

Aplicación de la teoría de la *Drittwirkung* en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana*

Application of the Drittwirkung theory in the Ecuadorean constitutional jurisprudence

Natalia Barona-Martínez**
baronanati@gmail.com

Resumen

Históricamente se ha entendido que los derechos humanos, considerados bajo sus sistemas de protección local e internacional, pueden ser exigibles de manera vertical al Estado. Sin embargo, en los últimos años, la corriente de la eficacia horizontal de los derechos, para su exigibilidad entre pares, ha tomado gran importancia en la doctrina y jurisprudencia. El presente trabajo analizará el desarrollo e implicaciones de la eficacia horizontal desde el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional ecuatoriano, viendo a ambos sistemas como complementarios en la protección de derechos.

Palabras clave

drittwirkung, eficacia horizontal de los derechos, personas particulares, derecho constitucional, derechos humanos

Abstract

Historically, it has been known that human rights, considered under their local and international protection systems, can be enforced vertically against the State. Nevertheless, in the last years, the third-party effect, which states that rights can be enforced between individuals, has taken great importance among jurists and jurisprudence. This article will analyze the development and implications of the third-party effect from international law and Ecuadorean constitutional law, looking them as complements for the protection of human rights.

Keywords

drittwirkung, third-party effect, private parties, constitutional law, human rights

Fecha de lectura: xx/xx/2020

Fecha de publicación: xx/xx/2020

* Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por el Dr. Juan Pablo Albán Aleancastro.

** © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Sumario: 1. Introducción. 2. Naturaleza de la teoría de la *Drittwirkung*. 3. Práctica del SIDH en la aplicación de la *Drittwirkung*. 3.1 Justificación normativa y jurisprudencial de la eficacia horizontal. 3.2 Eficacia horizontal directa en la jurisprudencia de la Corte IDH. 4. Aplicación de la *Drittwirkung* en Ecuador. 4.1 Implicaciones de la eficacia horizontal de los derechos en Ecuador. 4.1.1 Aplicación entre particulares. 4.1.2 Exigibilidad de los derechos entre particulares. 4.2 Viabilidad de la aplicación horizontal directa e indirecta en Ecuador. 5. Conclusiones.

1. Introducción

Los derechos humanos, usualmente vistos como límites al poder estatal, pueden ser también exigibles entre personas particulares que no tengan relación alguna con el Estado como concesionarios o prestadores de servicios públicos; sino, como simples agentes privados en relaciones con sus pares. Sin embargo, tal exigibilidad implica una regulación distinta y particular respecto de aquella en donde el Estado es únicamente el ente responsable para el respeto y garantía de los derechos. Dicha regulación se ha generado a través del desarrollo jurisprudencial y doctrinario de la llamada teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* (también conocida como eficacia horizontal de los derechos o *Third-party effect*). El presente artículo estudiará qué implica la teoría de la eficacia horizontal de los derechos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como el surgimiento de las obligaciones entre particulares.

Al efecto, y dado que la protección de los derechos humanos existe tanto a nivel nacional como internacional, la *Drittwirkung* debe ser estudiada desde estas dos perspectivas pues, especialmente en el caso de Ecuador, ambas son directamente aplicables y atañen a contextos particulares de protección de los derechos. Por un lado, a nivel internacional en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), se estudiarán las implicaciones de la teoría, a pesar del impedimento de la competencia *ratione personae* para la comparecencia de particulares ante cortes internacionales. Y, por otro lado, el análisis del trabajo se centrará también en la normativa nacional ecuatoriana para entender cómo funciona la *Drittwirkung* y su efectividad en el plano local.

Para el efecto, el trabajo empezará estudiando el origen y naturaleza de la teoría, así como las cuestiones debatidas alrededor de ella [§ 2]; para después analizar el empleo e implicaciones de la eficacia horizontal de los derechos en el SIDH [§ 3]; y, finalmente, las formas de aplicación y consecuencias de la *Drittwirkung* en Ecuador [§ 4].

2. Naturaleza de la teoría de la *Drittwirkung*

Actualmente, resulta casi innato pensar que el respeto y protección de los derechos humanos de las personas son exigibles al Estado, toda vez que son considerados como límites al poder público¹. En virtud del contrato social² y a la justificación constitucional detrás de esta afirmación, ella se ve atada a la idea de que -usualmente- el individuo se encuentra en desventaja frente al poder estatal³. Para compensar tal desequilibrio en las relaciones Estado-ciudadano, dado que los ciudadanos fueron quienes otorgaron tal poder al Estado, es razonable que este proteja sus derechos fundamentales a cambio⁴.

Sin embargo, tal idea se ha ido desarrollando poco a poco. Por ejemplo, una de las primeras muestras en este sentido es el emblemático caso *Lüth*⁵, en donde, en 1958 el Tribunal Federal Constitucional alemán se preguntó si los derechos fundamentales de las personas (naturalmente parte del derecho público) pueden afectar las relaciones privadas⁶. El Tribunal concluyó que, si bien los derechos fundamentales deben ser protegidos respecto de actuaciones estatales, ellos también incorporan valores que deben ser observados a través de todo el ordenamiento jurídico⁷; por lo que, “[l]a sustancia de los derechos fundamentales se encuentra expresada indirectamente en las normas de derecho privado”⁸. Asimismo, el Tribunal fundamentó que tiene competencia para revisar las decisiones judiciales de derecho privado únicamente para corregir errores sobre derechos fundamentales, y no sustantivos⁹.

A partir de tal decisión, en Europa se empezó a generar con mayor fuerza la idea de que los derechos fundamentales de las personas ya no sean solamente exigibles de manera vertical; es decir, en contra de actuaciones u omisiones estatales, sino también respecto de personas privadas¹⁰. Nació, por lo tanto, la teoría sobre la eficacia horizontal de los derechos, o conocida

¹ Ver, Pedro Nikken, “Sobre el concepto de derechos humanos”, 17 (conferencia presentada en el Seminario sobre Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, La Habana, Cuba 30 de mayo a 1 de junio de 1996).

² Ver, Thomas Hobbes, *Leviathan* (Baltimore: Penguin Books, 1968); John Locke, *Two Treatises of Government* (London: A Miller et al., 1764); Jean-Jacques Rousseau, *The Essential Rousseau: The Social Contract, Discourse on the Origin of Inequality, Discourse on the Arts and Sciences, The creed of a Savoyard Priest* (New York: New American Library, 1974).

³ Ver, J.W. Gough, “The Social Contract”, *The Philosophical Review*, Vol. 67, No. 2 (1958), 267-269.

⁴ Id.

⁵ Ver, Lüth/ BVerfGE 7, 198, Veit Harlan c. Erich Lüth, Tribunal Federal Constitucional de Alemania, Sentencia, 15 de enero de 1958. <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=51> (consultada el 21 de febrero de 2020).

⁶ Id.

⁷ Id.

⁸ Id., (traducción no oficial).

⁹ Id.

