanna. “La cuestión de inconstitucionalidad en el Ecuador. El debate frente a la aplicación directa de la Constitución”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5560>.
- . “Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de consittucionalidad”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, editado por Juan Montaña Pinto. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011.

- Saba, Roberto. “(Des)igualdad estructural”. En *Igualdad y no discriminación: El reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 53-93. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Salgado, Hernán. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador / Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2004.
- Salvi, Cesare. “El daño”. En *Estudios sobre la responsabilidad civil*, editado por Leysser León. Lima: Ara Editores, 2001.
- Sánchez, Gonzalo. “Acerca de la justicia en Santo Tomás de Aquino”. *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*. http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1332/rev28_sanchez.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Saraza Jimena, Rafael. *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. La Rioja: Universidad de la Rioja, 2008.
- Satrústegui Gil-Delgado, Miguel. “La Magna Carta: Realidad y mito del constitucionalismo medieval”. *Historia constitucional* 10 (2009): 243-62. <https://www.redalyc.org/pdf/2590/259027582009.pdf>.
- Simon Campaña, Farith. “La noción ‘derechos fundamentales’ en la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (la exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser ‘derecho constitucional’)”. *Revista Iuris Dictio* 13, n.º 10 (2010): 9-31.
- Smith, Rebecca. “Derechos laborales y derechos humanos de los migrantes en estatus irregular en Estados Unidos”. *Huellas mexicanas*. Accedido 19 de febrero de 2018. <http://www.huellasmexicanas.org/alejandra/migracion-y-derechos-humanos/derecholaboralyderechoshumanos.pdf>.
- Sotelo, Ignacio. *El Estado social: Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Trotta, 2010.
- Storini, Claudia, y Marco Navas Alvear. *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.
- Tocqueville, Alexis. *La democracia en América*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2015.
- Trabucco, Federico. *Constituciones de la República del Ecuador*. Quito: Universidad Central del Ecuador, 1975.

- Universidad de Georgetown. “Republic of Ecuador. Constituion of 1996”. *Political Database of the Americas*.
 pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador96.html.
- . “Republic of Ecuador. Constituion of 1998”. *Political Database of the Americas*.
 pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html.
- Valdés, Clemente. “Marbury vs. Madison: Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos”. *Jurídicas UNAM*. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11604/10615>.
- Valle, Alex. *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2012.
- Velásquez Posada, Obdulio. *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis / Universidad de la Sabana, 2009.
- Venegas Álvarez, Sonia. “La Class Action como solución a la demanda de justicia”. *Jurídicas UNAM*.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/46.pdf>.
- Villar Borda, Luis. “El control jurisdiccional de la Constitución”. *Universidad de los Andes*.
<http://webdelprofesor.ula.ve/cjuridicas/alfredozambrano/PDF/0001000.pdf>.
- Yon, Lilian. “La justicia de acuerdo a Santo Tomás de Aquino”. *Ελευθερία* 2, n.º 2 (2005): 1-6. http://eleutheria.ufm.edu/ArticulosPDF/050921_01_LaJusticia.pdf.
- Zaffaroni, Eugenio. *La Pachamama y el humano*. Quito: Abya-Yala, 2011.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2005.
- Zúñiga, Marcela. “Estándares internacionales relativos al plazo razonable desde una perspectiva práctica (implicaciones y casos)”. *Docplayer*.
<https://docplayer.es/34013135-Estandares-internacionales-relativos-al-plazo-razonable-desde-una-perspectiva-practica-implicaciones-y-casos.html>.

Legisgrafía

- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. *Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios*. Registro Oficial 210, 5 de agosto de 2010.
- Ecuador. *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía, Descentralización*. Registro Oficial 303, 19 de octubre de 2010.

Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.

—. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

—. *Constitución Política de la República de Ecuador, 1998*. Decreto Legislativo N.º 000. Registro Oficial, 1 de 11 de agosto de 1998.

Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.

Ecuador Presidencia de la República. *Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público*. Decreto Ejecutivo 813, 12 de julio de 2011 expedido por el presidente de la República.

Francia Asamblea Nacional. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.
26 de agosto de 1789.
http://www.pudh.unam.mx/declaracion_DH_hombre_ciudadano.html.

Casos

Consejo de la Judicatura, SATJE, Corte Provincial de Justicia de Guayas, del Ecuador

Ecuador: Consejo de la Judicatura, SATJE, Corte Provincial de Justicia de Guayas.

Sentencias en juicios: 09284-2015-03696, 09113-2014-0698, 09332-2016-07916.

—. Sentencias en juicios: 09141-2015-0050, 09332-2015-13177, 09965-2015-01617, 09284-2015-05419, 09124-2015-00092.

—. Sentencias en juicios: 09133-2014-1015, 2.- 09124-2015-00041, 3.- 09459-2016-00006, 4.- 09334-2016-00454, 5.- 09209-2016-04060A, 6.- 09266-2016-00414, 7.- 09292-2016-00053, 8.- 09281-2016-06592, 9.- 09201-2017-00511 y 10.- 09332-2016-04526.

—. Sentencias en juicios: 09111-2013-0559, 09122-2012-0586, 09123-2011-1241, 09124-2014-0808, 09286-2014-15143, 09326-2015-0039, 09133-2015-00030, 09332-2016-01337, 09133-2015-00032, 09208-2015-03321, 09133-2015-00048, 09208-2015-04608, 09459-2015-00050, 09201-2015-05220, 09284-2015-05019, 09284-2016-00732, 09332-2016-04526, 09281-2016-05314, 09286-2016-03896, 09281-2016-05661, 09281-2016-05756, 09201-2016-05408.

Consejo de la Judicatura, SATJE. Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de Ecuador

Ecuador Consejo de la Judicatura, SATJE. Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

Sentencias en juicios: 17954-2014-0016, 17231-2017-00002, 17151-2015-0174, 17460-2015-01164, 17460-2015-01164, 17460-2016-01265 y 17230-2015-21166.

——. Sentencias en juicios: 17294-2016-03324, 17955-2015-00231, 17296-2017-00032, 17261-2015-00974 y 17955-2016-0001.

——. Sentencias en juicios: 17159-2014-0023, 17230-2016-02241, 17250-2017-00004, 17160-2016-00017, 17557-2016-00113, 17557-2016-00044, 17322-2015-00344, 17204-2016-02936, 17317-2016-0001, 17230-2016-00624, 17294-2016-01525, 17294-2016-01525, 17576-2014-1737, 17204-2016-02157, 17113-2014-4047, 17154-2016-00005, 17256-2014-1157, 17203-2016-05733, 17230-2016-16415, 17204-2015-07734, 17293-2016-00022, 17250-2017-00002.

——. Sentencias en juicios: 17575-2014-0681, 17986-2016-00974.

——. Sentencias en juicios: 17154-2016-00005, 17404-2015-00938, y 17371-2014-5482.

Corte Constitucional de Colombia

Colombia Corte Constitucional. “Sentencia T-122-17”. 27 de febrero de 2017.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-122-17.htm>.

——. “Sentencia C-134/94”. 17 de marzo de 1994.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-134-94.htm>.

——. “Sentencia T-277/99”. 29 de abril de 1999.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-277-99.htm>.

——. “Sentencia No. T-605-1995”. 12 de diciembre de 1995.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-605-95.htm>

——. “Sentencia No. T-277-2018”. 17 de julio de 2018.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-277-18.htm>

Corte Constitucional del Ecuador

Ecuador Corte Constitucional. *Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición*. Registro Oficial 466. 13 de noviembre de 2008.

- . “Sentencia 001-16-PJO-CC”. 22 de marzo de 2016.
- . “Sentencia 002-14-SCN-CC”. 15 de enero de 2014. Gaceta Constitucional 006 de 14 de febrero de 2014.
- . “Sentencia 0016-13-SEP-CC”. 16 de mayo de 2013.
- . “Sentencia 003-13-SIN-CC”. 4 de abril de 2013.
- . “Sentencia 013-15-SEP-CC”. 21 de enero de 2015.
- . “Sentencia 065-15-SEP-CC”. 8 de abril de 2015.
- . “Sentencia 090-14-SEP-CC”. 28 de mayo de 2014.
- . “Sentencia 102-13-SEP-CC”. 4 de diciembre de 2013. Gaceta Constitucional 005 de 27 de diciembre de 2013.
- . “Sentencia 103-14-SEP-CC”. 9 de julio de 2014.
- . “Sentencia 191-16-PJO-CC”. 15 de junio de 2016.
- . “Sentencia 318-16-SEP-CC”. 18 de octubre de 2016.

