

Iuris Dictio.

Nº 27, JUN. 2021

E-ISSN 2528-7834

*Dossier:
El Derecho y su implicación con
los Objetivos de Desarrollo Sostenible*



USFQ
PRESS

Iuris Dictio

Director editorial

Diego Falconí Trávez

Coordinador editorial

Efraín Caravantes

Comité científico

Catalina Botero (Universidad de los Andes, Colombia), Paolo Carozza (Notre Dame University, Estados Unidos), Larry Catá Backer (Penn State Law, Estados Unidos), Fabián Corral Burbano de Lara (Academia Ecuatoriana de la Lengua, Ecuador), Alejandro Guzmán (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile), Andrés Jakab (Instituto de Estudios Jurídicos de la Academia Húngara de las Ciencias, Hungría), Esther Torrellas (Universidad de Salamanca, España), Peter Van den Bossche (Maastricht University, Holanda), Virginia Zambrano (Universidad de Salerno, Italia).

Comité editorial

Marena Briones, Eddy de la Guerra, Johanna Fröhlich, Andrés Felipe López Latorre, Andrés Martínez, Álvaro Paúl, José Gustavo Prieto, Daniela Salazar.

Asistentes editoriales

Paula Cantos Cárdenas, Martín Cordovez, Juan Felipe Idrovo, María Paz León, Eduarda Navarrete, Ángeles Obando, Tamyra Pinos Camacho, Alicia Salgado Macías, Steven Vásconez Jácome, Miguel Ángel Villegas.

Diseñadora

Mayra Overney-Falconí

Webmaster

Jaime Páez

Maquetador

Felipe Trávez

Traductora

Megan Edwards

Revisores pares

Adriana Abril, María Almodóvar, Camilo Arancibia, Javier Arcentales, Francisco Bermeo, Eva Blasco, Hugo Cahueñas, Esteban Canelos, Cristina Carpio, Antonella Furlato, Darwin García, Mauricio Maldonado, Andrés Martínez, Dunker Morales, Daniela Ochoa Pesantez, Alejandra Pozo, Martina Ragozzino, Oswaldo Santos, Silvana Tapia, Sandro Vallejo, Paula Vásquez.

Licencia legal: Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.



LC: KHK 10 .197 CDD: 340.05

Iuris Dictio [Publicación Periódica] / Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.
Año 1, No 1 (ene 2000), Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2000-v. Semestral –junio-diciembre
ISSN: 1390-6402 e-ISSN: 2528-7834 1. Jurisprudencia – Ecuador – Publicaciones seriadas. 2. Interpretación del Derecho.
Publicaciones seriadas I. Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia

E-mail: revistaiurisdictio@usfq.edu.ec

Página web: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio>

POLÍTICA DE PUBLICACIÓN

Juris Dictio es una publicación arbitrada que se orienta al estudio del Derecho. Su objetivo es difundir investigaciones originales y recientes que contribuyan al análisis y discusión del complejo fenómeno jurídico.

Con el objetivo de que el debate se difunda de modo extenso, periódico y en el marco de una academia internacional socialmente responsable, *Juris Dictio* se publica de manera semestral y todos sus artículos son de libre acceso y circulación.

La revista fue fundada en 1998 y está adscrita al Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Se basa en la filosofía de Artes Liberales y, en tal virtud, acoge a especialistas de diversas instituciones y experiencias académicas como parte de su equipo editorial.

En su afán de entender al mundo contemporáneo, la revista intenta que cada uno de sus números conjugue el análisis generalista del Derecho con la especialización requerida por determinados temas jurídicos, a través de la publicación de artículos y reseñas innovadores y de calidad por parte de personas interesadas en el quehacer académico.

Juris Dictio se orienta a un público especialista en el Derecho. No obstante, la sección de Entrevistas busca tener un alcance más divulgativo que apunta a que personas que no necesariamente conocen a profundidad el derecho puedan acercarse al quehacer jurídico.

1. Política de secciones

Juris Dictio posee cuatro secciones: dossier, miscelánea, reseñas y entrevistas.

Dossier

La sección monográfica o dossier tiene como objetivo reunir un conjunto de artículos, cuyas contribuciones supongan una aportación original, en torno a un tema especializado para el Derecho. Los artículos para el dossier son enviados a la revista en respuesta a una convocatoria que ha sido previamente anunciada y que rige entre los 8 y 12 meses, periodo en el cual las personas interesadas envían sus trabajos para su evaluación. Los artículos a enviarse pueden ser de cuatro tipos: a) análisis teóricos o doctrinales; b) análisis de normativas nacionales o internacionales; c) comentarios jurisprudenciales; d) análisis comparatistas.

La sección monográfica es coordinada por un/a especialista en el área. Todos los artículos deben ajustarse a los criterios del Manual de estilo de la revista y responder a las Normas de Publicación. Asimismo, todos los artículos enviados deben ser inéditos y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).

Miscelánea

La sección miscelánea está compuesta por artículos doctrinales, reseñas legislativas, comentarios jurisprudenciales de temática libre y análisis comparatistas del derecho, siempre que se correspondan con el ámbito de la revista. Serán descartados del proceso de evaluación todos aquellos artículos que no cumplan con las Normas de Publicación y el Manual de estilo de la revista. Los artículos enviados a esta sección deben ser originales y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 mil caracteres (sin espacios).

Reseñas

La sección de reseñas está destinada a la revisión de las novedades editoriales en el ámbito del derecho. Los libros reseñados deben tener una fecha de publicación de no más de 2 años, respecto del año de publicación del número de la revista. La extensión de las reseñas no debe superar las 3.000 palabras y deben ser originales e inéditas.

Entrevistas

Esta sección está destinada a la recoger entrevistas realizadas a juristas o bien a especialistas de otras áreas, que a pesar de no ser del área del derecho, realicen un aporte al complejo fenómeno jurídico en la contemporaneidad.

2. Proceso de revisión por pares

Los artículos recibidos, sin excepción, serán sometidos a un primer proceso de evaluación por parte de las personas que componen el Comité Editorial, cuya función es avalar que los artículos cumplen con los parámetros mínimos de calidad exigidos por *Iuris Dictio*; o bien rechazarlos. Los/as autores/as serán notificados/as de la aceptación preliminar o denegación de sus artículos en los seis meses luego del cierre de la convocatoria, contando desde el día de recepción del texto.

Posteriormente, cada artículo que pase este filtro inicial será examinado a ciegas por dos evaluadores/as externos/as especialistas en la materia, quienes podrán decidir publicar el artículo, publicarlo con correcciones o no publicarlo. En caso de no haber acuerdo entre ambos/as, se enviará el artículo a un/a tercer/a evaluador/a que tendrá voto dirimente. Una vez tomada la decisión, se enviará de vuelta el artículo a su autor/a para que realice las correcciones pertinentes de acuerdo a estrictos tiempos que garantizan la publicación semestral de la revista.

Las reseñas no estarán sujetas a la evaluación por pares.

3. Frecuencia de publicación

La publicación de la revista es semestral, teniendo una edición en junio (enero-junio) y otra en diciembre (julio-diciembre). Para cumplir con estas fechas, un estricto calendario rige los tiempos operacionales de la revista y por ello se notificará con tiempo a los/as autores/as tanto la recepción como la evaluación y posible revisión de los artículos.

4. Política de acceso abierto

Todo el contenido de la revista está publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Al ser una publicación online que se difundirá bajo la plataforma OJS (Open Journal Systems) que ahora se está implementando en la revista, intenta garantizar la transparencia de sus procesos y la gratuidad de sus aportaciones. No obstante, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito tiene la potestad de impresión de ciertos ejemplares para el uso en bibliotecas y otros espacios distintos al ciberespacio.

5. Envíos Online

Toda la comunicación de la revista, incluidos los envíos, se realizan en el ciberespacio a través de la plataforma OJS que cuenta con las funciones de identificación y registro de usuarios/as. La información se encuentra en el siguiente enlace:

<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictiono/index>

El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas de ésta.

6. Normas para autores/as

- Los artículos deben ser originales y no haber sido publicados con anterioridad. Los/as autores/as deberán identificarse e indicar su afiliación y de no tenerla deberán poner “Investigador/a independiente”.
- Los artículos podrán estar escritos en castellano o inglés, las dos lenguas oficiales de la revista.
- Los artículos deberán tener una extensión comprendida entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).
- Además, incluirán al principio un resumen de hasta 750 caracteres (sin espacios, aproximadamente 10 líneas) en castellano y en inglés. Las palabras clave (un máximo de seis) también deben presentarse en ambos idiomas.

7. Derechos de autoría

El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas aplicables para el efecto. Si no se indica lo contrario, los textos de la revista se publican bajo licencia Creative Commons.

8. Edición de la revista

El Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito es el órgano desde donde nace y se asienta esta publicación. No obstante, tanto el Equipo Editorial está compuesto por diferentes personas que se encuentran en diversas universidades y locaciones. Es, precisamente, ese carácter internacional el que intenta trazar puentes entre tradiciones académicas y diversas experiencias editoriales y educativas.

9. Tiempo de publicación

Juris Dictio publica los artículos, reseñas y entrevistas que han sido colgadas en nuestra plataforma web siguiendo las directrices establecidas en un promedio de seis meses. Este plazo (que incluye la revisión por parte de pares ciegos, el dictamen de publicación, la reformulación por parte del autor del escrito, la edición, la maquetación y la revisión final del texto maquetado por parte del autor) requiere el compromiso de envío puntual y preciso de los textos por parte de las personas autoras. En casos extraordinarios que no se atuviesen a los tiempos de la revista la publicación del texto final podría tardar un año.

10. Declaración ética sobre publicación y malas prácticas

La Universidad San Francisco de Quito (USFQ) se compromete a promover una conducta ética en la publicación de sus revistas científicas y toma como referencia los principios publicados por el Committee on Publication Ethics (COPE) en el Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors (<http://publicationethics.org>).

ÍNDICE

DOSSIER

Presentación del Dossier. El Derecho y su implicación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible Dossier's Foreword. The Law and its Implication with the Sustainable Development Goals ANDRÉS MARTÍNEZ-MOSCOSO	13
---	----

La resolución de la ONU sobre el derecho humano al agua después de una década The UN General Assembly Resolution on the Human Right to Water a Decade Later RHETT LARSON	21
--	----

La tasa de recolección de residuos sólidos: análisis desde la perspectiva tributaria ambiental The Solid Waste Collection Rate: Analysis from the Environmental Tax Perspective ADRIANA MORA BERNAL Y JAVIER ÁVILA-LARREA	39
---	----

Simplificación administrativa en la transición energética. Un reto para las energías renovables en la UE Administrative Simplification in the Energy Transition. A Challenge for Renewable Energy in the EU JOSÉ MIGUEL BELTRÁN CASTELLANOS	55
---	----

Los derechos de la Naturaleza en los tribunales ecuatorianos Nature's Rights in Ecuadorian Courts MARÍA JOSÉ NARVÁEZ ÁLVAREZ Y JHOEL ESCUDERO SOLIZ	69
---	----

La violencia contra las mujeres en Ecuador a seis años de los ODS The Violence Against Women in Ecuador after Six Years of the SDGs JOHANNA VILLEGAS PÉREZ	85
--	----

MISCELÁNEA

Normas de Derechos Humanos: entre principios y reglas Human Rights Norms: Between Principles and Rules JULIETA A. RABANOS	101
---	-----

El principio <i>quien contamina paga</i> aplicado a las micro, pequeñas y medianas empresas del Ecuador, ¿es eficaz?	
The “Polluter Pays” Principle Applied to Micro, Small and Medium Enterprises in Ecuador, is it Efficient?	
MANUELA CÁRDENAS CIFUENTES Y JOSÉ GABRIEL CORNEJO RAMÓN	111

<i>Todo o nada</i> : ¿abarca la cláusula penal al daño extrapatrimonial contractual?	
<i>All or Nothing</i> : does the Penalty Clause Cover Contractual Non-Monetary Damages?	
PAÚL R. CARRERA	125

La trata de personas como amenaza a las redes transnacionales de migración del pueblo Kichwa Otavalo	
Human Trafficking as a Threat to the Transnational Migration Networks of the Kichwa Otavalo People	
ANDREA CAROLINA SUBÍA CABRERA	139

ENTREVISTAS

Entrevista a Antonio Embid Irujo. Regulación en los Objetivos del Desarrollo Sostenible. Un enfoque en los países en vías de desarrollo	
Interview with Antonio Embid Irujo. Regulation in the Sustainable Development Goals, Focusing on Developing Countries	
TAMYA PINOS Y STEVEN VÁSCONEZ	161

Entrevista a Víctor Madrigal Borloz. Terapias de conversión sexual como violación a los derechos humanos	
Interview with Víctor Madrigal Borloz. Conversion Therapy as a Violation of Human Rights	
ANAHÍ ESTEFANÍA CARRILLO GARZÓN	167

Iuris Dictio.

Nº 27, JUN. 2021

E-ISSN 2528-7834

Dossier:

*El Derecho y su implicación con
los Objetivos de Desarrollo Sostenible*



PRESENTACIÓN DEL DOSSIER. EL DERECHO Y SU IMPLICACIÓN
CON LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE
Dossier's Foreword. The Law and its Implication
with the Sustainable Development Goals

ANDRÉS MARTÍNEZ-MOSCOSO¹
Universidad San Francisco de Quito, Ecuador

Anyone who can solve the problems of water will be worthy
of two Nobel prizes - one for peace and one for science.

John F. Kennedy
National Water Commission

1. Los retos del derecho frente a la sostenibilidad y la pandemia

Casi de manera unánime, uno de los términos más usados para referirnos a las características que debe tener el desarrollo de los pueblos en el siglo XXI es la *sostenibilidad*, la cual fue acuñada en el siglo pasado y cuyos elementos de balance y conjunción: a) económica, b) ambiental, y, social, fueron identificados en la cumbre de Río de Janeiro en 1992.