¹⁰ Ver, Andrew Drzemczewski, “Drittwirkung’ and the EHRC – an interim assessment”, *Kingston Law Review* 9 (1979), 197-198.

en alemán como *Drittwirkung der Grundrechte*. En la misma época del fallo de *Lüth*, al otro lado del océano, la Corte Suprema de Estados Unidos tenía en auge su teoría del *state action*, a través de la cual este órgano judicial “[...] insistía en la participación, en al menos algún grado, de una autoridad [...]”¹¹. Uno de los casos más simbólicos al respecto, es *Adickes v. S.H. Kress & Co.*, en el cual la Corte razonó que no puede existir discriminación si es que no hubo intervención estatal, pues la 14^{va} Enmienda de la Constitución de Estados Unidos no prohíbe a los ciudadanos la expresión de sus preferencias personales, y la segregación era considerada como una costumbre social¹².

Naturalmente, algunos autores europeos fueron críticos a la teoría en surgimiento. Por ejemplo, Alexy consideraba que la *Drittwirkung* ve a los derechos como normas sumamente abiertas e indeterminadas debido a su expansión, lo cual hace que él los entienda más bien como principios o mandatos de optimización hasta el punto de eliminar el nivel de subjetividad en ellos, y que sean principios objetivos¹³. Asimismo, Cannaris¹⁴ fue crítico a la teoría por “[...] propiciar la inseguridad jurídica, acabar con la autonomía privada y subordinar el derecho privado al constitucional [...]”¹⁵.

Sin embargo, el criterio mayoritario en la doctrina ha sido favorable a la eficacia horizontal de los derechos. Reconocidos autores como Drzemczewski¹⁶, Clapham¹⁷, Ovey & White¹⁸, y Alkema¹⁹ tomaron como objeto de estudio a la *Drittwirkung*, analizando sus implicaciones a nivel internacional y local. De hecho, el planteamiento detrás de la *Drittwirkung* está presente -al menos implícitamente-, incluso antes del fallo de *Lüth*; como,

¹¹ Javier Mijangos y González, “The doctrine of the *Drittwirkung der Grundrechte* in the case law of the Inter-American Court of Human Rights”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho* 1 (2008), 9 (traducción no oficial).

¹² *Adickes v. S.H. Kress & Co.* Corte Suprema de Estados Unidos. Sentencia, 1 de junio de 1970. Citado por Javier Mijangos y González, “The doctrine of the *Drittwirkung der Grundrechte* in the case law of the Inter-American Court of Human Rights”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho* 1 (2008).

¹³ Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, en *Der Staat*, 1990, Vol. 1, No. 29, 56. Citado por Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000), 70.

¹⁴ C.W. Cannaris, “Grundrechte und Privatrecht”, en *Archiv für die civilistische Praxis* (1984), 201-246. Citado por Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000), p. 116.

¹⁵ Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000), 116.

¹⁶ Andrew Drzemczewski, “Drittwirkung’ and the EHRC – an interim assessment”, *Kingston Law Review* 9 (1979).

¹⁷ Andrew Clapham, “The ‘Drittwirkung’ of the Convention”, en *The European System for the Protection of Human Rights*, eds. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher y Herbert Petzold, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 163-206.

¹⁸ Clare Ovey y Robin C.A. White, *Jacobs & White European Convention on Human Rights*, 3era Ed., (Oxford: Oxford University Press, 2002).

¹⁹ Evert Alvert Alkema, “The third-party applicability or ‘Drittwirkung’ of the ECHR”, en *Protecting Human Rights, the European Dimension: Studies in honour of Gérard J. Wiarda* (Köln:Heymanns, 1988), 33-45.

por ejemplo, en el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, DADH)²⁰, hecho también perceptible en otros sistemas de protección de derechos humanos, como el europeo, universal, y africano^{21 22}. Actualmente, “[...] debe estar fuera de duda que los individuos tienen deberes emanados de los tratados y del derecho internacional, y que dichos deberes pueden estar relacionados con los derechos humanos”²³. De hecho, la existencia de normas que habilitan la legitimación pasiva en contra de particulares a nivel interno²⁴, ya indica también que localmente los particulares tienen obligaciones para la protección de los derechos.

Así, aunque la interrogante sobre la viabilidad o no de la *Drittwirkung* se encuentra superada, existen todavía cuestiones sobre las cuales el análisis de la teoría es complejo, tanto a nivel nacional como internacional. En primer lugar, existe una discusión respecto a qué implica la teoría. Por un lado, una perspectiva explica que la *Drittwirkung* prevé que las normas de derechos humanos se aplican a las relaciones entre privados²⁵; y, por otro lado, existe la interrogante de si es que la teoría se refiere a la “[...] posibilidad de un individuo de hacer efectivos sus derechos respecto de otro individuo”²⁶ (temas que son precisamente criticados por doctrinarios como Eric Engle, por la ambigüedad que conllevan²⁷).

Del mismo modo, hay que considerar que la teoría ha sido interpretada a través de su eficacia horizontal directa o indirecta. Por su parte, la corriente del efecto horizontal directo

²⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948, Preámbulo.

“El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad (énfasis añadido)”.

²¹ Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Carlos María Pelayo Möller, “Artículo 32: Correlación entre deberes y derechos”, 889, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, 2da Ed., eds. Marie Christine Fuchs y Christian Steiner, coord. Patricia Uribe Granados (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 885-895.

²² Un aspecto interesante del Sistema Africano de Derechos Humanos es que la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (o Carta de Banjul), en contraste con los sistemas interamericano y europeo, establece los correlativos deberes de los derechos humanos reconocidos en ese instrumento. Sobre el Sistema Africano de Derechos Humanos, ver, Yuria Saavedra Álvarez, “El sistema africano de los derechos humanos y de los pueblos. Prolonguémonos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 8, (enero de 2008).

²³ Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Carlos María Pelayo Möller, “Artículo 32: Correlación entre deberes y derechos”, 888, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, 2da Ed., eds. Marie Christine Fuchs y Christian Steiner, coord. Patricia Uribe Granados (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 885-895.

²⁴ Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, “Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el Derecho Procesal Constitucional Comparado)”, 23, en *El Derecho de Amparo en el Mundo*, coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Héctor Fix-Zamudio, (México: Editorial Porrúa, 2006), 3-39.

²⁵ Leo Zwaak, “General Survey of the European Convention”, 29, en *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4ta Ed., eds. Pieter Van Dijk, et al (Amberes: Intersentia, 2006), 1-93 (traducción no oficial).

²⁶ Id.

²⁷ Ver, Eric Engle, “Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)”, *Hanse Law Review* 5, No. 2 (diciembre 2009): 165-176.

(*unmittelbare*) implica que las normas de derechos humanos sean directamente aplicables en las relaciones entre particulares²⁸. Y, el efecto horizontal indirecto o mediato (*mittelbare*) dice que “los valores y principios de los derechos fundamentales deben ser considerados por las cortes cuando decidan casos sobre derecho privado”²⁹. La eficacia de ambas perspectivas será analizada en el contexto de este artículo a nivel internacional y local.