Corte Constitucional para el Periodo de Transición del Ecuador

Ecuador Corte Constitucional para el Periodo de Transición. “Sentencia 001-10-PJO-CC”. 22 de diciembre de 2010.

- . “Sentencia 033-10-SCN-CC”. 2 de diciembre de 2010.
- . “Sentencia 009-12-SCN-CC”. 19 de enero de 2012.
- . “Sentencia 039-11-SEP-CC”. 16 de noviembre de 2011. Registro Oficial 743, Suplemento, 11 de julio de 2012.
- . “Sentencia 085-12-SEP-CC”. 29 de marzo de 2012.
- . “Sentencia 003-13-SIN-CC”. Casos 0042-11-IN, 0043-11-IN y 0045-11-IN acumulados.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia 2 de septiembre de 2004.

- . *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo y reparaciones*. Sentencia de 30 de junio de 2009.

- . *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo Reparación. Sentencia 31 de enero 2001.
- . *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997.
- . *Caso de Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001.
- . *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C N.º 68.
- . *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N.º 74.
- . *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988.
- . Opinión Consultiva OC-9/87 solicitada por Uruguay. 6 de octubre de 1987.

Post Scriptum

1. Introducción

El 22 de enero de 2025 defendí la tesis para la obtención del título de doctor en derecho, la que fue intitulada: *La vinculación de los derechos constitucionales en la relación entre privados en el Ecuador. La Acción de Protección y sus presupuestos de justiciabilidad*. Una vez aprobada la disertación, el Tribunal de Grado solicitó al doctorando un *post scriptum* que recoja el análisis de las categorías propuestas en la tesis en las sentencias emitidas con posterioridad al período estudiado, es decir, desde enero de 2018 hasta diciembre de 2024.

El Tribunal fundamentó esta decisión en la hipótesis de que las Cortes Constitucionales posteriores al año 2018 fueron mucho más prolíficas y profundas en este tema y que era importante hacer conocer que las conclusiones del estudio de la tesis se podían haber transformado radicalmente de forma posterior.

Desde esta perspectiva, este *post scriptum* tiene el objetivo de identificar los aportes que se hicieron por la Corte Constitucional, desde 2018 hasta 2024, para dotar de contenido a los conceptos jurídicos indeterminados de las causales de justiciabilidad en las acciones de protección frente a particulares, con el fin de establecer si fueron cuantitativa y cualitativamente diferentes a los hallazgos encontrados en la tesis del período 2008-2017.

Con este fin luego de revisar la página web de la propia Corte Constitucional, se analizaron las sentencias de Acciones Extraordinarias de Protección resueltas por el mencionado organismo en el período indicado, procedentes de Acciones de Protección frente a particulares. Una vez identificadas se realizó una caracterización cuantitativa y posteriormente cualitativa de las mismas.

Los resultados son muy interesantes, pues, aunque a primera vista podríamos sostener que hay más sentencias sobre el asunto, una vez estudiado el contenido, encontramos que salvo una; buena parte de las sentencias reproducen criterios ya establecidos por la Corte en años anteriores, inclusive en el 2017. Por otro lado, sigue siendo un aporte desde la jurisprudencia de conceptos, no hay un esfuerzo, salvo dos casos, en los que podríamos hablar de la generación de verdaderos escenarios constitucionales⁵³³ construidos a partir de los hechos y la norma.

⁵³³ Esta noción la trae Diego López Medina, en su libro *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis: 2021. Y por ella entiende a los patrones fácticos derivados de los hechos que permiten a la Corte Constitucional interpretar y aplicar los principios constitucionales.

2. 2018-2024. Nueva Corte, más sentencias

Recordemos que después de los resultados de la Consulta Popular de 2018, toda la institucionalidad cambió. Como resultado de dicho proceso se cesó a la Corte Constitucional en funciones y se nombró una nueva, la misma generó mucha expectativa, pues su selección se basó en los méritos, sobre todo académicos, de los postulantes, por lo que se llamó la “Corte de Lujo”. Obviamente, por dicho motivo, se esperaba mucho de su papel, se confiaba en que la Corte Constitucional ecuatoriana emulara los resultados de la colombiana de 1993-2001 que tantos aportes ha hecho a la doctrina constitucional latinoamericana.

No pretendemos en este escrito corroborar o rebatir tal idea, sino mostrar, conforme lo ha solicitado el Tribunal de Grado, tener indicios de lo que pasó en estos años con respecto a un tema específico: la dotación de contenido de conceptos jurídicos indeterminados que fundamentan la justiciabilidad de la acción de protección frente a particulares.

Metodológicamente hablando accedimos a las sentencias estudiadas a través del buscador de jurisprudencia de la Corte Constitucional disponible en la página web: <https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal>. Se utilizó como primer criterio de búsqueda:

Tipo de Acción: AEP

Palabras: indefensión, discriminación y subordinación

Fechas: 1-1-2018 hasta 31-12-2024

Materia: Constitucional

De esta primera búsqueda se obtuvieron un total de 266 sentencias. Revisadas las cuales se logró establecer que 70 sentencias provenían de acciones de protección frente a particulares. Una vez estudiadas cada una de ellas se encontró, sin embargo, que en este conjunto de sentencias estaban también aquéllas en contra de autoridades públicas o que habían sido propuestas por el Estado en contra de particulares, considerando estos elementos se depuró la base y se obtuvieron un total de 23 sentencias que abordaban el tema estudiado y estaban dirigidas contra particulares.

Con el propósito de asegurarnos que no se quede por fuera ninguna acción se utilizó un segundo criterio de búsqueda:

Tipo de Acción: AEP

Palabras: contra particulares

Fechas: 1-1-2018 hasta 31-12-2024

Materia: constitucional

En esta segunda búsqueda se encontró 191 sentencias, de las que tres fueron nuevas respecto de lo hallado con el anterior criterio. Es decir, nuestro universo de trabajo final se conformó por 26 sentencias, que fueron estudiadas en su totalidad.

A continuación, se encuentran organizadas en un cuadro resumen las sentencias que fueron analizadas

Cuadro No. 1
Sentencias de la Corte Constitucional estudiadas

| # | No. de sentencia | Decisión | Accionante/Accionado | Asunto | 1era instancia | 2da instancia | Argumentos sobre el asunto | Aporte |
|---|------------------|-------------|--|---|----------------|--------------------|--|------------------------|
| 1 | 2904-22-EP/24 | Acepta AEP | Trabajador/CONECEL | Discriminación en la terminación de la relación laboral por VIH y condición de salud | Acepta AP | Revoca sentencia | <p>No formula ningún problema jurídico sobre las causales de justiciabilidad porque argumenta que el accionante no presenta argumento</p> <p>En el análisis de mérito si bien se analizan los hechos y se concluye que hubo discriminación no se define lo que se entenderá por ella, tampoco se realiza el test.</p> | Análisis de los hechos |
| 2 | 95-18-EP/24 | Acepta AEP | Estudiante/Unidad educativa particular | La Unidad Educativa Particular no acompaña la consolidación de identidad de género (uso de baños, nombre social) | Rechaza AP | Ratifica sentencia | <p>La Corte Constitucional revisa la procedencia de causal de justiciabilidad de servicio impropio y por qué existe subordinación e indefensión.</p> <p>No desarrollan el concepto de discriminación, habla de igualdad material, pero desde la perspectiva legal exclusivamente</p> <p>Hace un análisis de lo trans</p> | con aporte |
| 3 | 705-20-EP/24 | Rechaza AEP | Persona de tercera edad/Sacerdote | La vivienda de una señora fue entregada a una mujer por sugerencia de un sacerdote. Pero esa decisión fue anulada en la decisión 832-20-JP/21 | | | Ya no cabe AEP porque se decidió en la sentencia 832-20-JP/21 | sin aporte |
| 4 | 2539-18-EP/24 | Acepta AEP | Actriz/Teleamazonas | TA usa de manera arbitraria la imagen de Flor Maria Palomeque a pesar de haber | Rechaza AP | Revoca sentencia | La sentencia no toca el tema de las causales de justiciabilidad sino las alegaciones de falta de motivación, debido proceso, seguridad jurídica. | sin aporte |