Si bien es cierto, en ocasiones existe discusión respecto a la utilización de los términos “sostenibilidad” y “sustentabilidad”, es importante destacar que es el primero el que se reconoce en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, bajo el término *sostenible*, y se lo señala como “especialmente en ecología y economía, que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente”; mientras que a la segunda, si bien es cierto, se encuentra a lo largo de literatura especializada, e incluso en instrumentos jurídicos internacionales, se lo asocia más con su traducción del inglés “sustainability”.

A finales de la década de los ochenta del siglo pasado, durante el informe “Our Common Future Report”, se definió al desarrollo sostenible como “...development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs” (1987).

Mientras que autores como Kuhlman (2010), consideran a la sostenibilidad que: “... puede definirse ahora como una situación en la que la suma de recursos naturales y artificiales permanece al menos constante durante el futuro previsible, a fin de que el bienestar de las generaciones futuras no disminuya”.

Sin embargo, los estudios y balances no han abordado de manera igualitaria a este tripartito, pues se ha dado mayor énfasis al desarrollo económico debido a la repercusión que tiene sobre las finanzas, y últimamente al elemento ambiental, muestra de ello es el guiño

¹ Profesor a tiempo completo y director del Instituto de Investigaciones Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Doctor en Derecho PhD, Estudios Políticos y Constitucionales. Correo electrónico: amartinez@usfq.edu.ec

Como coordinador del Dossier deseo expresar mi reconocimiento y agradecimiento a Diego Falconí y Efraín Caravantes, por todo su apoyo y trabajo realizado.



que la comunidad internacional hizo a través de la aprobación de la COP XXI (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 2015), en la cual se acordó reducir las emisiones como medida para combatir el cambio climático.

Sin embargo, es menor el énfasis que damos a la situación del ser humano en sociedad, y cómo éste (hombre y mujer) puede enfrentar los nuevos retos, en los cuales las medidas en pro de la igualdad son fundamentales a la hora de construir una comunidad más justa.

En este sentido, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL (2016), presentó su obra: “El imperativo de la igualdad”, en el cual realiza un estudio sobre cómo la región debería afrontar los nuevos retos históricos, dentro de un crecimiento económico sostenido y sostenible.

En este caso la organización, fiel a su visión en relación con la igualdad, entendida “... como valor fundamental en la articulación del modelo de desarrollo de nuestras sociedades”, presenta un temario ambicioso que toma a la igualdad como valor fundamental, como causa de los límites al desarrollo, y cuál debería ser la agenda a futuro, pues en la región, de manera histórica, la desigualdad ha sido la constante.

Nuestro continente mantiene una alta heterogeneidad en relación con la estructura productiva, lo cual se refleja en desigualdad laboral y desigualdad de ingresos, situación que genera una inminente brecha no solo productiva y social, sino en otros ámbitos.

Por su parte, a la par que la comunidad internacional intentaba buscar respuestas a través de conferencias internacionales y otros debates, desde el ámbito del derecho se vio la necesidad de regular determinados comportamientos que ocasionaban problemas medioambientales, en particular a aquellos asociados a la contaminación de la fauna y flora, y la sobreexplotación de los recursos.

Muestra de ello fue como desde el viejo continente, en Alemania, y desde Estados Unidos de América, a finales de la década de los sesenta e inicios de los setenta del siglo XX, importantes científicos, así como grupos organizados de la sociedad civil, iniciaron una lucha para la protección del ambiente, la cual tuvo su éxito con la creación de la EPA (Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, por sus siglas en inglés).

En el libro, *Silent Spring* (primavera silenciosa), su autora Rachel Carson (1962), emprendió una lucha sin precedentes en contra de los pesticidas, debido a los efectos que tenía en el ambiente, así como en la salud de los seres humanos; su éxito fue que la EPA y el Departamento de Agricultura revisaron su política en relación con el DDT.²

Esta primera aproximación del derecho con la protección del ambiente, más desde un ámbito de la función de los riesgos, fue directamente proporcional a la lucha contra la polución y contaminación; a lo cual, con el avance del tiempo, vino una etapa en la que el ser humano se vio como dominador de los recursos, a través de legislaciones orientadas a los usos sobre la tierra, el subsuelo, el agua y el aire. No obstante, con el desarrollo y la concientización ambiental, llegó un tercer momento asociado a la conservación de los recursos, donde se buscó la garantía de la disponibilidad de los recursos naturales, con apariciones cercanas ya al derecho ambiental. Y por último, en función del ecosistema, por medio de normas sectoriales de control ecológico, a través de códigos ambientales (Aguilar & Iza, 2005). Es claro que en la visión que se privilegió fue una de carácter antropocéntrica, en la cual el ser humano está por encima de todo, y si bien es cierto se protege al medio ambiente, esto se hace en función de los beneficios o peligros que representa para la salud del individuo.

² DDT (diclorodifeniltricloroetano) plaguicida usado para controlar insectos en cosechas agrícolas e insectos.

Desde otra perspectiva, se ve que el desarrollo del derecho ambiental, ha tenido tres grandes momentos en su historia: una primera, denominada retórica, asociada al movimiento ambientalista de la década de los setenta del siglo XX; una segunda, a la cual se le llama analítica, en la cual se desarrollan los tratados internacionales y las constituciones verdes; y, una tercera, paradigmática, debido al análisis interdisciplinar que conlleva, y la inclusión de nuevas discusiones desde el derecho público, el derecho privado, el derecho animal, y por supuesto los derechos de la Naturaleza, todo ello con un enfoque que deja de lado lo antropocéntrico, y pasa a lo ecocéntrico o biocéntrico, tal es el caso del reconocimiento de los derechos de la Naturaleza en la Constitución del Ecuador.

No obstante, la respuesta supranacional respecto a los nuevos retos y desafíos en relación con el ser humano y su entorno han sido fundamentales, tanto en el sinnúmero de conferencias desarrolladas a partir del concepto de la Cumbre de la Tierra, pero de manera más específica sobre el acuerdo generado a partir de la definición de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, ODM (2000-2015), cuyo compromiso buscó de manera transnacional la reducción de la pobreza extrema y el establecimiento de 8 objetivos: erradicar la pobreza extrema y el hambre; lograr la enseñanza primaria universal; promover la igualdad de género y la autonomía de la mujer; reducir la mortalidad infantil; mejorar la salud materna; combatir el VIH/Sida, paludismo y otras enfermedades; garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; y, fomentar una asociación mundial para el desarrollo (PNUD, 2000).

Si bien los ODM cumplieron un importante propósito, esto es alertar a los Estados de los principales riesgos y debilidades que tenían para alcanzar el desarrollo, así como fue la oportunidad para transparentar los datos y estadísticas, era necesario una agenda mucho más ambiciosa para responder a los problemas por los cuales atraviesa la sociedad, razón por la cual se presentó los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ODS (2015-2030), para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible (ONU, 2015). Los cuales se tratan de 17 objetivos y 169 metas:

1. Erradicar la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.
2. Poner fin al hambre, conseguir la seguridad alimentaria y una mejor nutrición, y promover la agricultura sostenible.
3. Garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos y todas en todas las edades.
4. Garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa, y promover las oportunidades de aprendizaje permanente para todos.
5. Alcanzar la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas.
6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.
7. Asegurar el acceso a energías asequibles, fiables, sostenibles y modernas para todos.
8. Fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos.
9. Desarrollar infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible, y fomentar la innovación.
10. Reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos.
11. Conseguir que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.
12. Garantizar las pautas de consumo y de producción sostenibles.
13. Tomar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.
14. Conservar y utilizar de forma sostenible los océanos, mares y recursos marinos para lograr el desarrollo sostenible.
15. Proteger, restaurar y promover la utilización sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar de manera sostenible los bosques, combatir la desertificación y detener y revertir la degradación de la tierra, y frenar la pérdida de diversidad biológica.

16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.
17. Fortalecer los medios de ejecución y reavivar la alianza mundial para el desarrollo sostenible.

Si bien es cierto, la agenda 2030 despertó en la comunidad internacional un sentimiento de trabajo conjunto con el propósito de solucionar los graves problemas que atraviesa el mundo, por otro lado, existen nuevos problemas que demandan la atención de los Estados, sobre todo en lo relativo a crisis humanitarias a causa de conflictos armados (Siria, por ejemplo), refugiados climáticos, e incluso la pandemia derivada de la COVID-19.

A nivel internacional, un sinnúmero de países durante el 2020 decretaron confinamientos totales de su población con el propósito de evitar que el virus se expanda, situaciones que, por supuesto tuvieron un matiz regulatorio, e incluso de debate respecto a la restricción de los derechos (Cervantes, Matarrita, Reza, 2020).

Pero a la vez, tuvieron importantes repercusiones positivas desde la perspectiva ambiental, debido a la reducción de emisiones en las grandes ciudades (Le Quereé, 2020), así como la recuperación de espacios por parte de las especies a consecuencia del cierre de áreas naturales y zonas de conservación, no obstante, ya que toda la respuesta del Estado se centró en la atención sanitaria de la pandemia, también se ha visto un aumento de caza furtiva, así como deforestación acelerada (Durán, Rosales, & Pulgar, 2020).

Sin embargo, uno de los principales problemas para el ambiente derivados de la pandemia, son aquellos relacionados con los residuos. El Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) señala el aumento en los volúmenes de diferentes desechos, entre estos, médicos, mascarillas, guantes, equipos de protección personal, residuos que pueden o no estar infectados con el virus, entonces el manejo inadecuado de los mismos podría ocasionar un efecto de rebote con graves consecuencias para la salud humana y el medio ambiente, por lo que amerita una respuesta efectiva relacionada con su gestión, tratamiento y disposición final, señalando que la gestión integral de residuos sólidos en este marco debe ser considerado un servicio público urgente y esencial (Kulkarni, Bhargavi y Anantharama, 2020).

2. Presentación del Dossier

El Dossier que se presenta tuvo la intención encontrar respuestas de diferentes autores respecto al rol que puede jugar el derecho frente a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, del mismo modo, respecto de los nuevos retos que la regulación pueda permitir conciliar la explotación de los recursos naturales y el impacto en el ejercicio de los derechos colectivos y de la Naturaleza.

En este sentido, cinco propuestas responden a la convocatoria desde diferentes perspectivas, regiones y visiones, y tratan desde el derecho al agua, la gestión de residuos, las energías renovables, la conservación del ambiente y los derechos de la naturaleza, y cómo responder a estos retos desde una perspectiva de género.

A continuación, se presenta brevemente cada una de ellas, así como se valora su visión y aporte para la presente convocatoria:

Después de una década que la Asamblea General de las Naciones Unidas reconociera al agua y al saneamiento como un derecho humano, Rhett Larson realiza un estudio crítico y hace un balance de si acaso esta fue la mejor manera de proteger este derecho, ya que, a su criterio, la manera cómo se reconoció fue restrictiva y es poco eficiente. Así también critica que se centra únicamente en una agenda azul (agua y saneamiento), dejando de lado la agenda marrón (acceso a un saneamiento efectivo), la agenda verde (protección

ambiental de la contaminación del agua), la agenda roja (control de patógenos transmitidos por el agua y vectores de enfermedades relacionadas con el agua) y la agenda gris (desarrollo de infraestructura y control del uso de la tierra para la protección contra inundaciones). El autor hace un llamado a un cambio de paradigma y protección del agua y saneamiento, desde aspectos mucho más pragmáticos que respondan a la Agenda 2030.

Con relación a la gestión de residuos sólidos, los autores Adriana Mora Bernal y Javier Ávila-Larrea, realizan un estudio acerca de la tasa de recolección de residuos sólidos, con un énfasis en la regulación a nivel tributario, y lo relacionan con conceptos de economía circular. El artículo pone énfasis en el principio *el que contamina paga*, relacionándolo con aspecto de carácter fiscal y la competencia que tienen en este sentido los gobiernos autónomos descentralizados municipales. Todo lo que se relaciona con la protección del patrimonio cultural y natural, que los asentamientos humanos resilientes y sostenibles deben tener, según lo establece el objetivo No. 11 de los ODS. Entre las recomendaciones que se plantean, se señala que las tasas de estos servicios deben cumplir con los principios tributarios de equidad y proporcionalidad, así como invitan a una corresponsabilidad ciudadana y empresarial en la preservación del ambiente.

El objetivo No. 7 de los ODS, sobre el aseguramiento al acceso a energías asequibles, fiables, sostenibles y modernas para todos, es abordado por José Miguel Beltrán Castellanos, en este sentido, el derecho puede representar una oportunidad, pero a la vez un obstáculo en la consecución de este y otros ODS. Se plantea una simplificación administrativa en la transición energética, y toma como caso de análisis el de las energías renovables en la Unión Europea. Así, se destacan los procedimientos administrativos que deben ser ágiles y modernos, todo ello con el propósito que se permita autorizar las instalaciones de producción de energía a partir de fuentes renovables. El autor propone que los productores de energía deben encontrar una apuesta atractiva en las energías renovables, y que no se puede tomar a nivel administrativo los mecanismos tradicionales, por ello la autorización y concesión de licencias deben tener en cuenta las peculiaridades de cada tecnología de las energías renovables. De esta forma, queda demostrado cómo el derecho desde una perspectiva regulatoria es fundamental para alcanzar la consecución de los ODS.

Los autores María José Narváez Álvarez y Jhoel Escudero Sóliz toman como unidad de análisis la particularidad del reconocimiento del derecho de la Naturaleza en el caso ecuatoriano, para lo cual toman la tarea de estudiar las decisiones que los tribunales nacionales han brindado en este sentido. La discusión se centra a partir del caso del Manglar Mataje Cayapas, resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador, y que constituye una de las primeras decisiones de este organismo, en el cual si bien es cierto no da contenido a los derechos de la Naturaleza, sí se pronuncia acerca de su contenido y cómo debería ser abordado por los tribunales de instancia. El artículo realiza un importante aporte acerca de la discusión de la protección del ambiente, y del derecho, desde una visión antropocéntrica a una matriz biocéntrica y ecocéntrica.