Por último, la pregunta que también deviene de la eficacia horizontal de los derechos es si efectivamente los deberes de los particulares pueden emanar de los tratados, aún cuando ellos no mencionen expresamente esta teoría³⁰, y cómo son exigibles dichas obligaciones a los privados. Como se verá a lo largo de este trabajo, todas estas cuestiones se relacionan entre sí, pues la discusión sobre la aplicación de la teoría, se resume en sus alcances directo o indirecto; y, la discusión sobre la exigibilidad de los derechos, está reflejada en el origen y naturaleza de las obligaciones entre privados.

Ahora bien, para entender la lógica del análisis posterior en este trabajo resulta imperativo, “[...] hacer una distinción estricta entre la operación de la *Drittwirkung* a nivel nacional/constitucional y el asunto que la teoría genera [a nivel internacional]”³¹. Según Clapham, la aplicación a nivel nacional dependerá del marco normativo y constitucional de cada Estado para -ya sea- (i) la aplicación directa de un instrumento convencional; o, (ii) la aplicación de derechos constitucionales respecto de privados³² (este punto se tratará de manera más detallada en la sección § 4 de este trabajo). Por otro lado, - desde el Derecho Internacional Público (en adelante, DIP)- la aplicación internacional de la *Drittwirkung* es un poco más controversial, pues resulta complicado salirse del paradigma que Clapham llama “*the standard assumption*”, que se basa en la idea de que únicamente los Estados tienen *ius standi*³³. Como se verá más adelante, esta distinción es sumamente importante, pues la aplicación de la *Drittwirkung* en cada una de estas dimensiones tiene sus particularidades en razón de las relaciones que cada una regula y de la naturaleza de cada uno de los sistemas.

²⁸ Andrew Clapham, “The ‘Drittwirkung’ of the Convention”, 165, en *The European System for the Protection of Human Rights*, eds. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher y Herbert Petzold, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 163-206.

²⁹ Id., (traducción no oficial).

³⁰ Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Carlos María Pelayo Möller, “Artículo 32: Correlación entre deberes y derechos”, 888, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, 2da Ed., eds. Marie Christine Fuchs y Christian Steiner, coord. Patricia Uribe Granados (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 885-895.

³¹ Andrew Clapham, “The ‘Drittwirkung’ of the Convention”, 164-165, en *The European System for the Protection of Human Rights*, eds. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher y Herbert Petzold, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 163-206.

³² Id.

³³ Id., p. 165.

En la siguiente sección se analizará el desarrollo de la *Drittwirkung* a nivel internacional, haciendo especial énfasis al SIDH, en virtud de la extensión del trabajo y de la cercanía del ordenamiento jurídico ecuatoriano con el mismo. Se estudiará el alcance de la aplicación en el marco de los casos contenciosos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), y las obligaciones de los particulares en este sentido.

3. Práctica del SIDH en la aplicación de la *Drittwirkung*

En virtud de la aplicación de la *Drittwirkung* a nivel internacional, como se mencionó, es clara la existencia de una especie de impedimento, toda vez que los sujetos del DIP son - principalmente- los Estados³⁴ y la exigencia del respeto de los derechos como normas primarias respecto de particulares no es procesalmente posible. No obstante, la Corte IDH ha ido introduciendo a la teoría de la *Drittwirkung* de manera lenta y sutil a lo largo de su jurisprudencia.

En el SIDH, el juez Antônio Cançado-Trindade fue quien comenzó a mencionar expresamente a la *Drittwirkung* en el contexto de una revitalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH)³⁵, dejando parcialmente de lado la idea absoluta del *state action* para plantear la aplicación de las normas de derechos humanos respecto del Estado y de privados más allá del *ius standi* excluyente ante esta corte. Cabe aclarar, sin embargo, que a nivel internacional el *state action* no puede ser completamente abandonado pues los tratados de derechos humanos

[...] no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. *Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales* de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, *asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*³⁶.

En este sentido, el nivel internacional de aplicación de la *Drittwirkung* conlleva y regula específicamente la relación Estado-ciudadano, en donde el Estado responde y es responsable por cualquier vulneración a los derechos de las personas que se encuentran bajo su

³⁴ Ver, Manuel Becerra Ramírez, *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional* (México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2017), 116.

³⁵ Ver, Caso Blake v. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 24 de enero de 1998. Voto concurrente del juez Antônio A. Cançado-Trindade, párrs. 28-29.

³⁶ Opinión Consultiva OC-2/82 sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de septiembre de 1982, párr. 9 (énfasis añadido).

jurisdicción³⁷. Ahora, sin perjuicio de esto, si bien las personas particulares no tienen legitimación pasiva en el DIDH por la naturaleza sus tratados; la *Drittwirkung* implica precisamente la aplicación de las normas de derechos humanos en las relaciones Estado-ciudadano y/o ciudadano-ciudadano, no necesariamente para la declaración de la vulneración de un derecho (para lo cual sí existe la condición de que el sujeto imputable debe ser solamente el Estado), sino para la exigencia de su respeto a nivel colectivo³⁸.

En la siguiente sección se hará un análisis normativo y jurisprudencial para la justificación de la inmersión de esta teoría en el SIDH y poder entender el papel que juegan las cortes internacionales en la eficacia horizontal de los derechos en el marco de sus facultades convencionales. Cabe aclarar que el análisis se hará principalmente respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), sin perjuicio de la existencia de otros tratados internacionales en el marco del SIDH.

3.1 Justificación normativa y jurisprudencial de la eficacia horizontal

Haciendo un análisis cronológico, como se mencionó, la eficacia horizontal de los derechos está presente desde la adopción de la DADH [*supra* § 2]. Asimismo, en la CADH, la razón por la cual se puede deducir la *Drittwirkung* respecto de las obligaciones estatales³⁹ es porque el respeto de los derechos es “[l]a obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”⁴⁰. En este sentido, un Estado podría ser internacionalmente responsable frente a la existencia de actitudes de tolerancia, aquiescencia u omisión respecto de violaciones a derechos generadas por personas particulares⁴¹. Complementariamente, respecto a la obligación de garantía, según Ferrer MacGregor,

³⁷ Ver, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 1969, ratificada por el Ecuador el 12 de agosto de 1977, artículo 1.

³⁸ Ver, Caso Blake v. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 24 de enero de 1998. Voto concurrente del juez Antônio A. Cançado-Trindade, párrs 28-29; Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentado, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003, párr. 140.

³⁹ Artículos 1.1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁰ Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: Análisis comparativo* (Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1991), 65.

⁴¹ Según el artículo 2 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados sobre hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la acción u omisión del Estado pueden implicar la configuración de un hecho internacionalmente ilícito en la medida en que las normas primarias permitan que dichas conductas violen el DIP (o, en este caso, el DIDH). En este sentido, los

[l]a ‘horizontalidad’ de los derechos ha permitido que la Corte IDH haya determinado en varios casos responsabilidad internacional estatal por violación de derechos humanos por no prevenir, investigar y efectivamente sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos aun si estos son particulares, o en su defecto, no se ha podido establecer si eran agentes estatales o no⁴².