| | | | | | | | | |
|---|---------------|---------------------|---|--|---|--------------------|---|------------------------|
| | | | | concluido el contrato | | | <p>Sin embargo, el voto concurrente de Alejandra Cárdenas si aborda el tema de subordinación. Admite que en este caso existe, ya que hay "una relación de dependencia en virtud de la cual hay un acatamiento de órdenes proferidas por quienes, en razón de sus calidades, tienen competencias para impartirlas" También se refiere a la indefensión y la define cómo: "ausencia de un medio eficaz e idóneo para repeler los ataques de un tercero contra una esfera del derecho iusfundamentalmente protegido.</p> | |
| 5 | 1921-19-EP/24 | Rechaza AEP | Particular miembro del Fondo /Fondo Complementario Previsional Cerrado ASOPREP FCPC de empresas del sector hidrocarburífero | Piden se devuelvan los aportes entregados a ASOPREP | Rechaza AP | Confirma sentencia | No aborda el tema de ninguna manera se queda en la discusión de las alegaciones en contra de la sentencia de segunda instancia. | sin aporte |
| 6 | 376-17-EP/24 | Acepta AEP | Particular a quien le niegan el acceso al agua/Junta de Agua | Limitación del acceso al agua por cuestiones técnicas por manejo de infraestructura | Acepta parcialmente ordena conectar el agua | Revoca sentencia | <p>Se hace una referencia a la discriminación, sin definirla, tampoco se hace es test.</p> <p>Es importante señalar que lo que se declara es la violación al derecho al agua</p> | referencia |
| 7 | 2846-18-EP/24 | Acepta AEP | Trabajador /Santa Priscila | Discriminación en la terminación de la relación laboral por condición de salud y portar VIH y no informar a la empresa de esta última condición. | Acepta AP | Revoca sentencia | Se resuelve en mérito. Si bien analiza largamente los hechos, no define ni plantea problemas al concepto de discriminación. Lo que sí concluye es que no hace falta notificar a la empresa cuando se es paciente de VIH | análisis de los hechos |
| 8 | 1600-19-EP/24 | Rechaza AEP | Afiliado al fondo/ Fondo Complementario Previsional Cerrado ASOPREP-FCPC | Se alegó por parte de los accionantes discriminación porque no les entregan los fondos a ellos y a otros sí | Rechaza AP | Confirma sentencia | La CC no desarrolla ninguno de los conceptos indeterminados de causales de justiciabilidad frente a particulares. Se limita a decir que la Corte Provincial ya se pronunció. La CP por su parte dice no se ha probado la discriminación | sin aporte |
| 9 | 1048-21-EP/24 | Acepta parcialmente | Paciente / Clínica Kennedy | La clínica emite factura a una paciente, pero se niega a remitir el | Rechaza AP | Ratifica sentencia | La corte se limita a decir que la CP no ha hecho análisis de las causales de | sin aporte |

| | | | | formulario al IESS | | | justiciabilidad y que no hay motivación | |
|----|---------------|-----------------------|---|---|-----------------------------------|----------------------------------|--|------------|
| 10 | 1072-21-EP/24 | Acepta AP (selección) | Trabajadores/Furukawua y Min de Salud, Min de Trabajo, MIES, Min de Educación | Esclavitud moderna de los trabajadores de abacá en Furukawua | Acepta AP | Acepta parcialmente los recursos | La sentencia es una de revisión y se acumula con otra. En la sentencia existe un trabajo pormenorizado en el tema de esclavitud moderna y servidumbre de la gleba. | con aporte |
| | | | | | Niega AP | Ratifican sentencia | Primero identifica si hay excepciones a la decisión de la CC de no tratar los asuntos laborales por AP. Segundo analiza si hay legitimidad pasiva de la empresa. | |
| | | | | | Hay dos sentencias que se revisan | | En cuanto al tema de las causales se considera que se presentan tanto la subordinación como el daño grave. En cuanto a la subordinación señala que existe a un poder económico a través de un factor determinante: la condición de extrema pobreza y la exclusión social En cuanto a la subordinación no lo define, lo asume como dado sin embargo presenta como elemento característico la exposición a aspectos estructurales o históricos que ha limitado o excluido el ejercicio de los derechos Habla de discriminación en varios segmentos de la sentencia pero no la define, si hace un análisis de cómo proceder con las categorías sospechosas y la discriminación. | |
| 11 | 1254-19-EP/23 | Acepta AEP | Comuneros de "Sube y Baja" /Molinos Champion Mochasa | Comuneros solicitan devolución de tierras que les fueron quitadas por la empresa a pesar de ser tierras comunales ancestrales | Niega Ap | Revoca sentencia | No trata de ninguno de los conceptos que se discute aquí. Solo se revisa los vicios de motivación | sin aporte |
| 12 | 533-15-EP/23 | Acepta AEP | Particular/Pre-asociación de agua | Reclama por la desconexión de agua | Acepta AP | Revoca sentencia | La CC dice que no se revisó la alegación de discriminación, ni la | con aporte |

| | | | | | | | | |
|----|---------------|-------------|--|---|----------|--------------------|--|------------|
| | | | | | | | vulneración del debido proceso. | |
| | | | | | | | La única referencia que hace a discriminación es la Observación General 15 del Comité de DESC que establece que se entenderá discriminación en el acceso al agua. | |
| | | | | | | | Retoma lo que se entiende por subordinación o indefensión de conformidad con la sentencia 832-20-JP/21 (53.4.1, 53.4.2, 53.4.3, 53.5) | |
| | | | | | | | Hay indefensión porque la pre-asociación de agua controla infraestructura. | |
| 13 | 1067-18-EP/23 | Rechaza AEP | Particular/USFQ | Reclama por la terminación de la relación laboral | Niega AP | Revoca sentencia | Simplemente se dice que si hay discriminación y se analiza los hechos | referencia |
| 14 | 2951-17-JP/21 | Acepta AEP | Padres de un niño/Clinica CEMPRICLINIC S.A. | Aducen que la atención de embarazo, parto y puerperio le dio parálisis general | Niega AP | Confirma sentencia | Analiza la procedencia de la acción ante quienes prestan servicios públicos improprios (acceso a salud, consentimiento informado, salud, vida digna) | con aporte |
| | | | | | | | Habla de la doctrina alemana, del efecto horizontal, irradiación de derechos, hace referencia a la Sentencia 354-17-SEP-CC, en la que se aclara específicamente que la Constitución también obliga a particulares. Esa sentencia hace referencia a la inversión de la carga de la prueba en discriminación | |
| | | | | | | | No desarrolla el concepto de servicios públicos improprios | |
| 15 | 956-14-EP/21 | Acepta AEP | Ciudadanos/Junta administradora de Agua Potable de San Antonio | Aducen que a ellos les cobran 800, cuando a otros 400 para tener acceso al agua | Niega Ap | Confirma sentencia | La sentencia declara que procede AP por prestar servicios públicos improprios | con aporte |
| | | | | | | | "Aquellos prestados por personas particulares o privadas pero bajo control y la regulación de la administración pública, manteniendo así una actitud más pasiva y mediata" | |