El objetivo No. 5 de los ODS se plantea alcanzar la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas, sin embargo, a 6 años de la vigencia de esta propuesta, Johanna Villegas Pérez, se plantea ¿cuál es la situación de violencia contra las mujeres en Ecuador?, y lamentablemente, desde la estadística se ve que la prevalencia de violencia contra las mujeres a lo largo de sus vidas es de 64.9%. La autora realiza su estudio a partir de información estadística, vista a la luz de los derechos humanos y con una perspectiva de género, donde se pone énfasis en tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en decisiones jurisprudenciales de tribunales regionales y mundiales.

Si bien en el discurso se señala que la erradicación de la violencia contra las mujeres y su empoderamiento es una prioridad para la Agenda 2030 y existen avances a nivel normativo, aún existen importantes retos que se deben afrontar para alcanzar este importante objetivo.

El Dossier se complementa con una entrevista a uno de los juristas más influyentes en el área del Derecho Ambiental y Derecho del Agua a nivel de Iberoamérica, el profesor Antonio Embid Irujo, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, y mentor de generaciones de abogados expertos en la materia, y cuya influencia doctrinal y práctica en América Latina ha sido importante sobre todo a nivel legislativo, así como en el desarrollo del proyecto de cooperación internacional. A lo largo de la plática que mantuvo con la Revista, realizó una evaluación de los avances y deficiencias que se ha tenido a la hora de la incorporación de la Agenda 2030, y de manera particular en relación con la gestión del agua y el saneamiento. Del mismo modo, alerta acerca de prácticas actuales, tales como el *fracking* (fracturación hidráulica), las cuales deberían ser reguladas a nivel normativo, ya que a su criterio son mayores los riesgos que representan, antes que sus beneficios.

Resultan fundamentales los criterios del profesor Embid Irujo a la hora de abordar los retos frente al cambio climático, así como a las nuevas problemáticas ambientales, pues a partir de su experiencia y valía doctrinaria, bien pueden los gobiernos nacionales y subnacionales, diseñar medidas eficientes para enfrentar estas amenazas, a la vez que aprovechar el marco normativo para incorporar medidas que garanticen una mejor calidad de vida a los ciudadanos.

3. Respuestas jurídicas a problemas globales

La Agenda 2030, a través de sus 17 objetivos, generó mucha expectativa, inversión y, por supuesto, el repensar una respuesta a nivel normativo a las demandas para alcanzar el tan anhelado desarrollo sostenible. Sin embargo, los últimos acontecimientos a nivel mundial, sobre todo relacionados con el cambio climático,³ así como en relación con la gestión de la pandemia a consecuencia de la COVID-19, modifican sustancialmente los puntos acordados en 2015, y si bien no se pide variarlos, sí adaptarlos frente a la nueva realidad.

Muestra de ello es que la recuperación de materiales de los residuos sólidos susceptibles de ser reciclados en el marco de la pandemia se ha visto agravada debido a los cambios de comportamientos de la ciudadanía en la generación de residuos, frente a la posible presencia del virus en los mismos, así como las restricciones de movilidad implementadas. Frente a ello, los distintos Estados han brindado diferentes respuestas regulatorias frente a cómo manejar de manera adecuada la gestión de residuos. Así, entre las respuestas que aún nos quedan por encontrar, están aquellas relativas a cómo incluir a los recicladores de base, que han sido uno de los colectivos que más han sufrido debido al confinamiento producto de la declaratoria de estado de excepción y estados de emergencia a nivel mundial, por lo que, en atención a su doble vulnerabilidad, son los Estados los que deben encontrar formas de compensar o permitir su trabajo dentro de la nueva normalidad.

Sin embargo, esto no es todo, ya que, a la fecha, los patrones de producción y consumo de plástico de un solo uso son insostenibles, lo cual acarrea importantes impactos ambientales y socioeconómicos que influyen de manera determinante a nivel de los ecosistemas terrestres y marinos. En este sentido, a nivel regional, las respuestas normativas siguen siendo escasas, y sobre todo fragmentadas, sin un eje o hilo conductor. Por eso, hace falta una respuesta regional al problema global de los plásticos de un solo uso; solo así se

³ 2020 fue el segundo año más cálido desde que existen registros (National Geographic, 2021).

podrá controlar el consumo de bolsas plásticas y plásticos de este tipo, con diversas políticas de responsabilidad ampliada del productor, estrategias educativas y económicas para incidir principalmente en el comportamiento del consumidor (Abril Ortiz, et al, 2020).

Por otro lado, hace falta preguntarnos si desde Ecuador, un país en vías de desarrollo, se puede, a través de la incorporación en su legislación de medidas de protección y conservación del ambiente, tener impacto en medidas para la mitigación y adaptación al cambio climático, o si hace falta tomar otro tipo de alternativas para incidir en este problema a nivel global (Martínez, 2020). En este sentido, resulta necesario poner en valor el análisis jurídico de las herramientas con las que se cuenta para combatir todos los desafíos a los que nos enfrentamos como especie ante tal amenaza global, y por qué no, reivindicar la necesidad de otras medidas más ambiciosas.

El lavado de manos, el uso de mascarillas y el distanciamiento físico son fundamentales para la lucha contra la COVID-19, sin embargo, en muchos Estados, todavía el acceso a agua potable de calidad (agua segura, objetivo No. 6, ODS) y saneamiento, son todavía importantes retos que deben afrontarse, desde distintas perspectivas. Tanto a nivel económico, buscando nuevas fuentes de financiamiento para la construcción de infraestructuras, en las cuales se tenga en cuenta al sector privado, así como para su adecuada gestión, mantenimiento y sostenibilidad. Es así que el derecho tiene que estar presente para brindar soluciones frente a estos nuevos retos.

Referencias bibliográficas

- Abril Ortiz, A., Sucozhañay, D., Vanegas, P., y Martínez-Moscoso, A. (2020). A Regional Response to a Global Problem: Single Use Plastics Regulation in the Countries of the Pacific Alliance. *Sustainability*, 12(19), 8093. MDPI AG. Retrieved from <http://dx.doi.org/10.3390/su12198093>
- Aguilar Rojas, G. & Iza, A. (2005). *Manual de Derecho Ambiental en Centro América*. San José: Unión Mundial para la Naturaleza. Oficina Regional Mesoamérica.
- Bárcena Ibarra, A. - Prado, A. (2016). *El imperativo de la igualdad*. Santiago de Chile: CEPAL, Siglo Veintiuno Editores.
- Cervantes, A, Matarrita, M., Reca, S. (2020). “Los estados de excepción en tiempos de pandemia. Un estudio comparado en América Latina” *Revista “Cuadernos Manuel Giménez Abad”*, N°. 20, 2020, pp. 179-206.
- Durán Medina, Valentina, Ossandón Rosales, Jorge, & Pulgar Martínez, Antonio. (2020). Reflexiones sobre el derecho ambiental en tiempos de pandemia. *Revista de Derecho Ambiental*, (13), pp. 1 - 5. DOI: 10.5354/0719-4633.2020.57825
- Kennedy, J. F. K. (1966). *National Water Commission: Hearings, Eighty-ninth Congress*. Washington: US Government Printing Office
- Kuhlman, T., & Farrington, J. (2010). What is Sustainability? *Sustainability*, 2(11), 3436–3448. DOI: 10.3390/su2113436
- Kulkarni, B. y Anantharama (2020). Repercussions of COVID-19 pandemic on municipal solid waste management: Challenges and opportunities. *Science of The Total Environment*, 743, 1-8. Disponible en <https://bit.ly/3sopgT2>.
- Le Quereé, C. et al. (2020). Temporary reduction in daily global CO2 emissions during the COVID-19 forced confinement. *Nature Climate Change*, 19 de mayo de 2020, disponible en <https://doi.org/10.1038/s41558-020-0797-x>

- Martínez Moscoso, A. (2020). La gestión del cambio climático a través del Derecho. Propuestas desde el Sur (caso Ecuador), en EMBID IRUJO, Antonio y SALINAS, Sergio. *La Lucha contra el cambio climático. Una aproximación desde la perspectiva del derecho* (pp. 33-48). Valencia: Tirant lo Blanch.
- National Geographic (2021). *2020 fue el segundo año más cálido desde que existen registros*. 18/01/2021. https://www.nationalgeographic.com.es/ciencia/2020-fue-segundo-ano-mas-calido-que-existen-registros_16245

Documentos internacionales

- Acuerdo de París (2015). STATUS AS AT : 02-05-2021 09:15:43 EDT. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=en ONU (2015). Objetivos de Desarrollo Sostenible. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>
- PNUD (2000). Objetivos de Desarrollo del Milenio. https://www.undp.org/content/undp/es/home/sdgoverview/mdg_goals.html
- PNUMA, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. La gestión de residuos en América Latina y el Caribe durante la emergencia sanitaria. 07 de mayo de 2020. <http://bit.ly/2XzmADZ>

LA RESOLUCIÓN DE LA ONU SOBRE EL DERECHO HUMANO AL AGUA
DESPUÉS DE UNA DÉCADA
The UN General Assembly Resolution on the Human Right to Water
a Decade Later

RHETT LARSON¹

Arizona State University Sandra Day O'Connor College of Law, Estados Unidos

Resumen

En los diez años transcurridos desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció como derecho humano al agua, el mismo ha permanecido en gran parte inaplicable y los esfuerzos para implementarlo han resultado en su mayoría ineficaces o incluso contraproducentes. No obstante, académicos, activistas y profesionales pueden volver a imaginar el derecho humano internacional al agua como un derecho civil y político, en lugar de una garantía sustantiva al agua, de manera que la implementación del derecho humano al agua sea más sostenible, equitativo y ejecutable.

Palabras clave

Agua, derechos humanos, derechos internacionales, sostenibilidad.

Abstract

In the ten years since the UN General Assembly recognized an international human right to water, that right has remained largely unenforceable in both international and domestic law and efforts to implement it have proven mostly ineffective or even counterproductive. The UN General Assembly's Declaration in 2010 could have catalyzed progress in achieving the UN's Sustainable Development Goals aimed at improving access to water and sanitation. Nevertheless, scholars, activists, and practitioners can reimagine the international human right to water as a civil and political right, rather than as a substantive guarantee of water, in ways that would make the implementation of the human right to water more sustainable, equitable, and enforceable.

Keywords

Water, Human Rights, International Law, Sustainability.

1. Introducción

El enfoque actual para desarrollar e implementar el derecho humano al agua puede ser un espejismo que puede servir para guiar a los sedientos a través de un desierto de promesas inaplicables hacia una ilusión de derechos en torno al agua. El 28 de julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) adoptó una resolución que reconoció

¹ Profesor de derechos hídricos en la Universidad Estatal de Arizona. Recibió una beca Fulbright como profesor visitante en la Pontificia Universidad Católica de Quito, Ecuador, y es el autor de *Just Add Water* (Oxford University Press, 2020). Correo electrónico: rhett.larson@asu.edu



como un derecho humano internacional al agua (AGNU, 2010). Diez años después de esta resolución, los esfuerzos para implementar ese derecho para que se pueda hacerlo sostenible y efectivo han fracasado en gran medida. Además, este movimiento puede haber resultado contraproducente para su supuesto fin, que es asegurar el acceso a suficiente agua limpia para personas desfavorecidas.

No obstante, un enfoque de la política del agua basado en derechos tiene valor para aquellas personas que han sido marginadas. En lugar de perseguir reclamos tenues basados en un derecho humano *subdesarrollado*, los pueblos desfavorecidos deberían basar sus reclamos al agua en derechos civiles internacionales maduros y bien adjudicados. Este enfoque no solo fundamenta los reclamos de los recursos hídricos por parte de personas marginadas en su base legal más sólida, sino que construye un enfoque basado en los derechos para los recursos hídricos desde una posición de fuerza, lo que permite el desarrollo orgánico potencial de un derecho internacional al agua.

Una ventaja adicional de construir un derecho humano internacional al agua sobre la base de los derechos civiles es la integración más eficaz de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU. El sexto de los ODS tiene como objetivo “[E]l asegurar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos” (ONU, ODS). Si el enfoque no es solo la sostenibilidad, sino también la equidad implicada “para todos” en la meta, entonces la integración de los derechos de agua con los derechos civiles arma a los activistas con herramientas legales que ya han demostrado ser efectivas para promover una mayor equidad. Este enfoque integra el sexto de los ODS con los objetivos de otros ODS, incluido el objetivo de igualdad de género del quinto ODS, los objetivos de crecimiento económico y urbanismo inclusivos en el octavo y onceavo ODS, y el décimo ODS de reducir la desigualdad.

Este artículo utiliza metodologías de análisis legales comparadas y se apoya en la filosofía política para analizar el estado actual del derecho humano internacional al agua, para entender que es importante un enfoque basado en derechos garantiza el acceso al agua para las personas desfavorecidas. Además, permite entender por qué el enfoque actual del derecho humano internacional al agua es inadecuado. Posteriormente, este artículo analiza por qué se prefiere un enfoque de derechos civiles a garantías substantivas al agua, e ilustra la fuerza del enfoque de derechos civiles al comparar dos decisiones judiciales emitidas aproximadamente al mismo tiempo que la Declaración de la Asamblea General de la ONU de 2010. Finalmente, el trabajo proporcionará un ejemplo de enfoque basado en los derechos civiles para la gestión del agua y el potencial de dicho enfoque para integrar los objetivos de los ODS hacia servicios de agua sostenibles y equitativos.

2. El enfoque actual del derecho humano al agua, un espejismo engañoso

La Resolución de 2010 establece que “el derecho al agua potable, segura y limpia [...] [es] un derecho humano que es esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” (AGNU, 2010). No se puede discutir que el agua en cantidad y calidad suficientes es fundamental para el disfrute de todos los demás derechos humanos.