Particularmente, para el análisis de las obligaciones estatales cabe traer a discusión el emblemático caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* para analizar una de las posturas iniciales de la Corte IDH sobre este tema. En el estudio del SIDH, *Velásquez Rodríguez* es importante pues, siendo el primer caso contencioso de la Corte IDH, ella tuvo la oportunidad de aclarar varios conceptos sustantivos y adjetivos de la CADH.

En este sentido, la Corte IDH analiza la extensión de las obligaciones estatales y -a pesar de que no menciona expresamente a la *Drittwirkung*- explica que, si bien el Estado es el sujeto imputado por las violaciones de derechos, sus obligaciones no se limitan a prevenir, investigar, sancionar o reparar⁴³. De hecho, si es que la violación de derechos no es directamente imputable al Estado, esta puede -de todas formas- “[...] acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la *falta de la debida diligencia para prevenir la violación* o para tratarla en los términos requeridos para la Convención”⁴⁴. Análogamente, en el marco del caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, la Corte IDH señala que “[...] la Convención Belém de Pará obliga a los Estados partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra la mujer”⁴⁵. Es decir, el SIDH puede centrarse en las obligaciones del Estado, teniendo como antecedente una relación entre particulares.

Ahora bien, es pertinente mencionar que la Corte IDH ha aclarado que el deber de prevención tampoco puede generar responsabilidad internacional en cualquier caso, pues puede resultar muy amplio aplicado en las relaciones entre particulares. La corte ha dicho que debe tratarse de “[...] una *situación de riesgo real e inmediato* para un individuo o grupo de

Estados parte de la CADH pueden violar normas de este tratado por su omisión en la norma primaria de prevención.

⁴² Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Carlos María Pelayo Möller, “Artículo 32: Correlación entre deberes y derechos”, 891, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, 2da Ed., eds. Marie Christine Fuchs y Christian Steiner, coord. Patricia Uribe Granados (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 885-895.

⁴³ Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 29 de julio de 1988, párr. 172.

⁴⁴ Id. (énfasis añadido). Además, sobre el deber de debida diligencia, la Corte IDH en el caso *Familia Barros vs. Venezuela*, le dio una nueva dimensión -de mayor exigencia- de carácter especial y más estricto (párr. 124).

⁴⁵ Caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009, párrs. 252 y 253.

individuos determinado y a las *posibilidades razonables* de prevenir o evitar ese riesgo⁴⁶”. Sin embargo, como se analizará más adelante [*infra* § 4.2], el deber de prevención -particularmente en el marco de las relaciones privadas- se puede ver también a través de garantías políticas, normativas, institucionales o jurisdiccionales; lo cual no impide completamente al Estado de velar por el respeto de los derechos entre particulares⁴⁷.

Con respecto al deber de adoptar medidas de derecho interno -a nivel nacional-, este “[...] debe realizarse a través de lo que se denomina ‘control de convencionalidad’, según el cual el juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales [...]”⁴⁸, con el fin de que el Estado parte no invoque su derecho interno para justificar el incumplimiento de normas convencionales⁴⁹. Toda vez que, en el marco del SIDH, la *Drittwirkung* se enfoca en las obligaciones estatales con antecedentes en las relaciones privadas, si es que los Estados no adoptan disposiciones acordes a la CADH y su interpretación autorizada para el beneficio de las relaciones entre particulares -o no modifican o derogan aquellas contrarias a la CADH-, su conducta acarreará responsabilidad internacional.

Sobre el control de convencionalidad y su relación con la *Drittwirkung*, se hará un análisis más profundo en la sección sobre la viabilidad de la aplicación indirecta en Ecuador [*infra* § 4.2]. Por el momento, es suficiente aclarar que esta obligación estatal también implica la presencia de la *Drittwirkung* en la misma medida que el deber de prevención.

3.2 Eficacia horizontal directa en la jurisprudencia de la Corte IDH

Ahora bien, para un análisis más práctico, existen casos en la jurisprudencia interamericana en donde “[e]l actuar del Estado respecto a los conflictos de derechos entre particulares han sido los antecedentes directos de la disputa ante esta instancia internacional”⁵⁰, enfatizando en el desarrollo jurisprudencial de la *Drittwirkung* en el SIDH. Dada la complejidad del tema, y los eminentes casos provenientes de relaciones entre privados, en su

⁴⁶ Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, reparaciones y costas, 31 de enero de 2006, párr. 123 (énfasis añadido).

⁴⁷ Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos, Informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, párr. 89.

⁴⁸ Caso Heliodro Portugal vs. Panamá, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, párr. 180.

⁴⁹ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Viena, 1969, ratificada por el Ecuador el 11 de febrero de 2005, Artículo 27.

⁵⁰ Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Carlos María Pelayo Möller, “Artículo 32: Correlación entre deberes y derechos”, 892, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, 2da Ed., eds. Marie Christine Fuchs y Christian Steiner, coord. Patricia Uribe Granados (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 885-895.

momento la Corte IDH se planteó si era pertinente aplicar la teoría de la *Drittwirkung* de manera directa (*unmittelbare*) o indirecta (*mittelbare*).

Con el fin de hacer un breve análisis comparado para entender el desarrollo del SIDH, en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (en adelante, SEDH) el efecto de la horizontalidad es mediato o indirecto en razón de la falta de competencia de la Corte Europea *ratione personae*⁵¹. La justificación detrás de este enfoque es que “[...] los derechos del Convenio están inferidos para que privados, sobre la base de la obligación de los Estados de tomar medidas para hacer posible el ejercicio de los derechos, también tengan que hacer cumplir su derecho con otros”⁵². De esta forma, los privados están convencionalmente obligados para el respeto de los derechos; pero -al mismo tiempo-, la práctica del Tribunal es hacer alusión a las obligaciones positivas de los Estados para justificar su competencia en razón de la persona, provocando la imputabilidad indirecta del Estado por acciones de particulares.

Así, por ejemplo, en el caso *Young, James & Webster vs. Reino Unido*⁵³, la Corte Europea determinó que la promulgación legislativa del *Trade Union Labour Relations Act* fue la acción que violó el derecho a la libertad de asociación de los trabajadores sindicales⁵⁴, por impedir que se nieguen a formar parte de un *closed shop*⁵⁵. Asimismo, en *X & Y vs. Países Bajos*⁵⁶, a pesar de tratarse de un caso de violencia intrafamiliar que atenía al respeto a la vida privada⁵⁷, el análisis giró en torno a las obligaciones positivas del Estado, “[...] las cuales pueden involucrar la adopción de medidas para asegurarlo, incluso en la esfera de las relaciones entre privados”⁵⁸.

Por tanto, en materia de la *Drittwirkung*, el enfoque del SEDH mira a las obligaciones positivas de los Estados, pero tampoco deja de lado el hecho de que los derechos deberán hacerse valer entre privados; por lo que las peticiones individuales solamente son llevadas al Tribunal de Estrasburgo de forma indirecta⁵⁹. Así, las obligaciones de los particulares pueden

⁵¹ Convenio Europeo de Derechos Humanos, Roma, 1950, Artículo 35, numeral 3.