| | | | | | | | | |
|----|---------------|-------------|---|--|-----------|--------------------|---|------------|
| | | | | | | | En este caso además desarrolla el test de discriminación y comparabilidad entre los destinatarios. No hay comparabilidad dice: porque se trata de usuarios antiguos y quienes reclaman son usuarios nuevos y se decidió en Asamblea cobrar por la infraestructura ya existente. La CC dice que si hay falta de motivación pero no hay discriminación | |
| 16 | 1583-15-EP/21 | Rechaza AEP | Cía Daxcom S.A./ Seguros Oriente S.A. | Acusan de que al terminar un contrato unilateralmente se atenta contra el derecho al trabajo, seguridad y debido proceso | Acepta AP | Revoca sentencia | No se habla nada de los temas aquí tratados. Aunque es un caso entre particulares | sin aporte |
| 17 | 1229-14-EP/21 | Acepta AEP | La torre del vigia. Iglesia de Testigos de Jehová/Presidente del Barrio Central de Ilumán | Acusan que el barrio no permitió continuar con la construcción de la iglesia, la destruyeron | Niega AP | Confirma sentencia | La sentencia recoge los puntos de indefensión y subordinación anteriores (354-17-EP-cc) par. 68. Si se desarrolla lo relacionado con la discriminación aunque hay carga argumentativa y análisis de los hechos no hay aportes nuevos en cuanto a la definición 68. Ahora bien, en cuanto a los supuestos de subordinación e indefensión la Corte recoge la sentencia 354-17-EP Constitucional ha señalado que estos difieren entre sí. Esto en virtud de que la subordinación "(...) 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 vulneración de derechos constitucionales (...)". Mientras que la indefensión "(...) constituye una situación generada | con aporte |

| | | | | | | | | |
|----|---------------|-------------|---|---|------------|-----------------------|---|------------|
| | | | | | | | fácticamente al no poder contrarrestar en igualdad de condiciones el poder que producto de las circunstancias y no necesariamente de normas, vulnera derechos, mediante arbitrariedades que no son controladas eficazmente por las autoridades (...)" | |
| 18 | 1111-16-EP/21 | Rechaza AEP | Ciudadanos/Fondo complementario provisional cerrado FONDOPROVIDA-FCPC | por haberle privado de los beneficios | Rechaza AP | Confirma sentencia | Solo hay una referencia a propósito del art. 88 pero no llenan de contenido los términos | sin aporte |
| 19 | 832-20-JP/21 | Revisión | Se trata de una persona adulta mayor que por influencia del sacerdote entrega su único bien a una comadre del primero para que le cuide, pero ella le expulsa de la casa. | Estándares de protección contra particulares y estándares para la celebración de escrituras públicas de compraventa de bienes inmuebles de personas adultas mayores. Aprovechando el poder religioso en la confesión indujo a la accionante para que enajene el bien. | Nego AP | Confirma la sentencia | Indefensión. 2. Afirma que, a raíz de estos hechos, la señora Nohemí Deifilia Cajas despojó a la accionante de su único bien sin pagarle el precio correspondiente, y además colocó candados en las puertas de ingreso y cámaras de seguridad en la casa que adquirió de la accionante "quien, por su avanzada edad, condición física de incapacidad del 54%, no cuenta con medios que le permitan repeler esta agresión y se ve obligada a refugiarse en una vivienda improvisada, es decir, se encuentra en indefensión" Toma la definición de indefensión literalmente de la sentencia 1679-12-EP-20 p. 90 Diferencia entre subordinación e indefensión. La primera se produce por situación de desventaja producida | con aporte |

| | | | | | | | | |
|----|---------------|-------------|---|---|--------------------------------------|---|--|------------|
| | | | | | | | debido a una relación jurídica, en cambio la indefensión es una situación objetiva marcada por la imposición material. | |
| | | | | | | | Define daño grave | |
| | | | | | | | Subordinación | |
| 20 | 1357-13-EP/20 | Acepta AEP | Galcomex/Banco Internacional | Galcomex reclama que el Banco Internacional retenga un dinero o otra empresa porque no le pagó los cheques, obtuvo medidas cautelares que ordenaron al Banco la retención | Niega AP y revoca medidas cautelares | Revoca sentencia y ordena retención de dinero | No hay ningún análisis | sin aporte |
| 21 | 349-14-EP/20 | Rechaza AEP | Ciudadano contra Reybanpac | Cancelación de órdenes de trabajo | Niega AP | Revoca sentencia y acepta parcialmente | En esta sentencia se hace referencia a las tres causales de justiciabilidad: discriminación, subordinación e indefensión, sin embargo, no se llena de contenido ninguno de los términos. La sentencia de segunda instancia si analiza las cláusulas de exclusividad del contrato en las que reconocen la posibilidad de que Reybanpac, unilateralmente, termine el contrato, lo que afirma la CP deja en indefensión a la otra parte. | sin aporte |
| 22 | 1107-14-EP/20 | Rechaza AEP | Ciudadana contra Coopera, cooperativa de ahorro y crédito | Depositante reclama porque liquidador de coopera la excluye del pago realizado a personas de la tercera edad, a pesar de ser una de ellas | Niega AP | Revoca y acepta AP | Aunque hay referencia a la discriminación no se llena de contenido el concepto | referencia |
| 23 | 199-18-SEP | Acepta AEP | BIC en contra de un privado | BIC reclama a un particular por utilizar y comercializar un bolígrafo previamente registrado | | | | sin aporte |
| | | | | Hay dos momentos | | | | |
| | | | | 1. Medidas cautelares se aceptan en contra de bic | | | | |
| | | | | 2. AP | Acepta AP | Confirma sentencia | La Corte no dice nada de ninguno de las causales de justiciabilidad | |

| | | | | | | | | |
|----|---------------|-------------|---|--|-----------|-----------------------|--|------------|
| 24 | 182-18.SEP | Acepta AEP | Particular en contra de institución educativa PREDUCA | Estudiante le demanda por no haber permitido que obtenga título de bachiller | Acepta AP | Revoca sentencia | Se habla de discriminación e indefensión, pero no se las define, hay cierto análisis de los hechos | referencia |
| 25 | 054-18-SEP-CC | Rechaza AEP | Afiliado en contra del fondo de cesantía privado de la función judicial | Solicita que se cancele su afiliación y se le devuelva el dinero | Acepta AP | Confirma la sentencia | En único criterio que desarrolla es el de indefensión pero por falta de notificación | con aporte |
| 26 | 027-18-SEP/CC | Rechaza AEP | Particular y dueño de una bodega de alimentos para animales | Vecino se queja del mal olor y el ruido que genera la bodega | Niega AP | Ratifica sentencia | No se trata ninguno de las causales de justiciabilidad | sin aporte |

Fte. Construcción del autor con base en las sentencias analizadas

3. Hallazgos

Las sentencias fueron categorizadas en tres grupos: **i)** las que hacen un aporte sea solo conceptual o fáctico-conceptual (escenario constitucional) respecto de los conceptos indeterminados de las causales de justiciabilidad de la acción de protección frente a particulares; **ii)** las que hacen alguna referencia a ellos o hacen un análisis solo fáctico de las categorías estudiadas; **iii)** las que no hacen mención alguna a las categorías a pesar de tratarse de acciones de protección frente a terceros. Existe un cuarto grupo que no está siendo considerado en este análisis que corresponde a las sentencias que desarrollan el contenido de algún derecho y no de las causales de justiciabilidad: salud, agua, vivienda, entre otros, estas están integradas en las otras categorías por lo que no se cuentan aparte.

Cuadro No. 2
Tipo de aporte de la sentencia

| Aporte | Referencia/análisis de los hechos | Sin aporte | Total |
|--------|-----------------------------------|------------|-------|
| 8 | 6 | 12 | 26 |

Fte. Elaboración personal

Recordemos que nuestro objeto de estudio en este post scriptum está constituido por el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados que conforman las causales de justiciabilidad para las acciones de protección contra terceros, a saber: discriminación, indefensión, subordinación, servicios públicos impropios y daño grave. No se estudiaron como se recordará la concesión o delegación.

De la revisión realizada consideramos que tan solo 8 sentencias han hecho un aporte en ese sentido y son: 95-18-EP/24, 1072-21-EP/24, 533-15-EP/23, 2951-17-EP/21, 956-

14-EP/21, 1229-14-EP/21, 832-20-JP/21, 054-18-SEP-CC. Si consideramos este dato y lo cruzamos por año de emisión de la sentencia tenemos que:

Cuadro No. 3
de sentencias por año de emisión

| Año | # de sentencias |
|------------|------------------------|
| 2024 | 2 |
| 2023 | 1 |
| 2022 | 0 |
| 2021 | 4 |
| 2021 | 0 |
| 2019 | 0 |
| 2018 | 1 |

Fte. Elaboración del autor

El 2021 tiene una mayor presencia de estas sentencias, sin embargo, los años de 2019, 2020 y 2022 aparecen con 0 sentencias. A continuación, se revisarán aquellas que han realizado aportes.