Como escribió Isaiah Berlin: “Lo primero es lo primero: hay situaciones en las que, para usar un dicho atribuido satíricamente a los nihilistas por Dostoievski, las botas son superiores a Pushkin; la libertad individual no es la principal necesidad de todos” (Berlin, 1969). El agua es la necesidad más primordial y tan superior a las botas como las botas a la poesía de Pushkin. La resolución de la Asamblea General hace correctamente lo que aconseja Berlin, antepone lo primero. Sin embargo, si bien la resolución prioriza adecuadamente el

agua como fundamental, no ordena adecuadamente el enfoque para desarrollar un derecho humano internacional al agua.

Poner primero lo primero, como hizo la Asamblea General en 2010, tiene un valor político, y quizás diplomático. Pero el valor legal es limitado. Las resoluciones de la Asamblea General de la ONU no son legalmente vinculantes. De hecho, el valor político y diplomático de las resoluciones de la Asamblea General pueden estar directamente relacionado con su limitado valor jurídico. Las naciones están dispuestas a firmar con sus nombres las afirmaciones de derechos cuando saben que no están asumiendo ninguna obligación legal. Pero al firmar, las naciones asumen, en cierto grado, una expectativa política o diplomática de protección de buena fe y promoción del valor incorporado en la resolución. Tales declaraciones políticas pueden actuar como un escudo contra las acusaciones de indiferencia al mismo tiempo que promueven la solidaridad en temas importantes y evitan cualquier obligación de realizar reformas reales.

2.1. La resolución del ONU y sus impactos en los derechos internacionales

Por lo general, solo los estados organizados pueden hacer valer reclamaciones en virtud del derecho internacional (Reisman, 1995, p. 351). Sin embargo, los actores no estatales pueden presentar demandas legales en dos áreas del derecho internacional relevantes para los recursos hídricos. El primero, es el derecho de inversión y comercio internacional. El agua, como mercancía comercializable está en algunos contextos sujeta a los tratados de la Organización Mundial del Comercio sobre aranceles, comercio y servicios, y a menudo puede incluirse en acuerdos comerciales bilaterales o regionales (Weiss, 2005, p. 61). El derecho de inversión y comercio internacional, sin embargo, está limitado en el alcance de los actores no estatales que pueden valerse de sus protecciones. Solo aquellos con los medios para participar en el comercio internacional y el comercio tienen derecho a tales leyes, que excluyen o incluso perjudican a las personas desfavorecidas (Mehta y Madsen, 2005).

La segunda área del derecho internacional relevante para la política del agua y accesible a los actores no estatales es el derecho internacional de los derechos humanos. Los protocolos opcionales de los pactos de derechos humanos de la ONU, permiten que actores no estatales presenten denuncias por violaciones de derechos humanos (Rehman, 2010).

Como se discutirá con más detalle a continuación, el Primer Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (el “Pacto CP”), que entró en vigor en 1976, establece un mecanismo de denuncia individual por violaciones de los derechos garantizados en el Pacto CP (Rehman, 2010, pp. 121-139; Naciones Unidas [ONU], 1966a; ONU, 1966c). El Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el “Pacto ESC”) prevé un mecanismo de denuncia similar para los actores no estatales, pero aún no ha entrado en vigor (Rehman, 2010, p. 141-143; ONU, 1966b; ONU, 2008).

La Resolución de 2010 fue solo uno de los muchos esfuerzos en curso para desarrollar e implementar un derecho humano internacional al agua. Con pocas excepciones (que se analizarán más adelante), los instrumentos internacionales de derechos humanos no mencionan expresamente el agua y mucho menos establecen un derecho expreso al agua. Por lo tanto, cualquier reivindicación de un derecho humano internacional existente al agua debe inferirse del lenguaje de los tratados existentes o desarrollarse como una cuestión de derecho internacional consuetudinario.

El profesor Stephen McCaffrey escribió que, si tal derecho existe, debe inferirse (McCaffrey, 1992, p. 7). Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de

la ONU (Declaración de Derechos Humanos) establece: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de sí mismo y de su familia” (ONU, 1948). Podría decirse que este derecho infiere un derecho a acceder al agua, sin el cual no existe ningún nivel de vida (McCaffrey, 1992, p. 7). De hecho, el 30 de septiembre de 2010, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CDH) dedujo de la Declaración de Derechos Humanos que el derecho al agua estaba: “indisolublemente relacionado con [...] el derecho a la vida y la dignidad humana” (McCaffrey, 1992, pp. 7-8). Sin embargo, la Declaración de Derechos Humanos es vinculante solo en la medida en que sea parte del derecho internacional consuetudinario y oriente la interpretación de otros documentos de la ONU (McCaffrey, 1992, pp. 7-8). Este ejemplo tipifica el problema de un derecho humano internacional: a menudo solo se infiere de un lenguaje de fuerza legal cuestionable con mecanismos de aplicación inexistentes o subdesarrollados.

El Pacto DESC ilustra este problema fundamental que enfrenta el desarrollo de un derecho humano internacional al agua. La ONU adoptó el Pacto DESC en 1967 junto con la Declaración de Derechos Humanos y el Pacto IDCP; todos considerados partes de la Declaración Internacional de Derechos (ONU, 1966b). El artículo 11 del Pacto DESC reconoce el derecho a “un nivel de vida adecuado”, lo que implica el derecho al agua bajo la misma lógica que la utilizada en el lenguaje de la Declaración de Derechos Humanos descrito anteriormente (ONU, 1966b, art. 11).

Sin embargo, el pacto solo requiere que los Estados; “tomen medidas [...] al máximo de [sus] recursos disponibles, con miras a lograr progresivamente la plena realización de los derechos reconocidos en el [Pacto DESC]” (ONU, 1966b, art. 2 [1]). Cualquier reclamo de un derecho al agua inferido bajo el Pacto ESC tiene la debilidad inherente de no ser inmediatamente vinculante para los Estados, dada la amplitud del pacto para que los Estados adapten el cumplimiento de las obligaciones del pacto a la disponibilidad de recursos y la realización progresiva.

El derecho al agua fue reconocido en 2002, en virtud de la Observación general 15 del Pacto DESC (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas [UNESCO], 2003). La Observación general 15 infiere el derecho al agua de otros derechos bajo el Pacto DESC, encontrando que el derecho al agua es un: “prerrequisito para la realización de otros derechos humanos” (UNESCO, 2003).

Claramente cae dentro de la categoría de garantías esenciales para asegurar un estándar adecuado de vivir [...]. El derecho al agua también está indisolublemente relacionado con el derecho al más alto nivel posible de salud, los derechos a una vivienda y una alimentación adecuadas. El derecho también debe considerarse junto con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, el más importante de ellos el derecho a la vida y la dignidad humana (UNESCO, 2003).

Sin embargo, la Observación general 15 por sí sola probablemente no respalda una reclamación legal internacional sobre el agua. Si bien la Observación general 15 constituye una interpretación autorizada del Pacto DESC, no tiene fuerza legal vinculante independiente del Pacto ESC (Blumel, 2004, p. 972). Como tal, en la medida en que la Observación general 15 consagra un derecho humano al agua en el Pacto DESC, “tendría en gran parte un valor simbólico” (McCaffrey, 2005, p. 108).

Además, el derecho humano al agua contemplado en la Observación general 15 “parece adoptar un modelo antropocéntrico, según el cual el medio ambiente existe para satisfacer las necesidades básicas de los seres humanos” (Hammer, 2003, p. 134). La Observación general 15, como la Resolución General de 2010, no responden a la

pregunta central de la recuperación de costos y la conservación asociada con el debate sobre el derecho humano al agua. Si bien declara el derecho humano al agua como un “prerrequisito” y “esencial”, la mencionada Observación también considera que el agua es un “bien público” y lo discute en términos de asequibilidad, por lo que no enmarca el derecho humano internacional al agua como un derecho al agua sin costo (UNESCO, 2003). Pero la Observación y la resolución establece que, no hay guías ni estándares legales relacionados con la asequibilidad, la recuperación de costos o la conservación.

La Observación general 15 también ilustra un problema que atraviesa gran parte de la literatura y las declaraciones políticas sobre el derecho humano internacional al agua. El párrafo 6 establece que “el agua es necesaria para producir alimentos”, pero luego pasa a dar prioridad a los “usos personales y domésticos” y luego da prioridad nuevamente al agua suficiente para “prevenir el hambre y las enfermedades” (Stith, 2010; UNESCO, 2003). ¿Cómo puede una nación prevenir el hambre si no puede dar prioridad al agua a la producción de alimentos en tiempos de sequía? ¿Cómo se puede priorizar el agua para la prevención de enfermedades cuando los usos personales y domésticos, incluidos la higiene y el saneamiento, son una prioridad menor para la prevención de enfermedades en la Observación general 15, cuando son quizás la forma más importante de prevenir enfermedades transmitidas o relacionadas con el agua? Los intentos de formular un derecho humano al agua invariablemente intentan priorizar los usos del agua, que son tan circulares como el ciclo hidrológico mismo. Esto es evidente en la Resolución de 2010, que prioriza el agua potable y el saneamiento, sin siquiera considerar las implicaciones del control de vectores e inundaciones, la protección ecológica y la sostenibilidad.

El Pacto DESC, y por extensión el Comentario General 15, adolecen de muchas de las mismas debilidades de la Resolución de 2010. Además, el Pacto DESC y el Comentario General 15 son ambiguos en cuanto al alcance y el momento de las obligaciones estatales y no integran, ni abordan, preocupaciones centrales de protección ecológica, sostenibilidad, asequibilidad y recuperación de costos. Más importante aún, el Protocolo Facultativo del Pacto DESC, que proporcionaría una vía para que los actores no estatales presenten reclamos por violaciones del Pacto, no es vinculante. Como tal, dada la falta de un Protocolo Facultativo vinculante, el Pacto DESC carece de procesos de adjudicación y mecanismos de aplicación, lo que lo hace “normativa y jurisprudencialmente subdesarrollado en comparación con el [Pacto CP]” (Schultz y Castan, 2004; ONU, 2008).

Además, existen tribunales internacionales de derechos humanos que permiten reclamos de actores no estatales. Por ejemplo, en 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la “Corte IDH”) conoció un caso en el que el pueblo Awas Tingni, una comunidad indígena de Nicaragua, estuvo representado directamente ante la Corte (Corte IDH, 2001, *Caso de la Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tingni vs. Nicaragua*).

La accesibilidad de los reclamos de derechos humanos en el derecho internacional a los actores no estatales permite a las comunidades e individuos marginados proteger o asegurar el acceso a las necesidades humanas más fundamentales dentro de los tribunales que pueden proteger mejor a esas comunidades e individuos que los tribunales nacionales (Russell, 2010). Sin la influencia legal de los derechos, estas personas y comunidades marginadas tienen recursos limitados y poca voz para abordar los impactos del estrés hídrico, que sienten de manera desproporcionada las personas desfavorecidas (Escasez de agua, 2014).

La Resolución de la ONU de 2010 ha tenido poco impacto significativo en asegurar que estas personas y comunidades puedan recurrir al derecho internacional. Por supuesto, estas personas pueden tener vías internas de reparación legal, pero su desventaja puede ser

aún más aguda a nivel interno. Podría decirse que, dentro de los tribunales internacionales, algunas de las exclusivas privaciones políticas o los prejuicios étnicos evidentes en el derecho interno pueden mitigarse diluyéndose dentro de una perspectiva internacional más amplia. Además, el derecho internacional puede servir como modelo y laboratorio para el desarrollo de esos derechos progresistas

2.2. La resolución de la ONU y sus impactos en los derechos domésticos

A pesar del aparente efecto limitado de la resolución de la ONU en la promoción de un derecho humano internacional exigible al agua, la resolución aún podría considerarse un éxito si influyera en las leyes nacionales para reconocer y proteger dicho derecho. Más de cuarenta países en el mundo han reconocido explícitamente el derecho al agua en sus respectivas constituciones (Larson, 2020). Sin embargo, la gran mayoría de estas disposiciones constitucionales se promulgaron antes de la Resolución de la ONU de 2010. Incluso donde el reconocimiento del derecho humano al agua en las constituciones domésticas ocurrió después de la Resolución de 2010, hay poca evidencia de que la resolución haya influido de manera significativa en dicho reconocimiento. Además, incluso donde los países reconocieron un derecho humano al agua en su constitución, la articulación de dicho derecho adolece de limitaciones similares a las de la resolución de la ONU.

Por ejemplo, Kenia reconoció el derecho al agua en su constitución en 2010. El artículo 43 de la Constitución de Kenia establece que “[toda] persona tiene derecho... a agua limpia y segura en cantidades adecuadas” (Const. de Kenia, 2010). Al igual que la Resolución de la ONU de 2010, la articulación del derecho al agua en Kenia deja abiertas importantes cuestiones de calidad, cantidad, costo y acceso. Del mismo modo, la Constitución de Túnez, promulgada en 2014, establece vagamente que “[e]l derecho al agua estará garantizado” (Const. de Túnez, 2014). La Constitución de la República Dominicana establece que el gobierno “debe salvaguardar la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable [...]” (Const. de Rep. Dominicana, 2015).

Cada uno de estos ejemplos es bastante representativo del enfoque de la mayoría de las constituciones nacionales que han reconocido el derecho al agua, con declaraciones vagas que dejan los detalles esenciales a la interpretación de los servicios públicos y agencias, con poca especificidad en cuanto a los requisitos mínimos reales y la aplicabilidad. Tales declaraciones, como la resolución de la ONU, son políticamente más aceptables y es menos probable que supongan obstáculos para los signatarios potencialmente reacios, pero por lo tanto proporcionan una base relativamente débil sobre la cual afirmar y hacer cumplir el derecho al agua para las comunidades e individuos desfavorecidos. Hay poca evidencia de que, incluso donde existen estos vagos derechos, los tribunales han sido más receptivos a las denuncias de una violación del derecho constitucional nacional al agua a raíz de la Resolución de la ONU de 2010. Los ODS, aunque no pretenden crear derechos legales exigibles, brindan detalles adicionales que incluyen metas e indicadores que, si se incorporan de manera efectiva en la formulación de los derechos domésticos al agua, brindarían una mayor orientación a los tribunales y agencias que la Resolución de la ONU de 2010.