⁵² Leo Zwaak, “General Survey of the European Convention”, 29-30, en *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4ta Ed., eds. Pieter Van Dijk, et al (Amberes: Intersentia, 2006), 1-93 (traducción no oficial).

⁵³ *Young, James & Webster vs. Reino Unido*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 13 de agosto de 1981.

⁵⁴ Artículo 11, Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁵⁵ *Ver, Young, James & Webster vs. Reino Unido*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 13 de agosto de 1981.

⁵⁶ *Ver, X & Y vs. Países Bajos*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de marzo de 1985.

⁵⁷ Artículo 8, Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁵⁸ *X & Y vs. Países Bajos*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de marzo de 1985, párr. 23 (traducción no oficial).

⁵⁹ *Ver, Leo Zwaak*, “General Survey of the European Convention”, 29, en *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4ta Ed., eds. Pieter Van Dijk, et al (Amberes: Intersentia, 2006), 1-93 (traducción no oficial).

nacer de los artículos 8, 9, 10, 11⁶⁰; o, a través del artículo 17, el cual prevé la prohibición del abuso de derecho por parte de un Estado o cualquier particular a dedicarse a una actividad o acto que pueda afectar derechos⁶¹.

La Corte IDH, por su parte, en el mismo sentido de brindar argumentos alrededor del Estado como sujeto del DIDH por su competencia en razón de la persona⁶², le ha dado mas bien a su jurisprudencia un enfoque de aplicación directa de la horizontalidad de los derechos. Según Mijangos, la aplicación mediata a nivel internacional no es enteramente correcta, pues -analizando a los casos desde un punto de vista material- el efecto es directo porque lo que hace la Corte IDH es tratar a la responsabilidad internacional estatal desde antes de la violación de derechos por parte de privados⁶³. De hecho, en caso de haber implementado completamente la eficacia indirecta, la Corte IDH se hubiese convertido en una corte de apelaciones o cuarta instancia⁶⁴, lo cual hubiese desnaturalizado al sistema⁶⁵, que es visto como subsidiario⁶⁶.

Por tanto, la vía por la que se ha optado en el SIDH ha sido analizar a la eficacia horizontal de forma directamente aplicable al Estado y a los particulares. Así, no se abandona completamente al *state action* (que es la razón de ser del DIDH); pero el Estado tampoco es el único obligado a respetar los derechos de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, sino también personas particulares a través de sus actuaciones⁶⁷. De hecho, el *state action* es necesario en el ámbito internacional porque, en caso de plantearse la idea de la comparecencia de particulares ante cortes internacionales, el DIDH se transformaría en Derecho Penal Internacional.

La Corte IDH ha visibilizado esta posición en algunos de sus casos contenciosos, así como a través de su competencia consultiva. Al respecto, cabe destacar la Opinión Consultiva No. 18 que, en pocas palabras, explica que los derechos contenidos en la CADH son de

⁶⁰ Ver, Andrew Clapham, "The 'Drittwirkung' of the Convention", en *The European System for the Protection of Human Rights*, eds. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher y Herbert Petzold, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 163-206.

⁶¹ Ver, Id., 167-170.

⁶² Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 28, literal e).

⁶³ Ver, Javier Mijangos y González, "The doctrine of the Drittwirkung der Grundrechte in the case law of the Inter-American Court of Human Rights", *InDret, Revista para el análisis del Derecho* 1 (2008), 20-21.

⁶⁴ Ver, Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción preliminar y fondo, 3 de septiembre de 2012, párrs. 16-18.

⁶⁵ Ver, Javier Mijangos y González, "The doctrine of the Drittwirkung der Grundrechte in the case law of the Inter-American Court of Human Rights", *InDret, Revista para el análisis del Derecho* 1 (2008), 20-21.

⁶⁶ Ver, Caso Díaz Peña vs. Venezuela, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de junio de 2012, párr. 114.

⁶⁷ Caso Blake vs. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 24 de enero de 1998. Voto concurrente del juez Antônio A. Cançado-Trindade, párrs. 28-29.

naturaleza *ius cogens* y, por ende, de exigencia *erga omnes*⁶⁸. En materia de prestación de servicios públicos, en casos como *Ximenes Lopes vs. Brasil* o *González Lluy vs. Ecuador*, la Corte IDH hizo alusión al deber estatal de prevención y fiscalización “[...] aún cuando el servicio de salud lo preste una entidad privada”⁶⁹. Asimismo, respecto de la actividad de empresas extractivas, “[...] el Estado tiene el deber de proteger [...] con el fin de prevenir daños en el territorio indígena, inclusive aquel que proceda de terceros, a través de mecanismos adecuados de supervisión y fiscalización”⁷⁰.

En este sentido, si bien la responsabilidad internacional será del Estado por su omisión en el deber de prevención, muchas veces las violaciones pueden ser (y son) causadas por agentes privados, evidentemente existe una doble responsabilidad para el respeto de los derechos humanos más allá de la sola comparecencia del Estado ante esta corte internacional. Por tanto, la aplicación de la *Drittwirkung* en el plano internacional recae directamente al Estado, pero existe una eminente incidencia para los particulares en el sentido de hacer valer los derechos de los otros. En consecuencia -y en concordancia con la OC-18/03-, la exigencia de los derechos es para ambos actores: Estado y personas privadas.

4. Aplicación de la *Drittwirkung* en Ecuador

Ahora bien, para el análisis de la eficacia horizontal a nivel nacional/constitucional en Ecuador, hay que tomar en consideración que el plano de aplicación ya no es intrínsecamente conexo con las relaciones Estado-ciudadano como en el DIDH, pues nos encontramos en un escenario que no necesariamente se encuentra regulado por tratados internacionales de derechos humanos, sino por la Constitución de la República (en adelante, CRE) en donde es posible la regulación de relaciones entre pares (ciudadano-ciudadano). Por este motivo, la aplicación de la *Drittwirkung* a nivel local tiene implicaciones distintas y mucho más amplias que en el SIDH, pues las relaciones reguladas tienen más afinidad con la idea detrás de la eficacia horizontal como tal (sin la existencia del impedimento por la competencia *ratione personae* en cortes internacionales).

⁶⁸ Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003, párr. 140.

⁶⁹ Caso *González Lluy vs. Ecuador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2015, párr. 184. En el mismo sentido, *ver*, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia, 4 de julio de 2006, párr. 146; *Albán Cornejo vs. Ecuador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2007, párr. 119.

⁷⁰ *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2015, párr. 221.

Para el análisis de la *Drittwirkung* en Ecuador, en primer lugar se analizará cómo la *Drittwirkung* puede implicar tanto: **(i)** la aplicación entre particulares de las normas de derechos humanos; así como **(ii)** la exigibilidad de los derechos entre particulares. Para finalmente entender la aplicación de este primer punto a través de la eficacia horizontal directa e indirecta.