Sentencia 95-18-EP/24

El asunto original es la demanda de un estudiante contra, entre otros, una unidad educativa particular a la que acusa de no acompañarle en el proceso de consolidación de género, pues estaba en proceso de transición. La primera y la segunda instancia rechazaron la solicitud. En la Corte Constitucional se realiza un análisis de mérito y un estudio de la causal de justiciabilidad de **servicio público impropio**.

Los párrafos 109, 110 y 111 de la sentencia señalan que se cumpliría el supuesto de justiciabilidad contenido en el de servicios públicos impropios (educación otorgada por privados) e indica:

110.Los servicios públicos impropios han sido definidos por la Corte como “aquellos prestados por personas privadas o particulares, pero bajo el control y regulación de la administración pública, manteniendo así, una actitud pasiva y mediata”.

111.Ahora, el artículo 26 de la Constitución consagra el derecho a la educación como “un deber ineludible e inexcusable del Estado”. Como servicio público, se encuentra reconocido en el artículo 345 *ibídem* y dispone que también se prestará

por medio de instituciones particulares. En este contexto, en virtud de la naturaleza de los servicios públicos –sean propios o impropios– como garantía institucional de los derechos de las personas, quienes estén encargados de su prestación, están obligados a velar por el respeto y garantía de los derechos de las personas.⁶⁸ De modo que, si el servicio de educación es brindado de manera deficiente, sus prestadores podrían vulnerar –de manera directa– derechos fundamentales.

Ahora bien, hay que señalar que estos dos párrafos recogen conceptualizaciones hechas con anterioridad en las sentencias **354-17-SEP-CC** y **2951-17-EP-21**.

Si bien la sentencia hace referencia al asunto de la discriminación, solo señala que el caso encierra categorías sospechosas relacionadas con el género, sin embargo, no se dota mayor contenido sobre el concepto indeterminado de discriminación. Además, al ser una relación entre un estudiante y la institución de educación privado debió la Corte analizar la relación de subordinación existente. Tampoco nada se expresa respecto de que la discriminación termina generalmente en indefensión.

Sentencia 1072-21-JP/24 (Furukawua)

Esta sentencia, que no corresponde a una AEP, sino a una sentencia de revisión, se tramita a partir de dos sentencias de Acción de Protección que se siguen por diversos trabajadores a la abacalera Furukawua. Fueron resueltas de forma acumulada. Por los hechos que involucra, causó bastante expectativa, pues se trata de la situación de los trabajadores en situación de servidumbre de la gleba. La sentencia concluye que existe una situación de esclavitud moderna o servidumbre de la gleba para los trabajadores de Furukawua y acepta las acciones de protección presentadas.

En cuanto a las causales de procedibilidad de la acción de protección frente a particulares, esta sentencia desarrolla dos de ellos: **subordinación y daño grave**. El aporte más interesante en este punto es la introducción de elementos fácticos referidos al caso, que permite construir un escenario constitucional. Normalmente se habla de subordinación cuando hay la presencia de una relación jurídica que supedita a una parte con respecto de otra, no obstante en el presente caso se amplía tal concepto y se señala que consiste en el sometimiento a un poder económico, social, religioso, etcétera, de modo general. En este caso se especifica por qué hay subordinación económica de los trabajadores a la empresa: condición de pobreza extrema verificada en los trabajadores y exclusión social estructural por la falta de acceso a derechos derivada de su condición de afrodescendientes, lo que se había conceptualizado por la Corte como indefensión generalmente.

El párrafo 105 de la sentencia se evidencia lo antedicho:

105. En definitiva, Furukawa no ha logrado demostrar que la forma en que contrataba a las y los abacaleros y arrendatarios de sus haciendas respondía a criterios objetivos que no tuvieron en consideración la situación de subordinación

y discriminación **estructural que afecta a las personas afrodescendientes en Ecuador**. Al contrario, la Corte encuentra que la empresa se aprovechó de la exclusión social de las y los abacaleros y arrendatarios, **generada por sus condiciones de extrema vulnerabilidad (etnia y pobreza o extrema pobreza), factores que les hacían más susceptibles de ser víctimas de esclavitud o prácticas análogas**. Al aprovecharse de la condición de extrema vulnerabilidad de las y los abacaleros y arrendatarios, Furukawa

En cuanto al daño grave, la sentencia, en el mismo tono, en el párrafo 193 describe las circunstancias fácticas que mostrarían el daño grave y lo hace equivaler al **daño inmaterial** que se evidencia en el sufrimiento y aflicción que significó vivir en una práctica análoga a la esclavitud que anuló su dignidad humana

193. En cuanto al **daño inmaterial**, este comprende, entre otros elementos, la compensación por los sufrimientos y las aflicciones causadas a las personas afectadas.²⁸⁸ Para la Corte Constitucional es evidente que una **práctica análoga a la esclavitud como la servidumbre de la gleba generó un daño grave** a las y los abacaleros y arrendatarios de las haciendas de Furukawa consistente en el sufrimiento por haber vivido y trabajado en una condición que anuló su dignidad humana durante varios años.²⁸⁹ Por tanto, habiéndose probado la existencia de la servidumbre, para la Corte esto acredita suficientemente la **aflicción emocional** indudablemente atada al sometimiento a una práctica análoga a la esclavitud. Esta aflicción emocional afecta individualmente a las y los abacaleros y arrendatarios en situación de vulnerabilidad y también tiene un impacto colectivo y generacional, pues los accionantes y los terceros identificados en esta sentencia que recibirán esta reparación económica forman parte de un grupo humano que fue sometido a las mismas condiciones de servidumbre de la gleba.

Como se puede observar esta sentencia no se orienta hacia una definición de las causales sino a una identificación de los patrones fácticos que la constituirían. Está más en la línea de construir un precedente.

Sentencia 533-15-EP/23

El asunto original es la demanda de un particular en contra de una pre-asociación de regantes. El demandante reclama por la desconexión del agua de su domicilio por falta de pago. En primera instancia se aceptó la acción y en segunda se revocó la sentencia.

En cuanto a las causales de procedencia de la acción de protección frente a particulares la sentencia de la Corte Constitucional revisa los conceptos de discriminación, subordinación e indefensión.

El de discriminación es abordado desde la perspectiva normativa y para el caso del agua, para ello recoge lo establecido por la Observación General No. 15 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales que se refiere al asunto.

Dicha observación es amplia en lo que se entenderá como derecho al agua. En términos generales habla de tres criterios para poder ejercer el derecho al agua: disponibilidad de abastecimiento, calidad del agua y accesibilidad para todos. Dentro de este último grupo la Observación incluye a la accesibilidad física, económica, la no discriminación y el acceso a información.

(iii) **No discriminación:** El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

En cuanto a la subordinación reproduce lo establecido en la sentencia **832-20-JP/21** en los puntos 53.4.1, 53.4.2, 53.4.3

53.4. Estado de subordinación o indefensión. Este supuesto ya ha sido definido por esta Corte en la sentencia **832-20-JP/21**, de la siguiente manera:

53.4.1. La **subordinación** se produce ante “una situación de desventaja producida debido a una relación jurídica que supedita a una parte frente a la otra; relación en la cual una de las partes está compelida a acatar las órdenes proferidas por quien, debido a su calidad, tiene la competencia para impartirlas. Lo cual genera una asimetría de poder”.

53.4.2. Es oportuno mencionar que no toda situación de subordinación supone la procedencia de la jurisdicción constitucional.³⁷ Así, por ejemplo, los trabajadores están sometidos a relaciones de subordinación, sin embargo, “[...] la vía laboral ordinaria es adecuada para la reparación de derechos laborales ya que ha sido diseñada específicamente para salvaguardar los derechos del trabajador y equiparar su situación a la de su empleador”.³⁸ Aquello no obsta que, ante la falta de medios jurídicos de tutela judicial de otros derechos, más allá de los laborales, sí sea procedente esta garantía jurisdiccional.