Por supuesto, personas desventajadas pueden tener vías internas de reparación legal, pero su desventaja puede ser aún más aguda a nivel interno. Podría decirse que, dentro de los tribunales internacionales, algunas de las exclusivas privaciones políticas o los prejuicios étnicos evidentes en el derecho interno pueden mitigarse diluyéndose dentro de una perspectiva internacional más amplia. Además, el derecho internacional puede servir como modelo y laboratorio para el desarrollo de esos derechos progresistas. La crisis mundial del agua no es

una crisis de la naturaleza o falta de tecnología. Hay suficiente agua y la capacidad de producir agua para satisfacer las poblaciones mundiales existentes y esperadas (Zabarenko, 2011).

La crisis del agua es una crisis de gobernanza y, por tanto, una crisis del derecho como herramienta de gobernanza (Mukherji, 2006). El derecho internacional y las instituciones legales pueden modelar una gobernanza legal eficaz en el ámbito de los derechos humanos. Un enfoque basado en los derechos es la mejor opción legal para dar voz a los afectados por esta crisis, incluidos los mil millones que viven sin agua potable y aproximadamente seis mil niños que mueren cada día por enfermedades relacionadas con el agua (Fitzmaurice, 2007, p. 539). Pero el enfoque actual basado en los derechos del derecho humano al agua, tal como se plasma en la Resolución de 2010, es incorrecto.

2.3. Las limitaciones de la resolución de la ONU

La Resolución de 2010 sobre el derecho humano internacional al agua está equivocada en varios sentidos. Primero, la resolución se centra únicamente en el consumo humano directo de agua. Si bien esto es comprensible en un documento de derechos humanos, carece de los matices para comprender no solo los impactos del consumo humano en el medio ambiente, sino también cómo el consumo actual puede afectar los suministros de agua sostenibles y, por lo tanto, los derechos de las generaciones futuras al agua potable.

Por otro lado, la resolución no menciona la sostenibilidad, ni en términos de protección ecológica ni de equidad intergeneracional. Hasta cierto punto, un derecho “humano” al agua es esencialmente antropocéntrico, pero tales derechos pueden integrar preocupaciones ecológicas más amplias cuando se consideran parte de los objetivos más amplios de salud y felicidad reflejados en los ODS.

En segundo lugar, la Resolución de 2010 se centra únicamente en el agua potable y el saneamiento. Estos dos aspectos de la gestión del agua son fundamentales, pero este instrumento también podría haber abordado el control de los vectores de inundaciones y enfermedades. Esta se concentra en lo que podría llamarse la Agenda Azul (suministro de agua adecuado y sostenible y provisión asequible) y la Agenda Marrón (acceso a un saneamiento efectivo), mientras ignora la Agenda Verde relacionada y a menudo competitiva (protección ambiental de la contaminación del agua), la Agenda Roja (control de patógenos transmitidos por el agua y vectores de enfermedades relacionadas con el agua) y la Agenda Gris (desarrollo de infraestructura y control del uso de la tierra para la protección contra inundaciones) (Larson, 2017).

Por último, la resolución plantea muchas preguntas a las que no proporciona respuestas ni orientación. ¿Quién tiene el derecho humano al agua: individuos o comunidades? ¿Contra quién se hace cumplir el derecho al agua: gobiernos locales o nacionales o proveedores privados de agua? ¿El derecho humano al agua significa “agua gratis” o “agua barata”? Si es así, ¿cuáles son las implicaciones del “agua gratuita” para la conservación y la calidad del tratamiento y distribución del agua? Si no es así, ¿quién paga el agua? Si se subvenciona, ¿cuáles son las consecuencias para la conservación y cómo debería fijarse el precio del agua? Si no está subvencionado, ¿qué disposiciones deben tomarse para que los desfavorecidos puedan pagar el agua potable? Si los Estados, municipios, asociaciones público-privadas o empresas de servicios públicos no pueden recuperar los costos de las inversiones en tratamiento, distribución e infraestructura, ¿cómo se suministrarán los servicios de agua de manera accesible pero sostenible?

Dada la cantidad de preguntas importantes sin respuesta planteadas por la Resolución de 2010, no es sorprendente que más de 40 naciones se abstuvieran de firmar la resolución,

incluidos China, Canadá, Israel, Reino Unido, Zambia, Botswana, Turquía y Estados Unidos (La Asamblea General adopta una resolución, 2010). De hecho, Estados Unidos expresó su preocupación de que la resolución podría frustrar los esfuerzos por desarrollar un derecho humano al agua más duradero y plenamente conceptualizado en otros frentes (Sammis, 2010).

3. Un mejor enfoque para el desarrollo de un derecho humano internacional al agua

El mejor enfoque para desarrollar un derecho humano internacional exigible al agua es basarlo en los derechos civiles tradicionales, tal como se plasman en el Pacto PIDCP. El mencionado pacto es más maduro legalmente que el Pacto DESC por varias razones. A diferencia de la disposición de “realización progresiva” del Pacto DESC, el Pacto PIDCP impone una obligación inmediata de garantizar los derechos que contiene (Schultz, 2004; ONU, 1966a). Además, a diferencia del Pacto DESC, el Pacto PIDCP incluye un proceso de adjudicación bien desarrollado y un mecanismo de ejecución incorporado en un Protocolo Facultativo vinculante que permite reclamos por parte de actores no estatales por violaciones de los derechos humanos (ONU, 1966a, art. 2 [1]; ONU, 1966c). Además, mientras que la Observación general 15 es una interpretación del Pacto DESC, la Observación general 15 a menudo se dirige a los derechos que están expresamente incorporados en el Pacto PIDCP, incluidos los derechos contra la discriminación racial o de género (ONU, 1966a, art. 15).

3.1. Las ventajas de un enfoque de derechos civiles en la política del agua

Los demandantes en virtud del Pacto PIDCP pueden valerse del valor expresivo y la orientación interpretativa de la Observación general 15, evitando al mismo tiempo las debilidades de adjudicación y ejecución del Pacto DESC. En última instancia, el Pacto PIDCP tiene más madurez jurídica que el Pacto DESC porque, a diferencia de este, los derechos garantizados en el primero son derechos civiles tradicionales. La confianza en el Pacto de PIDCP viene con el beneficio adicional de integrar los objetivos de acceso equitativo a los beneficios del agua (incluida la vivienda, los alimentos y la educación) y la eliminación de la discriminación incorporada en los ODS junto con los objetivos estrechamente relacionados de acceso al agua y saneamiento.

El Pacto PIDCP incluye el derecho a no sufrir privaciones arbitrarias de la vida o la propiedad, el derecho a un juicio justo, al debido proceso y a la misma protección sin distinción de raza, género, religión o etnia, y el derecho a no sufrir tratos inhumanos y libertad de expresión, movimiento, pensamiento y religión (ONU, 1966a). ¿Por qué estos derechos son “derechos civiles tradicionales”? y ¿por qué los derechos civiles tradicionales estarían, por naturaleza o diseño, mejor desarrollados que otros derechos y una base más sólida sobre la cual construir un derecho humano internacional al agua?

Los “derechos”, tal como se conciben en el enfoque actual del derecho humano internacional al agua, son quizás más apropiadamente llamados intereses de individuos o comunidades que un estado debe satisfacer para facilitar el ejercicio de los “derechos” u obligaciones u obligaciones del estado hacia los individuos. bajo el contrato social. Los “derechos como intereses” tienen sus raíces en los escritos de John Rawls, pero también se hacen eco del mismo sentimiento de Isaiah Berlin y Dostoevsky señalado anteriormente: ciertos intereses humanos esenciales (botas) deben satisfacerse antes de abordar otras preocupaciones menos esenciales (Pushkin). Rawls llama a estos intereses humanos esenciales “bienes primarios” (Rawls, 1999).

El “principio de diferencia” de Rawls requiere que la sociedad identifique al grupo menos aventajado en términos de posesión de “bienes primarios” (“cosas que se supone que

todo hombre quiere”) e implemente políticas para asegurar un acceso básico a dichos bienes primarios por parte de aquellos que de otro modo están en desventaja (Liu, 1995, pp. 439-440; Rawls, 1999).

Rawls sostiene que ciertas libertades personales, como la libertad de conciencia o el hábeas corpus, tienen poco valor para los más marginados de la sociedad a menos que se les proporcione primero un suministro básico de bienes primarios (Rawls, 1999). El punto de Rawls es esencialmente similar al de Berlín y las “botas antes de Pushkin” de Dostoievski, excepto que en este caso sería “agua antes de habeas corpus”.

El agua en cantidad y calidad adecuadas es algo que toda persona desea y que con frecuencia se distribuye de manera desigual en detrimento de los menos favorecidos. Dependiendo de Rawls, se puede decir que un estado tiene un interés, y los menos favorecidos tienen un interés correlativo, en una redistribución de bienes primarios hasta un punto óptimo de Pareto, o como lo llama William Fisher, “desigualdad que se paga por sí misma porque aporta ventajas a algunos sin disminuir las ventajas de ninguna persona” (Fisher, 1988, p. 1759).

Esta idea de derechos como intereses correlativos, óptimos de Pareto puede expresarse, en otros términos. Según la filosofía de Jean-Jacques Rousseau, los individuos circunscriben su libertad “hobbesiana” al firmar un contrato social, asegurando así la paz y prolongando una vida que de otro modo sería “desagradable, brutal y breve” (Hobbes, 1904; Rousseau, 1762). La provisión de agua a los menos favorecidos es, por tanto, una cuestión de contrato, por el que se intercambia un grado de libertad personal por agua en un colectivo social. Los menos favorecidos, habiendo circunscrito adecuadamente su libertad por contrato, tienen un derecho sobre la obligación contractual del Estado de, como mínimo, garantizar una vida que no se vea interrumpida por agua de calidad y cantidad insuficientes.

Ya sea bajo la formulación rawlsiana de “interés” o la formulación de “obligación del contrato social”, la naturaleza del derecho al agua es utilitaria y consecuencialista, lo que significa que la obligación existe porque el Estado está tratando de lograr un cierto resultado óptimo de Pareto mediante expreso o colaboración implícita con sus ciudadanos (Peerenboom, 1995, pp. 360-361). Las etiquetas “interés” u “obligación contractual” son más descriptivas de la naturaleza de la relación entre ciudadano y Estado que el término “derecho”, pero la naturaleza de la relación podría describirse fácilmente con el lenguaje de los derechos, como “derechos positivos” o “derechos de bienestar” (Herhkoﬀ, 1998; Michelman, 1979). Este ha sido típicamente el tipo de “derecho” al que se ha asociado el derecho humano internacional al agua, y los argumentos que apoyan el desarrollo de tal derecho se basan en el tipo de nociones utilitarias encarnadas en la filosofía de Rawls y Rousseau.

Los derechos civiles tradicionales, por otro lado, son por naturaleza deontológicos e independientes del estado y sus fines deseados de bien social (Peerenboom, 1995, p. 361). Como dijo Ronald Dworkin, “un derecho es una afirmación de que sería incorrecto que el gobierno denegara a un individuo, aunque sería de interés general hacerlo” (Dworkin, 1977). Estos son principios que son “evidentes por sí mismos” y una dotación independiente y superior a los intereses compartidos y las obligaciones contractuales recíprocas de los Estados y sus ciudadanos.

Esencialmente, los derechos civiles tradicionales son aquellos en los que un gobierno no puede interferir, porque existen independientemente del gobierno. Dichos derechos podrían etiquetarse para distinguirlos más del lenguaje basado en derechos aplicado a intereses y obligaciones, “derechos de libertad” o “derechos negativos” (Hardberger, 2006). Si bien hay muchas formulaciones de estos derechos, la distinción esencial entre los derechos

civiles tradicionales y los intereses u obligaciones señalados anteriormente es que los Estados proporcionan intereses y obligaciones cuando esa disposición sirve al interés general, mientras que los Estados no deben interferir con los derechos civiles excepto en forma limitada, límites legales prescritos.

Los derechos civiles tradicionales son más maduros legalmente a nivel internacional pues buscan ir más allá del Protocolo Facultativo vinculante asociado con el Pacto PIDCP. Son más maduros precisamente porque no necesitan realizarse progresivamente y pueden implementarse y hacerse cumplir independientemente de los recursos disponibles, a diferencia de los intereses previstos en el Pacto DESC.

Los Estados con los “derechos Pushkin” crean un entorno en el que los ciudadanos pueden, en última instancia, reclamar sus respectivos intereses en “botas”. Los Estados que protegen los derechos civiles tradicionales, los “Pushkin”, experimentan tres veces la tasa de crecimiento económico de los Estados que no protegen esos derechos, creando una reserva de recursos a partir de la cual un Estado puede satisfacer los intereses de los ciudadanos, como “botas” (Scully, 1988). “Pushkin” es más que poesía; “Pushkin” es una condición previa para proporcionar “botas”. La respuesta a tal posición es el recurso lógico a la retórica del Comentario General 15 y la Declaración de Derechos Humanos; que los derechos civiles tradicionales significan poco para las personas que mueren de disentería o desnutrición. Observar que los estados que protegen los derechos civiles primero tienen los medios para proporcionar agua a sus ciudadanos no es necesariamente un argumento para anteponer los derechos civiles al agua, sino para enmarcar el derecho al agua como un derecho civil tradicional.

La presencia de un Protocolo Facultativo vinculante para el Pacto PIDCP es evidencia de las razones más fundamentales para justificar el derecho humano internacional al agua en los derechos civiles tradicionales. Los derechos civiles están más desarrollados que los “derechos de bienestar” porque no se gasta tiempo en su realización progresiva. La aceptación y adjudicación de tales derechos tiene, por tanto, un alcance geográfico más amplio, porque se puede invertir tiempo inmediatamente en difundir el reconocimiento y la protección de un derecho, en lugar de realizarlo como un interés. La realización de intereses requiere recursos. Los intereses de uso intensivo de recursos, como la asignación equitativa del agua, no solo requieren tiempo para realizarse, sino que es más probable que se hagan realidad en los sitios donde los derechos civiles tradicionales están protegidos, porque la protección de los derechos civiles es una condición previa al desarrollo económico necesario para asegurar los recursos en los que los ciudadanos tienen intereses.