4.1 Implicaciones de la eficacia horizontal de los derechos en Ecuador

La discusión traída a colación al inicio de este artículo, abordada en el plano internacional, cobra sentido también en este punto, pues analizando la normativa ecuatoriana, se puede entender que ambas perspectivas divergentes ya no son realmente excluyentes entre sí, sino compatibles y complementarias la una con la otra. Como se pudo ver en la sección anterior, a nivel internacional, es posible la aplicación directa (y consecuente exigencia) de las normas de derechos humanos en las relaciones Estado-ciudadano y ciudadano-ciudadano; lo cual no significa que sea necesaria la legitimación pasiva de las personas particulares. Sin embargo, a nivel nacional, la aplicación de estas perspectivas es mucho más clara toda vez que la CRE da paso -de manera bastante amplia- a la regulación constitucional de las relaciones entre privados.

4.1.1 Aplicación entre particulares

La aplicación de las normas de derechos humanos entre particulares (sin consideración del derecho de acción que le corresponde, o la sola exigencia de su respeto) puede ser posible en Ecuador por distintas vías. Para analizarlas, es necesario hacer una distinción, pues la aplicación puede provenir de distintos tipos de normas, así como dentro de un procedimiento en particular. En primer lugar, con respecto a los procedimientos para la aplicación horizontal de las normas de derechos humanos, puede darse, **(i)** en procesos de garantías jurisdiccionales -un punto que puede ser considerado indiscutible por la naturaleza jurídica de las garantías-; así como en **(ii)** cualquier proceso administrativo o judicial.

Claramente, en el marco de las garantías jurisdiccionales, la aplicación de las normas de derechos humanos es, no sólo necesaria, sino intrínseca de ellas. En la medida en que estas garantías “[...] descansan en la intervención jurisdiccional cuando las [garantías] políticas o

las normas no cumplen con sus objetivos o violan derechos”⁷¹, los particulares, en calidad de accionantes, pueden demandar la violación de un derecho por un acto de otro particular y la consecuente reparación integral⁷². Llamen la atención, antes que nada, aquellas acciones que tienen una legitimación pasiva más amplia, como la acción de protección⁷³, el *habeas corpus*⁷⁴, *habeas data*⁷⁵, o acción de incumplimiento⁷⁶, para las cuales todos los jueces de instancia pueden fungir como jueces constitucionales⁷⁷.

De la misma manera, la aplicación horizontal de las normas de derechos humanos se puede dar en el contexto de cualquier proceso administrativo o judicial a través del efecto de irradiación de los derechos [*infra* § 4.2]. Sin importar la existencia de la vulneración de un derecho o no, las autoridades administrativas o judiciales siempre deben considerar las normas de derechos humanos en sus decisiones. Toda vez que “[e]l deber más alto del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”⁷⁸, es esencial la aplicación de los principios y garantías previstos en la CRE; lo cual no debe resultar una tarea desconocida para los operadores de justicia en virtud de su obligación de la aplicación de los controles de convencionalidad y constitucionalidad [*infra* § 4.2].

Ahora bien, con respecto a las normas que pueden ser declaradas como vulneradas en el contexto de las relaciones entre privados pueden ser, como lo explica Clapham⁷⁹ [*supra* § 2], convencionales o constitucionales. Ecuador resulta una excelente representación de esta aseveración desde la perspectiva de un sistema monista, pues las garantías jurisdiccionales “[...] tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos [...]”⁸⁰, en cuyo caso, cualquiera de las dos normas puede ser alegada, y las autoridades están obligadas a respetarlos

⁷¹ Ramiro Ávila Santamaría, “De amparo a la acción de protección jurisdiccional”, 232, en *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, ed., Dunia Martínez Molina, Dunia (Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2011), 231-267.

⁷² Artículos 6 y 18, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [LOGJCC], R.O. Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

⁷³ Artículo 88, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

⁷⁴ Artículo 89, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷⁵ Artículo 92, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷⁶ Artículo 162, LOGJCC.

⁷⁷ Artículo 7, LOGJCC.

⁷⁸ Artículo 11, numeral 9, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷⁹ Andrew Clapham, “The ‘Drittwirkung’ of the Convention”, 165, en *The European System for the Protection of Human Rights*, eds. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher y Herbert Petzold, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 163-206.

⁸⁰ Artículo 6, LOGJCC.

y repararlos⁸¹ en la medida del principio pro persona⁸². Por el contrario, desde el punto de vista de un sistema dualista, si bien los instrumentos internacionales no pueden ser directamente aplicables, sus disposiciones deben encontrarse en sintonía con el ordenamiento nacional, lo cual implica ya -de cierta manera- que existe una eficacia horizontal de los derechos, no desde una aplicación directa de las normas internacionales, sino desde las locales⁸³.

4.1.2 Exigibilidad de los derechos entre particulares

Por otro lado, se encuentra el complemento de la aplicación de los derechos: “[...] *the enforcement of these rights against another individual*”⁸⁴. Al término “*enforcement*” se lo puede entender como la necesidad de la existencia de un mecanismo que ampare contra actos que violen derechos fundamentales para buscar la exigibilidad del derecho entre particulares; o simplemente para exigir el respeto o para hacer valer los derechos respecto de otros individuos, lo que -consecuentemente- implica entender el origen y naturaleza de las obligaciones entre pares. En el sistema jurídico ecuatoriano, ambas perspectivas tienen cabida.

En primer lugar, la necesidad de la existencia de un mecanismo que ampare contra actos que violen derechos fundamentales⁸⁵ se encuentra no sólo a nivel nacional, sino también en derecho comparado latinoamericano⁸⁶. En Ecuador, como se mencionó en la sección anterior, a través de las garantías jurisdiccionales se puede ver -no solamente- la aplicación horizontal de las normas de derechos; sino también la posibilidad de exigir ante los jueces competentes la declaración de la violación de un derecho, y su consecuente reparación integral. La CRE brinda la oportunidad a “[c]ualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad [a] proponer las acciones previstas en [ella]”⁸⁷ con el fin de hacer valer sus derechos en caso de que ellos se vean vulnerados.

⁸¹ Dean Spielmann, “Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention”, en *L’interpretation de la Convention européenne des droits de l’homme*, ed., Frédéric Sudre (Bruselas: Nemesis, 1998), 133-174.

⁸² Artículo 2, numeral 1, LOGJCC.

⁸³ Ver, Clare Ovey y Robin C.A. White, *Jacobs & White European Convention on Human Rights*, 3era Ed., (Oxford: Oxford University Press, 2002).

⁸⁴ Leo Zwaak, “General Survey of the European Convention”, 29, en *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4ta Ed., eds. Pieter Van Dijk, et al (Amberes: Intersentia, 2006), 1-93 (traducción no oficial).