53.4.3. Por otra parte, la **indefensión** se origina ante “la existencia de una situación objetiva de marcada desventaja de una de las partes frente a la otra, con motivo de una relación producida por la imposición material de quien ostenta una posición de superioridad, por las circunstancias fácticas o por la preeminencia social o económica de una de ellas; circunstancias que impiden además contar con un medio de defensa para repeler los ataques que sufre la persona en situación de desventaja”.

Como se puede observar no se trata de un aporte original, ni siquiera de un esfuerzo por aplicar los criterios al caso concreto, sino de una referencia conceptual a una sentencia anterior. Es necesario, sin embargo, vale aclarar que en cuanto a la indefensión si introduce un elemento fáctico que la complementa: el control de la infraestructura del agua por parte de la pre-asociación lo que pondría en indefensión a quienes no la tienen.

Sentencia 2951-17-EP/21

El asunto original es la reclamación de los padres de un niño por la inadecuada atención en el embarazo, parto y puerperio recibida por la madre y él en una clínica privada, lo que habría originado parálisis general en el niño. Tanto la primera, como la segunda instancia niegan la acción de protección.

La Corte Constitucional analiza la procedencia de la acción en contra de quienes prestan **servicios públicos impropios** como la salud. Aunque para definirlos recoge textualmente la sentencia **354-17-SEP-CC**, el aporte más relevante de esta sentencia es la explicación del efecto horizontal de los derechos frente a particulares de la doctrina alemana.

107. Por su parte, la Corte Constitucional ha definido a los **servicios públicos impropios** como “aquellos prestados por personas privadas o particulares, pero bajo el control y regulación de la administración pública, manteniendo así, una actitud más pasiva y mediata”.

En cuanto a la doctrina alemana del efecto horizontal señala:

100. La posibilidad de que los derechos constitucionales influyan en las relaciones legales privadas fue inicialmente desarrollada por el Tribunal Federal Alemán mediante la doctrina del *unmittelbare Drittwirkung*⁷⁶ o efecto horizontal de los derechos. En Ecuador se reconoce un efecto horizontal directo que implica que los derechos constitucionales vinculan y regulan directamente a los actores privados, en las circunstancias previstas en la Constitución y en la ley.

101. La Constitución de Ecuador ha adoptado el efecto horizontal de los derechos pues reconoce que todas las personas están sujetas a la Constitución⁷⁷ y que es deber de todos los ecuatorianos respetar los derechos⁷⁸. En consecuencia, con la irradiación de los derechos en todo el ordenamiento jurídico, la Constitución reconoce también la procedencia de la acción de protección en contra de personas particulares⁷⁹. De manera similar, otras garantías jurisdiccionales reconocen la posibilidad de que los particulares sean legitimados pasivos, como ocurre con el hábeas corpus⁸⁰ y el hábeas data⁸¹.

102. Al ser la protección de la dignidad humana y los derechos que de ella se derivan uno de los fines principales del Estado constitucional de derechos, “el Constituyente ecuatoriano reconoció que, en ciertas circunstancias, los particulares se encuentran en capacidad de lesionar derechos”⁸².

El aporte relativo al efecto horizontal es interesante, sin embargo, no pasa de ser una referencia conceptual.

Sentencia 956-14-EP/21

La acción de protección original versa sobre la controversia entre varios ciudadanos y la Junta administradora de agua San Antonio. Ellos aducen que han sido tratados de manera discriminatoria porque para acceder al agua les cobraron más que a los otros integrantes (\$ 800 vs. \$ 400). En primera y segunda instancia se rechaza la acción.

La Corte Constitucional, por su parte, declara que procede la acción contra particulares por tratarse de servicios públicos impropios. Al respecto retoma lo ya dicho por la sentencia **354-17-SEP-CC**.

56. Ahora bien, respecto al supuesto de que procede acción de protección en contra de personas naturales o jurídicas del sector privado que presenten **servicios públicos impropios**, la Corte Constitucional ha determinado que son “aquellos prestados por personas privadas o particulares, pero bajo el control y la regulación de la administración pública, manteniendo así, una actitud más pasiva y mediata.”

57. De allí, se verifica que las Juntas Administradoras de agua potable, tanto en la legislación que se encontraba vigente al momento de la presentación de la acción de protección como en la actualidad, prestan un servicio público de agua potable y son reguladas y controladas por el Estado, antes a través del Consejo Nacional de Recursos Hídricos y ahora mediante la Autoridad Única del Agua. En consecuencia, se encuentra que la Junta Administradora de Agua Potable de San Antonio se adecua a lo previsto en el artículo 41 numeral 4 literal a) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En cuanto a la discriminación, otro concepto que desarrolla la sentencia, aunque no amplía la definición más allá de lo que establecido en la Constitución (art. 11.2 y 66.4), aplica el test para establecer que existe o no trato diferenciado.

62. Por otro lado, este Organismo ha determinado que en estos casos corresponde, en primer lugar, verificar si existe el elemento de la comparabilidad entre los destinatarios de un acto o conducta específica, esto es, que “tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones.” 10

63. Aquello significa que, en principio, se podrá determinar la presencia de un trato discriminatorio si se evidencia que los individuos sobre quienes recae la conducta que se reputa discriminatoria, están en semejantes o idénticas condiciones

64. Desde este punto de vista, si no existe el elemento de comparabilidad no se podría considerar a un tratamiento diferenciado como discriminatorio, puesto que,

precisamente, existirían diferencias que lo justifican y que no permiten brindar un tratamiento idéntico o equiparable.

Sentencia 1229-14-EP/21

En su origen se trata de una acción de protección presentada por la comunidad La torre del vigía de la Iglesia de los Testigos de Jehová en contra de la directiva del Barrio Central de Ilumán que impidió que continúe la construcción de la iglesia en el lugar, incluso la construcción fue atacada. Tanto la primera, como la segunda instancia niegan la acción.

La Corte Constitucional en esta sentencia retoma lo dicho por la sentencia **354-17-SEP-CC** en relación a la **indefensión** y la **subordinación** y en el caso concreto indica que se habría presentado el caso de indefensión.

68. Ahora bien, en cuanto a los supuestos de **subordinación e indefensión** la Corte Constitucional ha señalado que estos difieren entre sí. Esto en virtud de que la **subordinación** “(...) 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 vulneración de derechos constitucionales (...)”.

Mientras que la **indefensión** “(...) constituye una situación generada fácticamente al no poder contrarrestar en igualdad de condiciones el poder que producto de las circunstancias y no necesariamente de normas, vulnera derechos, mediante arbitrariedades que no son controladas eficazmente por las autoridades (...)”.

69. En el caso concreto, la Corte encuentra que la legitimación pasiva del presidente del barrio central de Ilumán guarda relación con el presupuesto de **indefensión**. Aquello, en virtud de que éste al representar al grupo mayoritario de habitantes de dicha localidad, habría ejercido una relación de poder frente al grupo minoritario⁴¹, esto es al colectivo de habitantes de Ilumán que decidió cambiar de religión para profesar los dogmas de los testigos de Jehová.

Sentencia 832-20-JP/21

Esta no es una sentencia de AEP sino de selección y revisión, resultó ser muy relevante para la dotación de contenido de las causales de justiciabilidad. Se trató del caso de una persona adulta mayor que fue despojada de su único bien inmueble que le servía de vivienda a través de una escritura suscrita por ella. La corte considera que la persona adulta mayor fue inducida por su sacerdote de confianza quien le habría convencido de entregar su casa a una señora cercana a él. Luego la mujer adulta mayor fue desalojada de su casa.

Aunque la sentencia se centra en el establecimiento de estándares para la celebración de escrituras públicas de compraventa de bienes inmuebles de personas adultas mayores sobre todo considerando la condición física, la incapacidad y la edad avanzada, también desarrolla de manera bastante notoria las nociones de **subordinación**, **indefensión** y **daño grave**. Para el tema de la **subordinación** retoma las ideas de la sentencia **354-17-SEP/CC**.

88. ...Por un lado, respecto a la **subordinación** frente a un poder de cualquier tipo, la Corte Constitucional ha establecido que implica “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 vulneración de derechos constitucionales” 63 .