El enfoque del derecho humano al agua basado en intereses está equivocado porque es efectivamente inaplicable (que es el caso actualmente dado el lenguaje de “realización progresiva” del Pacto DESC y la falta del Protocolo Facultativo), o porque es peligrosamente prematuro y asigna de manera inapropiada funciones de desarrollo de políticas para el poder judicial. Si un derecho positivo o de bienestar al agua es inmediatamente vinculante, en lugar de materializarse progresivamente, las personas podrían exigir legalmente a los Estados que proporcionen agua antes de que se pueda desarrollar una infraestructura de distribución y tratamiento adecuada (McCaffrey y Neville, 2009). Esto podría conducir a malos resultados de salud con tratamiento y distribución inadecuados, y malos resultados de sostenibilidad, porque los costos no se pueden recuperar y, por lo tanto, el tratamiento y la distribución no pueden sostenerse (McCaffrey, 2009). El enfoque ubica el desarrollo de políticas en los tribunales, que están mal equipados para tomar las determinaciones técnicas y económicas necesarias para una gestión sostenible y equitativa del agua.

3.2. Ilustrando los beneficios de un enfoque de derechos civiles al agua a través del análisis comparativo de dos casos

Dos casos en tribunales nacionales, ambos decididos casi al mismo tiempo que la Resolución de la Asamblea General de la ONU, ilustran las fortalezas y debilidades relativas del enfoque de derechos civiles y el enfoque de intereses del derecho humano internacional al agua.

Al igual que con la resolución de la Asamblea General de la ONU, ha pasado casi una década desde que la Corte Constitucional de Sudáfrica decidió sobre el caso: *Mazibuko vs. Johannesburgo*, una de las decisiones judiciales nacionales más importantes que examina cómo se debe implementar una garantía constitucional del derecho al agua.

El caso Mazibuko ilustra los desafíos de un enfoque basado en intereses del derecho humano al agua (Mazibuko, 2010). Sudáfrica fue el primer país en adoptar un derecho al agua garantizado constitucionalmente (Magaziner, 2008). En virtud del artículo 27 de la Constitución de Sudáfrica: “toda persona tiene derecho a tener acceso a [...] alimentos y agua suficientes”. (Constitución de Sudáfrica, 1996, cap. 2, párr. 27). Es importante destacar que el artículo 27 de la Constitución de Sudáfrica ofrece una garantía similar condicionada a la “realización progresiva” que las garantías previstas en el Pacto DESC (Constitución de Sudáfrica, 1996, cap. 2, párr. 27). Se dejó que las agencias y los municipios determinaran qué cantidad y calidad de agua se exigía de esta garantía y cómo se proporcionaría el suministro de esa agua de manera sostenible.

El caso Mazibuko se centra en Phiri, un municipio pobre e históricamente negro de Soweto en Johannesburgo. Phiri se desarrolló a partir del *apartheid* que no permitía que los negros vivieran en los mismos barrios que los blancos dentro de Johannesburgo. Más de un millón de personas viven en Phiri, donde hay una falta desproporcionada de instalaciones sanitarias, fuentes de agua tratada e infraestructura de agua corroída (Mazibuko, 2010, p. 6).

Desde 2001, la ciudad cumplió con la garantía constitucional de acceso a agua suficiente al suministrar una cantidad ilimitada de agua a Phiri a una tarifa plana. Este enfoque resultó insostenible, ya que solo el 1% del agua entregada a Soweto generaba ingresos y Soweto tenía los niveles más altos de agua no contabilizada en la ciudad. Bajo el enfoque de *flat free*, más de seiscientos mil millones de litros al año se perdieron como resultado del agua no contabilizada en Sudáfrica, que incluye el impago y el robo, lo que resulta en un costo total anual del agua no contabilizada de tres mil doscientos cincuenta y nueve mil millones (perdiendo Sudáfrica 600 mil millones de litros de agua, 2007). Además, una vez que los residentes pagaron la tarifa fija, no hubo más requisitos de conservación o incentivos para limitar el uso del agua en el clima semiárido de la ciudad y la creciente población (Mazibuko, 2010, p.7).

Para abordar el problema de la sostenibilidad del agua, la ciudad implementó un nuevo enfoque en 2004 en partes de la ciudad, incluida Phiri. La ciudad entregaría agua básica gratuita a todos los hogares de Phiri, a una cantidad de seis kilolitros por mes. Más allá del suministro de agua básica gratuita, se proporcionó agua adicional a través de medidores de agua prepagos. Una vez que un hogar consumiera la cantidad de agua básica gratuita, no se entregaría más agua al hogar a menos que se pagara por adelantado a través del medidor. Otras áreas continuaron operando bajo un sistema de tarifa plana, o sistemas que permitían comprar agua a crédito.

Algunos residentes de Phiri, incluida Lindiwe Mazibuko, rechazaron los medidores prepagos y, en su lugar, recogieron agua de un depósito a tres kilómetros de distancia. Sin embargo, el embalse junto con gran parte de la infraestructura dentro de Phiri, necesitaba

rehabilitación (Langford, 2008). El acceso al embalse se cerró a Mazibuko y a otros cuando comenzaron las obras de rehabilitación del embalse. En ese momento, Mazibuko y otros cedieron a los medidores prepagos (Langford y Russell, 2008). Muchas personas que aceptaron los medidores prepagos consumieron los seis kilolitros/mes completos de agua básica gratuita durante las dos primeras semanas del mes (Langford, 2008). Esto se atribuye en parte a un supuesto error de cálculo por parte de la ciudad del número de personas por hogar en Phiri (Mazibuko, 2010).

Mazibuko y otros residentes de Phiri en situación similar entablaron una demanda contra la ciudad, alegando que el agua básica gratuita y el método del medidor prepago violaban sus derechos constitucionales de acceder a suficiente agua y también violaban las regulaciones establecidas para definir dicho acceso. Por ejemplo, la Ley de Servicios de Agua de Sudáfrica (WSA) define el “suministro básico de agua” a los efectos del cumplimiento de las obligaciones constitucionales como “el estándar mínimo prescrito de los servicios de suministro de agua necesarios para el suministro confiable de una cantidad y calidad suficientes de agua para los hogares, incluidos los hogares informales, para apoyar la vida y la higiene personal” (Ley de Servicios de Agua de Sudáfrica, 1997, §1 [iii]). Las regulaciones adoptadas bajo la WSA establecieron la cantidad mínima de agua en 25 litros por persona por día, o seis kl por hogar por mes, dentro de los doscientos metros de la casa y a un caudal mínimo establecido, con la garantía de que ninguna persona se quedaría sin agua durante más de siete días completos en cualquier año (Departamento de Agua y Silvicultura de Sudáfrica, 2001).

El enfoque de Sudáfrica ilustra un enfoque innovador “basado en intereses” o “derechos de bienestar” del derecho humano al agua, en el que el Estado garantiza constitucionalmente el suministro de agua en cantidad y calidad suficientes, y Mazibuko es un caso de estudio fascinante sobre cómo una garantía constitucional podría implementarse y adjudicarse. El tribunal de primera instancia se pronunció a favor de los demandantes, sosteniendo que el sistema de medidores prepagos violaba los intereses de agua suficiente garantizados por la Sección 27 de la Constitución de Sudáfrica, y estableció cincuenta litros por persona por día como suministro básico gratuito de agua. En apelación, el tribunal redujo el suministro mínimo a cuarenta y dos litros por persona por día. La ciudad luego apeló al Tribunal Constitucional de Sudáfrica. La Corte Constitucional revocó los fallos de la corte inferior y confirmó el programa de agua prepa y las cantidades mínimas de agua básica gratuita establecidas por la Ciudad (Mazibuko, 2010, pp. 14-17).

Al defender el programa de medidores prepagos y agua básica gratuita de la ciudad, la Corte Constitucional señaló que la garantía constitucional del agua imponía solo la obligación de “lograr la realización progresiva” del acceso a agua suficiente, y que tal: “formulación de lo positivo, la obligación se aplica a la mayoría de los derechos sociales y económicos consagrados en nuestra Constitución y es compatible con los principios del derecho internacional” (Mazibuko, 2010, pp. 19-20). La Corte Constitucional contrasta esta obligación positiva de realizar progresivamente las garantías con otras garantías constitucionales: “Tradicionalmente, los derechos constitucionales (especialmente los derechos civiles y políticos) se entienden como la obligación del Estado de abstenerse de interferir en el ejercicio del derecho por parte de los ciudadanos (la llamada obligación negativa o deber de respetar)” (Mazibuko, 2010, p. 24). El Tribunal Constitucional sostuvo que la ciudad solo estaba obligada a tomar medidas razonables para realizar progresivamente los intereses garantizados por la Sección 27 de la Constitución de Sudáfrica, y no crea “un derecho positivo autónomo e independiente ejecutable independientemente de las consideraciones mencionadas” en la Sección 27, como “realización progresiva” (Mazibuko, 2010, p. 25).

Por lo tanto, el interés garantizado en el acceso a agua suficiente era efectivamente inaplicable, ya que la ciudad siempre podía señalar consideraciones que afectan la tasa y el alcance de la realización. El desafío de la exigibilidad y de adaptar la realización de los intereses al desarrollo de los recursos en la garantía del agua en Sudáfrica es compartido por los defensores de un enfoque basado en los intereses del derecho humano internacional al agua. La Corte Constitucional distingue este enfoque de uno basado en los derechos civiles y políticos tradicionales, una distinción igualmente relevante en el derecho internacional. A diferencia de la naturaleza inmediatamente exigible de los derechos civiles, las personas desfavorecidas como los residentes de Phiri se quedan con una herramienta legal contundente que: “requiere que el estado tome medidas legislativas y de otro tipo razonables progresivamente para lograr el derecho de acceso a agua suficiente dentro de los recursos disponibles. No confiere el derecho a reclamar ‘agua suficiente’ del Estado de inmediato” (Mazibuko, 2010, p. 29).

La decisión en Mazibuko también ilustra otro problema con el enfoque basado en intereses hacia el derecho humano internacional al agua. El Tribunal Constitucional confirmó la cantidad de agua básica gratuita de la ciudad después de que dos tribunales inferiores determinaran que dos cantidades diferentes de agua eran más apropiadas. El Tribunal Constitucional confirmó el monto establecido por la ciudad y revocó los fallos de los tribunales inferiores basándose en lo que el Tribunal Constitucional llamó: “un entendimiento del papel adecuado de los tribunales en nuestra democracia constitucional” (Mazibuko, 2010, p. 28). La Corte Constitucional se sometió al juicio de los órganos legislativos y ejecutivos en la implementación del derecho, ya que eran “las instituciones de gobierno mejor ubicadas para investigar las condiciones sociales a la luz de los presupuestos disponibles y determinar qué objetivos son alcanzables en relación con los derechos sociales y económicos” (Mazibuko, 2010, p. 3).

El hecho de que los dos tribunales inferiores llegaran a conclusiones diferentes con respecto a la cantidad apropiada de agua para satisfacer el requisito constitucional sugiere que los tribunales no están equipados para tomar las determinaciones técnicas requeridas en la gestión del agua. Un enfoque “basado en intereses” obliga a los tribunales a tomar determinaciones técnicas, o bien obliga a un rígido establecimiento constitucional de estándares mínimos que pueden no resultar factibles a medida que cambian las condiciones. Es mejor dejar las determinaciones técnicas en la gestión del agua a quienes tienen experiencia e instituciones que pueden implementar un enfoque adaptativo (Klein y Huang, 2008; Lusk, 1998). Los tribunales, por otro lado, están bien equipados para tomar las determinaciones requeridas en la adjudicación de derechos civiles, donde la determinación es una determinación legal del alcance del poder estatal, en lugar de una determinación técnica que involucra financiamiento de proyectos, calidad del agua y salud pública, consideraciones ecológicas, sostenibilidad y desarrollo de infraestructura.

La otra decisión del tribunal nacional que ilustra las promesas y los desafíos del derecho humano al agua se decidió en Botswana casi al mismo tiempo que Mazibuko estaba procesando a través de los tribunales en la vecina Sudáfrica. En Botswana, *Matsipane Mosethanyane vs. Fiscal General*, ilustra el potencial de un enfoque del derecho humano al agua basado en los derechos civiles como una alternativa al “enfoque basado en intereses” del Pacto DESC, Observación general 15 y el 2010 Resolución de la Asamblea General, un enfoque ilustrado en Mazibuko (Matsipane, 2011).

El caso de Matsipane es una historia de sufrimiento humano y desesperación causada por la escasez de agua en las duras condiciones climáticas del desierto de Kalahari, donde viven los apalantes y su comunidad Basarwa. Las tierras ancestrales de la comunidad

Basarwa se encuentran dentro de la Reserva de Caza del Kalahari Central (CKGR, por sus siglas en inglés), que es un Parque Nacional designado por el gobierno de Botswana con fines de conservación ecológica. En 1986, De Beers Company acordó que un pozo de prospección instalado por la empresa dentro de la CKGR podría ser utilizado por la comunidad Basarwa como pozo para uso doméstico de agua. El Consejo del Distrito de Ghanzi, una entidad gubernamental municipal, mantuvo la bomba en el pozo y proporcionó combustible para el motor de la bomba.

En 2002, el gobierno de Botswana cambió su política con respecto a la comunidad Basarwa. En el momento en que se estableció la CKGR, se declaró expresamente que los Basarwa podrían mantener su presencia nómada en la CKGR. Sin embargo, a lo largo de los años, los Basarwa habían establecido asentamientos permanentes en la CKGR. El gobierno de Botswana determinó que los asentamientos permanentes no eran compatibles con los propósitos de conservación ecológica de la CKGR y que la comunidad Basarwa debería ser reubicada. En una medida supuestamente destinada a forzar la reubicación de la comunidad Basarwa, el gobierno local desmanteló la bomba en el pozo de De Beers, cortando efectivamente el único suministro de agua confiable de la comunidad. La clausura del pozo provocó graves complicaciones de salud para muchos miembros de la comunidad Basarwa (Matsipane, 2011, pp. 6-8).