⁸⁵ Artículo 25, numeral 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸⁶ El -usualmente- conocido como recurso de amparo, se encuentra en varios países a nivel constitucional. Para conocer más sobre la expansión mundial del amparo, ver, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, “Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el Derecho Procesal Constitucional Comparado)”, 12-14, en *El Derecho de Amparo en el Mundo*, coords., Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Héctor Fix-Zamudio (México: Editorial Porrúa, 2006), 3-39.

⁸⁷ Artículo 86, numeral 1, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Precisamente, la discusión de si es que la eficacia horizontal es -únicamente- la aplicación o la exigibilidad del respeto de los derechos entre particulares queda zanjada en este punto, pues mediante la aplicación de garantías jurisdiccionales, pueden efectivamente aplicarse normas de derechos, pero también exigirse a nivel judicial. Como se mencionó en su momento, es importante mirar a la aplicación y al derecho de acción como un complemento en sus perspectivas nacional e internacional, pues no puede existir una aplicación sin la posibilidad de exigir el respeto del derecho como tal.

Para efectos de este artículo, se hará referencia de manera particular a la acción de protección por ser el “[...] proceso constitucional genérico de mayor alcance en la protección de los derechos y libertades fundamentales, excluyendo a los instrumentos jurisdiccionales de tutela específica”⁸⁸, pues atacan de manera directa a actuaciones u omisiones estatales⁸⁹. Lo interesante de la exigibilidad de los derechos desde la perspectiva de la acción de protección es que, a diferencia de los sistemas internacionales de protección, es posible la legitimación pasiva en contra de particulares en aquellos casos en donde -específicamente- se pruebe la existencia de un daño grave, la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión, o exista un acto discriminatorio⁹⁰. La razón por la cual se puede justificar la comparecencia de particulares como accionados en procesos constitucionales -sin que tengan vinculaciones con el Estado en calidad de prestadores de servicios públicos o concesionarios- es porque “[I]o que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y [la acción de protección], no es el origen de la restricción, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados⁹¹”. En otras palabras, el objetivo del Estado a través de estas garantías es el respeto de los derechos, independientemente de quién los vulneró.

Por otro lado, para entender cómo los jueces y cualquier persona en particular, pueden exigir el respeto de los derechos, antes que nada, es necesario remitirse a la ya mencionada OC-18/03 [*supra* § 3.2]. Toda vez que los derechos convencionales son de directa e inmediata

⁸⁸ Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, “Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el Derecho Procesal Constitucional Comparado)”, 9, en *El Derecho de Amparo en el Mundo*, coords., Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Héctor Fix-Zamudio (México: Editorial Porrúa, 2006), 3-39.

⁸⁹ Por ejemplo, la acción de acceso a la información pública, acción por incumplimiento, acción de incumplimiento, o acción extraordinaria de protección son recursos directos en contra de actuaciones estatales; en donde no es viable la exigencia del respeto de los derechos de manera directa.

⁹⁰ Artículo 41, LOGJCC.

⁹¹ Angel S. Siri. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1957. Citado en *El Tribunal Constitucional reescribe el Derecho: Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho*, Gerardo Eto Cruz et al. (Lima: Gaceta Jurídica, 2011), 71.

aplicación⁹², su naturaleza es de respeto *erga omnes*⁹³. En el mismo sentido, existe una “[...] expectativa de respeto [común] a los derechos constitucionales”⁹⁴, lo cual conlleva a que cuando concurre una vulneración de derechos (por parte de agentes estatales o privados), -en virtud de la interdependencia de los derechos⁹⁵- nace el eminente derecho constitucional a la reparación integral⁹⁶, que “[...] brinda materialidad a las garantías jurisdiccionales”⁹⁷. Particularmente, en Ecuador existe una diferencia interesante en materia de reparaciones económicas dependiendo de si el infractor de los derechos es el Estado o un particular. Conforme la Corte Constitucional, si es que un particular es la persona obligada al pago para el proceso de reparación, “[...] la autoridad competente para sustanciar y resolver el proceso de ejecución de reparación económica es [el mismo juez] que conoció en primera instancia [...] mediante un proceso verbal sumario”⁹⁸; y cuando la vulneración proviene del Estado, el juez competente será el Tribunal Contencioso Administrativo⁹⁹.

4.2 Viabilidad de la aplicación horizontal directa e indirecta en Ecuador

Como resultado del análisis previo, en esta sección se analizará que la aplicación y exigibilidad de los derechos entre particulares conllevan también la eficacia directa o indirecta de la *Drittwirkung* en el sentido de que ninguno de los dos tipos de eficacia necesita la declaración de la vulneración de un derecho como tal. En primer lugar, con respecto a la aplicación directa es necesario aclarar que, tal como se mencionó al inicio de este trabajo, este se concentra desde dos alcances de la eficacia horizontal: internacional y nacional/constitucional [*supra* § 2]. Por un lado, a nivel internacional existe una aplicación directa -sin perjuicio de la competencia en razón de la persona- alrededor del análisis de las obligaciones del Estado y su falla en el deber de prevenir una violación en particular. Por otro lado, a nivel local, existe también eficacia directa que, en contraste con la perspectiva internacional, debido a las relaciones que regula (ciudadano-ciudadano) se ve reflejada en las

⁹² Artículo 11, numeral 3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁹³ Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003, párr. 140.

⁹⁴ 004-13-SAN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de junio de 2013, 24.

⁹⁵ Artículo 86, numeral 3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁹⁶ 004-13-SAN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de junio de 2013, 24.

⁹⁷ Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013).

⁹⁸ 011-16-SIS-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de marzo de 2016, 16.

⁹⁹ Id.

garantías jurisdiccionales que se pueden presentar en contra de particulares. Es decir, son dos alcances distintos, pero completamente válidos, a la eficacia directa de los derechos.

Complementariamente, la eficacia directa es efectiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano toda vez que, en las demandas de garantías, es viable la alegación de la vulneración de derechos convencionales por su aplicación directa e inmediata¹⁰⁰. Esta situación, por ejemplo, no tiene cabida en países como España y Alemania porque “[...] sus tribunales constitucionales, por disposición de sus leyes que los regulan, han proclamado que los derechos sólo pueden tener una eficacia indirecta o mediata entre particulares, por lo que a través del recurso de queja constitucional o del amparo no es posible que sean tutelados directamente”¹⁰¹ (lo cual se puede corroborar también con el caso *Lüth* [*supra* § 2]).

Por su lado, la eficacia indirecta también se encuentra presente en el ordenamiento ecuatoriano de distintas formas. Dado que la aplicación de la eficacia horizontal se puede dar también en cualquier proceso administrativo o judicial [*supra* § 4.1.1], en ellos resulta necesario que los operadores de justicia tomen en cuenta al efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*), que es uno de los principios obtenidos del fallo de *Lüth* que dice que “[...] los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, ‘para todos los ámbitos del derecho’”¹⁰². Por ende, el alcance de la eficacia horizontal a través de su aplicación mediata es mucho más amplio que la directa pues, de todas formas, los derechos siempre serán tomados en cuenta en las relaciones entre particulares, independientemente de la acción que se tome.