En cuanto a la **indefensión** retoma las ideas contenidas en la sentencia **1679-12-EP/20**:

90. Por otro lado, en cuanto a la indefensión frente a un poder de cualquier tipo, esta Corte ha considerado que esta “constituye una situación generada fácticamente al no poder contrarrestar en igualdad de condiciones el poder que producto de las circunstancias, y no necesariamente de normas, vulnera derechos, mediante arbitrariedades que no son controladas eficazmente por las autoridades competentes”.

Se debe mencionar que en esta sentencia hay un esfuerzo importante por darle dinamismo a los conceptos, se hace un ejercicio de aplicación a los hechos del caso concreto.

94. A la luz de lo anterior, esta Corte encuentra que tanto la **subordinación** como la **indefensión** reproducen situaciones asimétricas de poder en las que una de las partes se encuentra en desventaja frente a la otra; producto de las circunstancias jurídicas o fácticas. De ahí que, para la configuración de estos supuestos, se debe tomar en consideración las circunstancias particulares de cada caso. En especial, se debe considerar el contexto, la situación de vulnerabilidad de quien se ha visto afectado, las circunstancias fácticas o jurídicas que sitúen a una persona natural o jurídica en posición de poder, así como las circunstancias de la vulneración de derechos.

La sentencia va más allá de la simple definición e intenta diferenciar los dos supuestos: indefensión y subordinación.

95. Ahora bien, lo que diferencia ambos supuestos es el tipo de poder que se ejerce en la relación:

95.1. La **subordinación** se produce en virtud de una situación de desventaja producida debido a una relación jurídica que supedita a una parte frente a la otra; relación en la cual una de las partes está compelida

a acatar las órdenes proferidas por quien, debido a su calidad, tiene la competencia para impartirlas. Lo cual genera una asimetría de poder.

95.2. La **indefensión** se caracteriza por la existencia de situación objetiva de marcada desventaja de una de las partes frente a la otra, con motivo de una relación producida por la imposición material de quien ostenta una posición de superioridad, por las circunstancias fácticas o por la preeminencia social o económica de una de ellas; circunstancias que impiden además contar con un medio de defensa para repeler los ataques que sufre la persona en situación de desventaja. Así, respecto de la indefensión, un factor determinante es la situación de debilidad y desventaja que presenta una de las partes, lo cual puede ser independiente de la disposición de medios idóneos de defensa. Por consiguiente, es más probable que se generen situaciones de indefensión en los casos de personas que se encuentren en estado de vulnerabilidad producida por circunstancias como la marginación económica y social.

También estudia el daño grave incorporando los elementos: gran deterioro y daño inminente.

109. Un daño se produce por el detrimento, menoscabo, perjuicio, lesión que una persona experimenta como consecuencia de una vulneración de derechos. Sobre la gravedad, la Corte Constitucional ha establecido que esta conlleva la peculiaridad de **daño inminente**, “esto es, que el efecto del acto cause **gran deterioro**” a las y los accionantes y que las consecuencias del acto ilegítimo serán graves cuando el efecto que ha de producir es grande, cuantioso o casi permanente, es decir, cuando las consecuencias de la ejecución del acto son perjudiciales en gran medida.

Sentencia 054-18-SEP/CC

El asunto que se presentó a resolución de la AP fue la solicitud de un afiliado en contra de un fondo de cesantía privado de la función judicial para que se cancele su afiliación y se le devuelva el dinero aportado. La acción fue aceptada tanto en primera como en segunda instancia.

En cuanto al asunto que aquí se debate se aporta a la noción de **indefensión** la idea de que corresponde a una situación en la que no existe notificación.

3.1. Contenido de los conceptos indeterminados

Con base en lo estudiado de las sentencias abordaremos el contenido de los términos: indefensión, subordinación, discriminación, daño grave y servicios públicos impropios.

Las ocho sentencias que han aportado al contenido de los conceptos indeterminados de las causales de justiciabilidad de las acciones de protección frente a particulares, nos permiten caracterizar lo que entiende la Corte Constitucional por ellos y sobre todo, si a lo largo de los años ha cambiado el mismo o su uso en la aplicación al caso concreto, como precedentes.

No debe dejar de anotarse que un buen número de sentencias (6) de AEP que se refirieron a acciones frente a particulares no hicieron aportes relevantes (376-17-EP/CC, 1067-18-EP/CC, 182-18-SEP/CC, 1107-14-EP/20 y 2904-22-EP/24, 2846-18/24) principalmente porque no entraron al análisis de mérito y por tanto se remitieron al estudio de las alegaciones en contra de las sentencias de segunda instancia, por lo general: debido proceso, motivación, seguridad jurídica.

Sin embargo, se debe mencionar que al menos las dos últimas si bien dan por hecho que se ha producido indefensión, discriminación, subordinación o cualquier otra de las causales, si intentan analizar los hechos a la luz de dichas categorías, aunque no las definen. En cambio, en las cuatro primeras hay solamente una referencia a dichos términos derivada de la cita del artículo 88 de la Constitución que habilita la acción de protección frente a particulares.

Con respecto a las sentencias que en este trabajo se han considerado sin aporte (12), si bien tratan sobre asuntos entre particulares, la Corte no se pronuncia sobre las causales, sino explícitamente sobre las alegaciones en contra de las sentencias de segunda instancia (705-20-EP/24, 2539-18-EP/24, 1921-19-EP/24, 1600-19-EP/24, 1048-21-EP/24, 1254-19-EP/23, 1583-15-EP/21, 1111-16-EP/21, 1357-13-EP/20, 349-14-EP/20, 199-18-SEP-CC, 027-18-SEP-CC).

Ahora bien, respecto al período principal analizado en la tesis, en el que se ubicó 13 sentencias en la Corte Constitucional, pero solo 1 desarrollaba dichos conceptos, en el nuevo período encontramos un total de 26, es decir el doble, y de ellas, 8 sentencias tienen aportes sobre el tema. Se trata de un considerable avance cuantitativo sin embargo es necesario saber si esos avances también son cualitativos.

Con respecto a la indefensión tres sentencias desarrollan el concepto:

Cuadro No. 4
Indefensión

| No. de sentencia | Definiciones | Toma de otra sentencia |
|-------------------------|--|-------------------------------|
| 533-15-EP/23 | “la existencia de una situación objetiva de marcada desventaja de una de las partes frente a la otra, con motivo de una relación producida por la imposición material de | 832-20-JP/21 |

| | | |
|---------------|--|-----------------------|
| | <p>quien ostenta una posición de superioridad, por las circunstancias fácticas o por la preeminencia social o económica de una de ellas; circunstancias que impiden además contar con un medio de defensa para repeler los ataques que sufre la persona en situación de desventaja”.</p> | |
| 1229-14-EP/21 | <p>“(…) constituye una situación generada fácticamente al no poder contrarrestar en igualdad de condiciones el poder que producto de las circunstancias y no necesariamente de normas, vulnera derechos, mediante arbitrariedades que no son controladas eficazmente por las autoridades (…)”.</p> | 354-17-SEP/CC |
| 832-20-JP/21 | <p>“constituye una situación generada fácticamente al no poder contrarrestar en igualdad de condiciones el poder que producto de las circunstancias, y no necesariamente de normas, vulnera derechos, mediante arbitrariedades que no son controladas eficazmente por las autoridades competentes”</p> <p>En especial, se debe considerar el contexto, la situación de vulnerabilidad de quien se ha visto afectado, las circunstancias fácticas o jurídicas que sitúan a una persona natural o jurídica en posición de poder, así como las circunstancias de la vulneración de derechos.</p> <p>La indefensión se caracteriza por la existencia de situación objetiva de marcada desventaja de una de las partes frente a la otra, con motivo de una relación producida por la imposición material de quien ostenta una posición de superioridad, por las circunstancias fácticas o por la preeminencia social o económica de una de ellas; circunstancias que impiden además contar con un medio de defensa para repeler los ataques que sufre la persona en situación de desventaja. Así, respecto de la indefensión, un factor determinante es la situación de debilidad y desventaja que presenta una de las partes, lo cual puede ser independiente de la disposición de medios idóneos de defensa. Por consiguiente, es más probable que se generen</p> | 1679-12—EP/20, 354-17 |

| | | |
|--|--|--|
| | situaciones de indefensión en los casos de personas que se encuentren en estado de vulnerabilidad producida por circunstancias como la marginación económica y social. | |
|--|--|--|

Como se puede apreciar que la noción de indefensión se basa en el criterio de la existencia de una situación fáctica que no permite contrarrestar en situación de igualdad la imposición material de quien ostenta una posición de superioridad. Esta es una definición que se arrastra desde la sentencia 354-17-SEP-CC.