A diferencia de Sudáfrica, Botswana no tiene ninguna garantía constitucional de acceso a agua suficiente. De hecho, el tribunal de primera instancia de Matsipane denegó la reclamación de acceso al pozo de la comunidad Basarwa en parte porque el tribunal interpretó que la ley de aguas de Botswana exigía un derecho de agua expedido administrativamente para extraer las aguas subterráneas. Los Basarwa no tenían ningún derecho de agua emitido administrativamente en relación con sus extracciones del pozo De Beers (Matsipane, 2011, pp. 12-14).

El tribunal de apelaciones revocó la decisión del tribunal de primera instancia con respecto al requisito de un derecho de agua, sosteniendo que: “cualquier persona que ocupa o posee legalmente un terreno tiene derecho a perforar un pozo en dicho terreno para fines domésticos sin un derecho de agua” (Matsipane, 2011, pp. 15-16). Más importante aún, el tribunal de apelaciones confirmó la afirmación de la comunidad Basarwa de que el desmantelamiento del pozo De Beers y la negación del acceso a su suministro de agua violaban sus derechos civiles.

El derecho invocado por la comunidad Basarwa, y defendido por el tribunal de apelaciones, se establece en el artículo 7 de la Constitución de Botswana, que dispone que “ninguna persona será sometida a torturas ni a actos inhumanos o degradantes castigo u otro trato” (Matsipane, 2011, pp. 19-20). A diferencia de la decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica en Mazibuko, que señaló que la garantía constitucional en cuestión estaba condicionada a la “realización progresiva”, la corte de apelaciones en Botswana señala que la garantía constitucional en cuestión en Matsipane es “absoluta e incondicional” (Matsipane, 2011, p. 20). El tribunal de apelaciones concluye, dado que la comunidad sufría de falta de agua, que la denegación del acceso al pozo constituye una violación del derecho civil de los basarwa garantizado constitucionalmente a no ser sometidos a tratos degradantes (Matsipane, 2011, p. 24).

Así como los intereses garantizados por la Sección 27 de la Constitución de Sudáfrica, sujetos a la “realización progresiva”, tienen sus corolarios de derecho internacional en el Pacto ESC y la Observación general 15, el derecho en cuestión en Matsipane tiene su corolario internacional. En virtud del artículo 7 de la Parte III del Pacto CP: “[nadie] será sometido

a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (ONU, 1966a, Parte III, art. 7). Un reclamo similar al afirmado por la comunidad Basarwa podría presentarse en un tribunal internacional, basado en un derecho inmediatamente vinculante y facilitado por un Protocolo Facultativo también vinculante que permita la ejecución del derecho, a través de reclamos afirmados por actores no estatales. En tales reclamos, los tribunales internacionales no tendrían que involucrarse en determinaciones técnicas sobre la cantidad y calidad para las cuales están mal equipados, sino que juzgarán sobre derechos civiles ampliamente aceptados y jurisprudencialmente maduros.

Matsipane hace referencia al derecho internacional en apoyo de su decisión, pero esto muestra que el enfoque actual no carece de valor. Tiene valor político, diplomático, y tiene algún valor legal “simbólico”. Pero cuando confiamos en él como enfoque principal, construimos sobre una base débil, como se ilustra. Asimismo, es importante señalar que en Mazibuko, los defensores “basados en intereses” reclamaron la victoria antes de la decisión de la Corte Constitucional, pero la respuesta es que habría sido una mala decisión para el acceso al agua a largo plazo. Además, en Mazibuko, hubo una demanda por discriminación de derechos civiles que fracasó. La respuesta es que existen debilidades en el enfoque de derechos civiles. No siempre ganará en función de los hechos y no garantiza una determinada cantidad o calidad de agua. Pero suficientes victorias bajo este enfoque aumentarán la voz de las personas desfavorecidas en la política del agua y conducirán a un argumento más sólido a favor de un reclamo de derecho consuetudinario. También facilita el desarrollo económico y el reconocimiento del valor cultural del agua más allá de la economía y la ecología, que beneficia a los menos favorecidos. Es importante señalar que los instrumentos de derecho internacional que sí mencionan el agua, la CEDAW, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Pueblos Indígenas, lo hacen en contextos de derechos civiles para proteger a las minorías y abordar las libertades y la discriminación racial, étnica, de género y religiosa.

4. Conclusión

El enfoque actual del derecho humano al agua, tal como se plasma en la Resolución de la ONU de 2010, presenta demasiados riesgos para el desarrollo sostenible de los recursos hídricos si se interpreta de manera amplia, y carece de la aplicabilidad del derecho internacional para facilitar la asignación equitativa de los recursos hídricos. Si bien aún tiene una capacidad limitada para garantizar los derechos al suministro de agua, los reclamos sobre los recursos hídricos basados en derechos civiles internacionales establecidos y exigibles pueden al menos proporcionar una brecha legal para que los pueblos desfavorecidos o desfavorecidos creen espacio en la mesa de las partes interesadas que influyen en la política de decisiones entorno al agua. De esta manera, el derecho humano al agua da prioridad a las personas más vulnerables, a la seguridad hídrica, en lugar de desviarlas con un espejismo legal. Este enfoque no solo construye la superestructura de un derecho humano al agua legalmente exigible sobre una base confiable y jurisprudencialmente madura, sino que también establece la conexión esencial entre la mejora de la gestión del agua y el reconocimiento y la protección de los derechos civiles, como se hace explícito en los Objetivos de Desarrollo Sostenible declarados por las Naciones Unidas.

Referencias bibliográficas

- Anaya, S., & Grossman, C. (2002). The Case of the Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 19(1), 1–16.
- Berlin, I. (1969). Two Concepts of Liberty. In *Four Essays on Liberty* (2nd ed., pp. 118–172). Oxford University Press.
- Bluemel, E. B. (2004). The Implications of Formulating a Human Right to Water. *Ecology Law Quarterly*, 31(4), 957–1006.
- Klein C. and Ling-Yee, H. Cultural Norms as Source of Law: The Example of Bottled Water. (2008). *Cardozo Law Review*, 30(2), 507–548.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fisher, W. (1988). Reconstructing the Fair Use Doctrine. *Harvard Law Review*, 101(8), 1659-1795.
- Fitzmaurice, M. (2007). The Human Right to Water. *Fordham Environmental Law Review*, 18(3), 537–586.
- Hammer, L. (2004). Indigenous Peoples as a Catalyst for Applying the Human Right to Water. *International Journal on Minority and Group Rights*, 10(2), 131–161.
- Hardberger, A. (2006). Whose Job is it Anyway?: Governmental Obligations Created by the Human Right to Water. *Texas International Law Journal*, 41(3), 529–594.
- Hershkoff, H. (1999). Welfare Devolution and State Constitutions. *Fordham Law Review*, 67(4), 1403–1434.
- Hobbes, T. (1982). *Leviathan* (59364th ed.). New York: Penguin Classics.
- John F. Sammis. (2010). *Explanation of Vote by John F. Sammis, U.S. Deputy Representative to the Economic and Social Council, on Resolution A/64/L.63/Rev.1, the Human Right to Water*. <https://www.undispatch.com/why-the-united-states-did-not-support-water-as-a-human-right-resolution/>
- Joseph, S., & Castan, M. (2004). *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Kenya Const. 2010. Part 2, Art. 43.
- Langford, M., & Russell, A. (2008). “Global Precedent” or “Reasonable no More”? The Mazibuko Case. *Water Law*, 19, 73–78.
- Larson, R. (2017). Law in the Time of Cholera. *Notre Dame Law Review* 92(3), 1271-1322.
- Larson, R. (2020). Just Add Water: Solving the World’s Problems Using its Most Precious Resource. Oxford University Press.
- Liu, S. F. (1995). American Indian Reserved Water Rights: The Federal Obligation to Protect Tribal Water Resources and Tribal Autonomy. *Environmental Law*, 25(2), 425–462.
- Lusk, S. (1998). Texas groundwater: Reconciling the rule of capture with environmental and community demands. *St. Mary’s Law Journal*, 30(1), 305–366.
- Magaziner, A. (2008). The Trickle down Effect: The Phiri Water Rights Application and Evaluating, Understanding, and Enforcing the South African Constitutional Right to Water. *The North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 33(3), 509–580.
- Matsipane Mosetlhanyane v. Attorney General, Court of Appeals of the Republic of Botswana, Civil Appeal No. CACLB-074-10; High Court Civil Case No. MAHLB-000393-09
- McCaffrey, S. C. (1992). A Human Right to Water: Domestic and International Implications. *Georgetown International Environmental Law Review*, 5(1), 1–24.

- McCaffrey, S. C. (2005). Fresh Water and International Economic Law (International Economic Law Series). In B. L. Chazournes, N. Bernasconi-Osterwalder, & B. E. Weiss (Eds.), *The Human Right to Water* (1st ed., 93-112). Oxford University Press.
- McCaffrey, S. C., & Neville, K. J. (2009). Small capacity and big responsibilities: Financial and legal implications of human right to water for developing countries. *Georgetown International Environmental Law Review*, 21(4), 679-704.
- Mehta, L., & Madsen, B. (2005). Is the WTO after your water? The General Agreement on Trade in Services (GATS) and poor people's right to water. *Natural Resources Forum*, 29(2), 154-164.
- Michelman, F. I. (1979). Welfare rights in constitutional democracy. *Washington University Law Quarterly*, 1979(3), 659-694.
- Mukherji, A. (2006). Is Intensive use of groundwater a solution to the world's water crisis. In L. M. Cortina, R. M. Llamas, & P. P. Rogers (Eds.), *Water Crisis: Myth or Reality? (Balkema: Proceedings and Monographs in Engineering, Water and Earth Sciences)* (p. 181). New York: Taylor and Francis.
- Peerenboom, R. P. (1995). Rights, Interests, and the Interest in Rights in China. *Stanford Journal of International Law*, 31(2), 359-386.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice* (2nd ed.). Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press.
- Rehman, J. (2010). *International Human Rights Law* (2nd ed.). London: Pearson Education.
- Reisman, W. M. (1995). Protecting Indigenous Rights in International Adjudication. *American Journal of International Law*, 89(2), 350-362.
- Rousseau, J. (1987). On the Social Contract. In P. Gray & D. A. Cress (Trans.), *The Basic Political Writings (English and French Edition)* (1st ed., pp. 141-203). Hackett Publishing.
- Russell, A. (2010). International Organizations and Human Rights: Realizing, Resisting or Repackaging the Right to Water? *Journal of Human Rights*, 9(1), 1-23.
- SA losing 600bn litres of water. (2007, February 15). News24. <https://www.news24.com/News24/SA-losing-600bn-litres-of-water-20070215>
- Scully, G. W. (1988). The Institutional Framework and Economic Development. *Journal of Political Economy*, 96(3), 652-662.
- Stith, R. (2010). If Dorothy Had Not had Toto to Pull Back the Wizard's Curtain: The Fabrication of Human Rights as a World Religion. *Valparaiso University Law Review*, 44(3), 847-862.
- Water scarcity | International Decade for Action "Water for Life" 2005-2015. (2014). <https://www.un.org/waterforlifedecade/scarcity.shtml>
- Weiss, B. E., Chazournes, B. L., & Bernasconi-Osterwalder, N. (2005). Water Transfers and International Trade Law. In *Fresh Water and International Economic Law (International Economic Law Series)* (1st ed., p. 61). Oxford University Press.
- Zabarenko, D. (2011, September 26). *River basins could double food production: study*. U.S. <https://www.reuters.com/article/us-rivers-food-idUSTRE78Q0BZ20110927>

Legislación

- Botswana Constitution, § 7(1).
- Dominican Republic Const., § 2, Art. 61.

General Assembly Adopts Resolution Recognizing Access to Clean Water, Sanitation as Human Right, by Recorded Vote of 122 in Favour, None against, 41 Abstentions | Meetings Coverage and Press Releases. (2010). <https://www.un.org/press/en/2010/ga10967.doc.htm#:~:text=By%20a%20vote%20of%20122,in%20scaling%20up%20efforts%20to>

S. Afr. Const. 1996 ch. 2, §27.

South Africa Water Services Act 1997, § 1(iii)

South Africa Department of Water and Forestry, Regulations Relating to Compulsory National Standards and Measures to Conserve Water, No. R 509 (June 8, 2001).

Tunisia Const. 2014, Title 2, Art. 44.

United Nations. (1948). *Universal Declaration of Human Rights* (G.A. Res. 217, U.N. Doc. A/64.).

— (1966a). *International Covenant on Civil and Political Rights* (G.A. Res. 2200, 21 U.N. GAOR Supp. 52, U.N. Doc. A/6316).

— (1966b, December). *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (G.A. Res. 2200, 21 U.N. GAOR Supp. 49, U.N. Doc. A/6316).

— (1966c, December). *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights* (999 UNTS 302, UN Doc. A/RES/21/2200A).

— (2008, December). *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights* (UN Doc. A/RES/63/117).

United Nations Economic and Social Council, Subcommittee on the Promotion and Protection of Human Rights. (2003). *Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: General Comment No. 15* (2002) (U.N. Doc. E/C.12/2002/11).

United Nations General Assembly. (2010). *The human right to water and sanitation, Sixty-fourth session* (Agenda Item 48, Resolution A/64/L.63/Rev.1).

United Nations Human Rights Council. (2010). *Human rights and access to safe drinking water and sanitation* (A/HRC/RES/15/9).

Jurisprudencia

Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, 2001 Inter-Am. Ct. H.R. (ser C) No. 79 (August 31, 2001)

Case Mazibuko v. City of Johannesburg, 2010 BCLR 239 (S. Afr. CC).