En el sistema nacional, el efecto de irradiación de los derechos puede verse reflejado a través del control de convencionalidad y control de constitucionalidad. Con respecto al primero, tiene base normativa en los artículos 1.1 y 2 de la CADH [*supra* § 3.1], e implica verificar la aplicación “[...] entre las normas jurídicas internas que [se] aplican en los casos concretos y la [CADH]. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino la interpretación que del mismo ha hecho la [Corte IDH] [...]”¹⁰³. En este sentido, el Estado ecuatoriano (no solamente a través del Poder Judicial, sino todas sus autoridades¹⁰⁴)

¹⁰⁰ Artículo 11, numeral 3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰¹ Angel S. Siri. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1957. Citado en *El Tribunal Constitucional reescribe el Derecho: Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho*, Gerardo Eto Cruz et al. (Lima: Gaceta Jurídica, 2011), 71.

¹⁰² Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 11 (2009), 6.

¹⁰³ Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

¹⁰⁴ Caso Gelman vs. Uruguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, párr. 239.

debe velar por el mejor cumplimiento de sus obligaciones internacionales y su consecuente deber de prevención para evitar la vulneración de derechos convencionales, adoptando disposiciones de derecho interno concordantes con la CADH. Así, por ejemplo, es posible evitar la vulneración de derechos por actos de particulares a través de la implementación de garantías políticas y normativas¹⁰⁵ para que después, a través de la eficacia directa, entren en juego las garantías jurisdiccionales para reparar aquellos derechos violados¹⁰⁶.

Asimismo, por el principio de supremacía constitucional¹⁰⁷, el control de constitucionalidad permite entender a la eficacia horizontal indirecta porque, en virtud de este concepto, cualquier decisión no debe oponerse a la CRE¹⁰⁸. Con respecto al control de constitucionalidad abstracto, “[...] tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o forma [...]”¹⁰⁹ a través de acciones de inconstitucionalidad. Así, para evitar que cualquier norma viole derechos en el contexto de las relaciones entre particulares, el control abstracto procurará actuar con el fin de respetar los principios y derechos de la CRE ya sea en un contexto de una relación Estado-ciudadano, o ciudadano-ciudadano. Por último, el control de constitucionalidad concreto -que puede ser análogamente comparado con el principio de irradiación-, funciona para “[...] garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales”¹¹⁰; lo cual podría abarcar a aquellas garantías jurisdiccionales que no tienen una legitimación pasiva en contra de particulares, o cualquier proceso administrativo o judicial.

5. Conclusiones

Para entender a la teoría de la eficacia horizontal de los derechos, no es aconsejable verla únicamente como la posibilidad de hacer efectivos los derechos entre particulares o como la sola aplicación de los derechos en las relaciones entre particulares. El desarrollo de la teoría de la *Drittwirkung* a lo largo de los años y en los distintos sistemas jurídicos del mundo, ha permitido que ella no se reduzca solamente a una posibilidad, sino que pueda presentarse en

¹⁰⁵ Ramiro Ávila Santamaría, “De amparo a la acción de protección jurisdiccional”, 232, en *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, ed., Dunia Martínez Molina, Dunia (Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2011), 231-267.

¹⁰⁶ Id.

¹⁰⁷ Artículo 424, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰⁸ Sobre la naturaleza del control de constitucionalidad, ver, Gil Barragán Romero, “El control de la constitucionalidad”. *Iuris Dictio* 2 (2000): 82-83.

¹⁰⁹ Artículo 74, LOGJCC.

¹¹⁰ Artículo 141, LOGJCC.

distintos formatos, dependiendo del contexto jurídico y los actores en él. Como se ha podido evidenciar a partir del análisis de este trabajo, una de las primeras conclusiones es que la *Drittwirkung* -ya sea a nivel internacional o nacional/constitucional- no abarca única y excluyentemente a la aplicación o a la exigibilidad de los derechos humanos entre particulares, ya que no puede haber exigibilidad de los derechos entre particulares sin la posibilidad de aplicarlos (independientemente de su forma directa o indirecta).

A nivel internacional -siendo un contexto con influencia del *state action* por la naturaleza del DIP, DIDH y las relaciones que ellos regulan-, la exigibilidad de los derechos nace respecto de dos actores: el Estado y los agentes privados. Para el Estado, naturalmente está obligado en la medida de sus compromisos internacionales a través de la ratificación a los tratados de derechos humanos (tratándose, particularmente en el contexto de este trabajo, la CADH). En casos de violaciones a derechos como consecuencia de una relación entre personas particulares, prevalece en el SIDH el deber del Estado de debida diligencia, prevención y fiscalización que pudo haber evitado dicha vulneración. Sin embargo, los otros actores que no pueden comparecer en cortes internacionales también tienen el deber de velar por los derechos de sus pares porque su respeto es de carácter *erga omnes* y, si bien el Estado responderá internacionalmente, el deber de protección les corresponde a todos. De forma complementaria, la aplicación de la eficacia horizontal es directa en el SIDH en razón de que no es necesaria la declaración de la vulneración de un derecho para hablar de *Drittwirkung* como tal. La sola consideración de un antecedente privado en instancias internacionales y su pertinente análisis, ya implica que los jueces interamericanos toman en cuenta a la eficacia de los derechos entre particulares.

Asimismo, desde la perspectiva de la regulación de las relaciones ciudadano-ciudadano, la eficacia horizontal de los derechos está presente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de distintas aplicaciones. Desde la exigibilidad de los derechos entre particulares, hay que considerar que su respeto nace por la naturaleza *erga omnes* de los derechos convencionales por la aplicación directa e inmediata. Con la exigibilidad, a nivel nacional también aparece la aplicación directa en el marco de las garantías jurisdiccionales con legitimación pasiva amplia; y, la eficacia mediata reflejada en el efecto de irradiación de los derechos, los controles de constitucionalidad y convencionalidad, y las garantías políticas y normativas (instituciones que pueden actuar como medios preventivos o represivos). Complementariamente, para la aplicación de la *Drittwirkung*, más allá de la existencia de garantías jurisdiccionales, existen también otros procesos administrativos o judiciales que

pueden implicar la aplicación de normas de derechos humanos convencionales o constitucionales.

Sin embargo, todavía cabe preguntarse qué tan lejos debe llegar la eficacia horizontal. Si bien a nivel internacional su aplicación puede estar mucho más limitada, es necesario analizar si el ordenamiento ecuatoriano debería ampliar más las condiciones para la efectividad de esta teoría y brindar más opciones a los particulares. ¿Sería viable la eliminación de las condiciones de subordinación e indefensión para la acción de protección y permitir una justiciabilidad más directa de los derechos? ¿Es necesaria dicha condición? O, ¿podría el Estado responder a nivel nacional como lo hace a nivel internacional a través de la *Drittwirkung*? Son preguntas que aún deben analizarse en trabajos posteriores; pero, por el momento es importante tomar en cuenta el reconocimiento de la eficacia horizontal en Ecuador en sus distintas fases, lo cual únicamente brinda mayor protección a las personas.