Solamente la sentencia 832-20-JP/21 introduce como factor determinante la situación de debilidad y desventaja que presenta una de las partes.

Cuadro No. 5 Discriminación

| No. de sentencia | Definiciones | Toma de otra sentencia |
|-------------------------|--|-------------------------------|
| 533-15-EP/23 | (iii) No discriminación: El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. | |
| 956-14-EP/21 | <p>62. Por otro lado, este Organismo ha determinado que en estos casos corresponde, en primer lugar, verificar si existe el elemento de la comparabilidad entre los destinatarios de un acto o conducta específica, esto es, que “tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones.”</p> <p>63. Aquello significa que, en principio, se podrá determinar la presencia de un trato discriminatorio si se evidencia que los individuos sobre quienes recae la conducta que se reputa discriminatoria, están en semejantes o idénticas condiciones</p> | |

| | | |
|--|--|--|
| | 64. Desde este punto de vista, si no existe el elemento de comparabilidad no se podría considerar a un tratamiento diferenciado como discriminatorio, puesto que, precisamente, existirían diferencias que lo justifican y que no permiten brindar un tratamiento idéntico o equiparable | |
|--|--|--|

En el tema de la discriminación, todas las sentencias que se refieren a este concepto parten de la idea de que la discriminación se produce cuando se da un trato diferenciado no justificado. Estas dos sentencias aportan no tanto en la definición, sino en el proceso de aplicar el test de discriminación creado por la sentencia 603-12-JP/19 que basa el análisis en la comparabilidad.

Hay que anotar que la noción de discriminación está ampliamente desarrollada en las AEP sobre acciones de protección frente a autoridades públicas.

Cuadro No. 6 Daño Grave

| No. de sentencia | Definiciones | Toma de otra sentencia |
|------------------|--|------------------------|
| 1072-21-JP/24 | Para la Corte Constitucional es evidente que una práctica análoga a la esclavitud como la servidumbre de la gleba generó un daño grave a las y los abacaleros y arrendatarios de las haciendas de Furukawa consistente en el sufrimiento por haber vivido y trabajado en una condición que anuló su dignidad humana durante varios años. | |
| 832-20-JP/21 | 109. Un daño se produce por el detrimento, menoscabo, perjuicio, lesión que una persona experimenta como consecuencia de una vulneración de derechos. Sobre la gravedad, la Corte Constitucional ha establecido que esta conlleva la peculiaridad de daño inminente , “esto es, que el efecto del acto cause gran deterioro ” a las y los accionantes y que las consecuencias del acto ilegítimo serán graves cuando el efecto que ha de producir es grande, | |

| | | |
|--|---|--|
| | cuantioso o casi permanente, es decir, cuando las consecuencias de la ejecución del acto son perjudiciales en gran medida ⁷⁴ . | |
|--|---|--|

El daño grave es definido aquí en dos sentidos como aflicción es decir daño inmaterial y daño inminente que causa gran deterioro.

Cuadro No. 7
Servicios públicos impropios

| No. de sentencia | Definiciones | Toma de otra sentencia |
|-------------------------|--|-------------------------------|
| 95-18-EP/24 | “aquellos prestados por personas privadas o particulares, pero bajo el control y regulación de la administración pública, manteniendo así, una actitud pasiva y mediata”. | 354-17-sep-CC Y 2951-17-EP-21 |
| 2951-17-EP/21 | “aquellos prestados por personas privadas o particulares, pero bajo el control y regulación de la administración pública, manteniendo así, una actitud más pasiva y mediata”. | 354-17-SEP-CC |
| 956-14-EP/21 | “aquellos prestados por personas privadas o particulares, pero bajo el control y la regulación de la administración pública, manteniendo así, una actitud más pasiva y mediata.” | 354-17-SEP-CC |

Cómo se puede ver claramente la Corte Constitucional en tres sentencias del período analizado se refiere a la categoría de servicios públicos impropios, pero mantiene intacta la definición desde 2017. Se refiere a los servicios públicos impropios como aquellos prestados por privados pero bajo el control de la administración pública.

Cuadro No. 8
Subordinación

| No. de sentencia | Definiciones | Toma de otra sentencia |
|--------------------------------|---|-------------------------------|
| 1072-21-JP/24 | Al contrario, la Corte encuentra que la empresa se aprovechó de la exclusión social de las y los abacaleros y arrendatarios, generada por sus condiciones de extrema vulnerabilidad (etnia y pobreza o extrema pobreza), factores que les hacían más susceptibles de ser víctimas de esclavitud o prácticas análogas. | |
| Sentencia 533-15-EP/23 | “una situación de desventaja producida debido a una relación jurídica que supedita a una parte frente a la otra; relación en la cual una de las partes está compelida a acatar las órdenes proferidas por quien, debido a su calidad, tiene la competencia para impartirlas. Lo cual genera una asimetría de poder”. | 832-20-JP/21 |
| Sentencia 1229-14-EP/21 | “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 vulneración de derechos constitucionales (...)”. | 354-17-SEP-CC |
| 832-20-JP/21 | <p>“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 vulneración de derechos constitucionales”</p> <p>La subordinación se produce en virtud de una situación de desventaja producida debido a una relación jurídica que supedita a una parte frente a la otra; relación en la cual una</p> | 354-17-SEP-CC |

| | | |
|--|--|--|
| | de las partes está compelida a acatar las órdenes proferidas por quien, debido a su calidad, tiene la competencia para impartirlas. Lo cual genera una asimetría de poder. | |
|--|--|--|

Salvo en el caso de Furukawua, que introduce la noción de las condiciones de extrema pobreza, vulnerabilidad y la condición de afrodescendientes, como elementos para identificar si existe o no subordinación en el caso específico. Las demás retoman la definición de la sentencia 354-17-SEP-CC, que pone énfasis en la situación de desventaja originada en una relación jurídica frente a otra persona, como, por ejemplo: la relación laboral de dependencia.

Conclusiones

En este marco la primera conclusión de este trabajo es que los conceptos fijados por la Corte Constitucional en las sentencias sobre el tema se han modificado poco y se han mantenido estrictamente en el ámbito teórico (salvo dos casos), no se ha hecho ningún esfuerzo por construir lo que Diego López Medina denomina escenarios constitucionales, es decir, contextos fácticos a los que sea posible aplicar el precedente⁵³⁴. Salvo el caso de Furukawua donde se introduce elementos fácticos específicos como “pobreza extrema” o condición de “afrodescendiente” para establecer el concepto de subordinación y la 832-20-JP/21 que, en cambio, introduce en la noción de indefensión introduce la “desventaja por la edad avanzada”.

Por otro lado, se evidencia que en las sentencias no se aborda el tema de las causales de justiciabilidad de acciones de protección frente a particulares como problemas jurídicos, aunque en algunas sentencias así se los llame, este punto es importante porque un problema jurídico, es una controversia teórico-práctica que permite la interpretación y aplicación de los principios constitucionales. Las sentencias lo plantean como asuntos meramente teóricos, que sirven para la admisibilidad de las acciones.

Aunque efectivamente hay más sentencias en este período, concretamente 26 que mencionan el tema, apenas 8 hacen cierto aporte, siempre básicamente teórico.

En cuanto al resultado del análisis cualitativo se debe indicar que, de los resultados analizados encontramos que no hay innovación, salvo dos casos específicos, el de Furukawua y el 832, ya mencionado. No se construyen escenarios constitucionales, sino que se integran ciertos elementos a las definiciones como ya se ha manifestado, posiblemente esto sea el resultado de haber adoptado la Corte Constitucional “el reenvío” como medio de reparación, lo que hace que devuelva los casos generalmente a los jueces inferiores para que nuevamente resuelvan, centrándose la Corte Constitucional

⁵³⁴ Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá: Legis, 2021

principalmente en verificar vulneraciones del debido proceso, lo que no permite verificar de forma directa la relación jurídica entre particulares.