LA TASA DE RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS:
ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA TRIBUTARIA AMBIENTAL
The Solid Waste Collection Rate:
Analysis from the Environmental Tax Perspective

ADRIANA MORA BERNAL¹

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador

JAVIER ÁVILA-LARREA²

Universidad de Cuenca, Ecuador

Resumen

La recolección de residuos sólidos es una típica competencia municipal que se da por la prestación del servicio público y aunque pareciera no presentar particularidad, es posible repensarla a partir de los principios basados en la economía circular. A razón de lo mencionado, la presente investigación tiene como objetivo analizar cuál es la situación actual de las tasas de recolección de residuos en el Ecuador, a la luz del principio *quien contamina paga*; toda vez que la Constitución de la República establece derechos al buen vivir, agua y medio ambiente sano como bienes jurídicos protegidos que los gobiernos municipales, a través de sus competencias constitucionales, pueden efectivizar en las tasas de recolección, incorporando elementos tributarios de carácter ambiental, permitiendo así aportar a los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Palabras clave

Desarrollo sostenible, principio *quien contamina paga*, extrafiscalidad, tributos ambientales, residuos sólidos.

Abstract

Solid waste collection is a typical municipal competence that occurs due to the provision of public service and, although it does not seem to present any particularity, it is possible to rethink it based on the principles of the circular economy. In view of the aforementioned, the purpose of this investigation is to analyze the current situation of waste collection rates in Ecuador, in light of the polluter pays principle; since the Constitution of the Republic establishes rights to good living, water, a healthy environment as protected legal assets, which municipal governments and their constitutional powers, can make effective through collection rates, incorporating environmental tax elements, thus contributing to the Sustainable Development Goals.

¹ Abogada. Máster en Derecho, mención Derecho Tributario. Máster en Argumentación Jurídica. Doctoranda en la Universidad de Valencia. Docente-Investigadora en la Universidad Católica de Cuenca. Correo electrónico: adriana.mora@ucacue.edu.ec; ORCID: 0000-0002-1223-6905.

² Economista. Magíster en Desarrollo Local, con mención en Población y Territorio. Doctorando en la Universidad de Valencia. Docente-Investigador de la Universidad de Cuenca en el Departamento de Recursos Hídricos y Ciencias Ambientales. Correo electrónico: javieravilarrea@yahoo.com; ORCID: 0000-0002-4056-4316.



Keywords

Sustainable development, Polluter pays principle, Extra-taxation, Environmental taxes, Solid waste.

1. Introducción

Los problemas ambientales provocados por un crecimiento económico ilimitado han generado el desarrollo de varias iniciativas que pretenden redefinir a este crecimiento; aquí aparece la economía circular, la cual cuenta con varias similitudes con el concepto de sostenibilidad, tales como: la integración de aspectos no económicos en el desarrollo, se desarrolla en un campo multi/interdisciplinario, rol central de la empresa privada, entre otros (Geissdoerfer, Savaget & Bocken, 2017).

Entonces, a manera de encontrar un concepto de la economía circular, podemos señalar que esta instaura la reutilización de materiales en cada uno de los pasos de la cadena de suministro de un producto (Elia, Gnoni & Tornese, 2017); además, según Merli, Preziosi & Acampora (2018), se propone un sistema circular en donde se espera que se mantengan en la economía, la mayor cantidad de tiempo, tanto productos como materiales, con lo cual se pretende superar el patrón lineal de la producción actual y su mal manejo de residuos. Adicionalmente, dentro de la economía circular, además del rol clave de la interdiscipliniedad, para llegar a la circularidad, las iniciativas, tanto de abajo hacia arriba, así como las de arriba hacia abajo, ayudan en esta transición (Pomponi & Moncaster, 2017).

En cuanto al contexto internacional, la iniciativa global, conocida como los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), establece que se deben fortalecer aspectos como la equidad, los derechos humanos, la no discriminación (Kumar, Kumar & Vivekadhish, 2016) y la sostenibilidad de los ecosistemas, debido a que la biodiversidad depende de esta y también la mejora de la calidad de vida de los seres humanos (Opoku, 2019). Por lo expuesto, es relevante establecer las relaciones entre las prácticas de economía circular y los ODS, las cuales, según Schroeder, Anggraeni & Weber (2018), existen con mayor fuerza respecto a: agua limpia y saneamiento (Objetivo 6), energía asequible y no contaminante (Objetivo 7), trabajo decente y crecimiento económico (Objetivo 8), producción y consumo responsables (Objetivo 12) y la vida de ecosistemas terrestres (Objetivo 15).

Dentro del caso ecuatoriano, los ODS forman parte de la política pública, debiendo ser implementada en conjunto con el Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, conforme lo dicta el Decreto N° 371. Además, la norma constitucional establece un Régimen de Desarrollo que se fundamenta en una convivencia armónica con la naturaleza (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 275), cuyo sistema económico tiene que ser construido de forma solidaria y sostenible, manteniendo un ambiente sano y sustentable que garantice el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo (2008, art. 276), así como la obligación de producir y consumir bienes con responsabilidad social y ambiental, según lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador (2008, art. 278). Acerca del tema de soberanía económica, esta garantiza la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales (2008, art. 283), incorporando valor agregado dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y con un consumo social y ambientalmente responsable conforme al artículo 284 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

De manera concreta, el Ecuador, dentro de su Plan Nacional de Desarrollo, tiene como objetivo tres: garantizar los derechos de la naturaleza tanto para las actuales, así como para las futuras generaciones; en donde, como una de sus políticas, se expresa específicamente

el incentivo a una producción y consumo que sea ambientalmente responsable, todo esto basado en la economía circular y bio-economía, con base en actividades concretas como el reciclaje y que se opongan a la obsolescencia programada (Senplades, 2017). Además, dentro del Reglamento al Código Orgánico del Ambiente (2009), se contemplan principios referentes a la gestión integral de residuos y desechos (art. 561), los cuales aportan en la consecución de una sociedad basada en la economía circular; estos principios son: corregir los impactos ambientales desde el origen del proceso productivo (corrección de la fuente), restricciones para minimizar la cantidad de residuos y desechos (minimización en la fuente), responsabilidad en la gestión de residuos y desechos de acuerdo a su alcance (responsabilidad común pero diferenciada), fabricación de productos que favorezcan al desarrollo de una economía circular (de la cuna a la cuna), e implementar patrones de consumo y producción sostenible (responsabilidad ambiental y social).

Por lo tanto, es claro que el sistema económico debe atender los elementos que garanticen la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir, lo cual está en gran medida articulado a la Agenda 2030, en donde la prosperidad económica debe tener en cuenta la transversalidad del medio ambiente y los efectos que la actividad antrópica ejerce sobre este.

2. La extrafiscalidad en la normativa ecuatoriana

La Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 14 reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*, además, declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados. Al mismo tiempo, la Carta Magna, en el artículo 66, en sus numerales 2 y 27, reconoce y garantiza a las personas el derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental, entre otros servicios sociales necesarios; y, enfatiza en el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza.

En lo que se refiere a los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, en el artículo 83 numeral 6 de la Constitución (2008) se establece la obligación de respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible. Fijando como una corresponsabilidad ciudadana la preservación del ambiente, como lo determina el artículo 399 del mismo cuerpo legal. Situación parecida sucede en España, en donde la Constitución (1978), en su artículo 45, además de establecer el derecho a un medio ambiente adecuado, señala que los poderes públicos velarán por la utilización racional de los recursos naturales con la finalidad de defender y restaurar el medio ambiente.

Retomando el caso ecuatoriano, podemos ver que el artículo 300 establece que la política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Asimismo, el artículo 6 del Código Orgánico Tributario (2005) llega a señalar que los tributos, además de recaudar ingresos públicos, servirán como instrumento de política económica general y el cumplimiento de desarrollo nacional. Situación similar ocurre en España, donde el artículo 2 de la Ley 58/2003 (2003) dice que los tributos, a más de ser medios de obtención de recursos para el sostenimiento del gasto público, pueden servir como instrumento de la política económica y atender a los fines contenidos en

la Constitución, siendo “uno de estos fines [...] la protección del medio ambiente quedando, por tanto, justificada la utilización de los tributos para su consecución” (Carpizo Bergareche, 2011, p. 50).

Así, la actividad financiera no solo tiene como objetivo obtener ingresos y realizar gastos, sino atender al cumplimiento de otros fines contemplados en la normativa constitucional. Es decir, ha existido una “evolución doctrinaria, tanto en la recepción constitucional y legal del derecho tributario ya que se reconoce una función del tributo alternativa a la función típicamente recaudatoria, la cual corresponde a la noción de función extrafiscal del tributo” (Rozo Gutierrez, 2003, p. 160). Dicho de otra manera, “los tributos cumplen con otras finalidades constitucionalmente aceptadas en beneficio social, como es el cuidado del ambiente, indispensable para la existencia misma de la humanidad, máxime cuando este ordenamiento jurídico ha robustecido el derecho al ambiente sano” (Yáñez Villavicencio, 2017, p. 81).

3. Principio *el que contamina paga*

El principio *el que contamina paga*, en el caso concreto ecuatoriano, no consta dentro de la normativa constitucional; sin perjuicio de ello, a nivel internacional, organismos como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) lo han hecho suyo desde 1972 al emitir la Recomendación del Consejo sobre los principios guía, relativos a los aspectos económicos de las políticas ambientales.³ Así también, la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (1992), en su principio 16, determina:

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales (ONU, 1992).

En el ámbito europeo, este principio se encuentra en el artículo 174 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (2002), que habla de la utilización de este principio para la protección al medio ambiente, admitiendo en este campo disposiciones de carácter fiscal. Además, el Parlamento Europeo (2019) estableció como uno de los principios de la política medioambiental europea, el cual es aplicado sobre los daños medioambientales, daños causados a las especies y hábitats naturales al agua y al suelo. A este se suman otros principios como el de cautela y de acción preventiva.

En el Ecuador, en el año 2010, con la entrada en vigor del Código Orgánico de la Producción, parece ser el inicio de la positivización de este principio ambiental pero que curiosamente ha sido concebido desde la sostenibilidad de la producción y el uso de tecnologías ambientalmente limpias, siendo imperativo que los procesos productivos se desarrollen conforme a los postulados de desarrollo sustentable. Por ello, el artículo 234, literal c), especifica que el paso a tecnologías más limpias implica procesos de producción más limpios, que a su vez se traducen en principios como *quien contamina paga* (numeral 5), así

³ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) acuñó en 1972 el principio *quien contamina paga*, al emitir la Recomendación del Consejo sobre los principios guía relativos a los aspectos económicos de las políticas ambientales, al cual le siguieron otras tres recomendaciones sobre la aplicación del principio *quien contamina paga*; la aplicación del principio *quien contamina paga* en caso de contaminación accidental; y, sobre el uso de instrumentos económicos en la política ambiental al cual es tema de análisis en este acápite.

como el numeral 1 que aborda el principio de reducir, reusar y reciclar (Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, 2010, art. 234).

Es apenas en el año 2017, con la entrada en vigor del Código Orgánico del Ambiente, que se contempla este principio ambiental, además de otros principios ambientales que constituyen los fundamentos conceptuales para todas las decisiones y actividades públicas o privadas de las personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, en relación con la conservación, uso y manejo sostenible del ambiente (art.9). Además, el artículo citado añade que los principios ambientales deberán ser reconocidos e incorporados en toda manifestación de la administración pública, así como en las providencias judiciales en el ámbito jurisdiccional. De aquí que el Código Orgánico del Ambiente (2017), refiriéndose al principio *quien contamina paga*, en el artículo 9 numeral 4, expresa lo siguiente:

Quien realice o promueva una actividad que contamine o que lo haga en el futuro, deberá incorporar a sus costos de producción todas las medidas necesarias para prevenirla, evitarla o reducirla. Asimismo, quien contamine estará obligado a la reparación integral y la indemnización a los perjudicados, adoptando medidas de compensación a las poblaciones afectadas y al pago de las sanciones que correspondan.

Aquí, algunos autores, además de tomarlo como un principio, lo ven como una estrategia de política económica ambiental que utiliza al sistema fiscal, especialmente a los tributos extrafiscales, ya que estos pueden incorporar fines de protección ambiental, desincentivando la acción contaminante. Aunque antiguamente este principio suponía pagar por el derecho a contaminar, con el avance del derecho se lo ha repensado como el medio que permite aplicar el tributo ambiental a quien se beneficia del uso irracional de los recursos naturales, internalizando los costos sociales de la contaminación, cristalizando los objetivos y deberes plasmados en la Constitución (Yáñez Villavicencio, 2017). Cabe señalar que el ODS 13 nos advierte que las poblaciones más pobres y vulnerables son las más perjudicadas si no tomamos acciones ante las acciones humanas contaminantes.

4. La potestad tributaria de los gobiernos autónomos descentralizados

La norma constitucional, en su artículo 238, confiere a los diferentes gobiernos autónomos descentralizados autonomía política, administrativa y financiera, para que, en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, sean quienes tengan el derecho y la capacidad efectiva para realizar competencias en beneficio de sus habitantes (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 238). En este sentido, el artículo 83 del Código Orgánico Administrativo (2017) manifiesta que la descentralización de la gestión del Estado consiste en la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias, con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde la administración pública central hacia los Gobiernos Autónomos Descentralizados, a través del procedimiento previsto en la ley.

En lo concerniente a la autonomía política, se establece que es la capacidad de impulsar procesos de desarrollo respecto a su historia y cultura; es decir, se otorga a los gobiernos autónomos descentralizados la facultad de emitir políticas públicas territoriales, así como el ejercicio de la participación ciudadana. Por otra parte, la autonomía administrativa consiste en la facultad de organización y funcionamiento del talento humano y recursos materiales para llevar a cabo sus competencias; debiendo observar lo que se establezca a nivel nacional. Finalmente, la autonomía financiera consiste en que los gobiernos autónomos descentralizados puedan generar y administrar sus propios recursos, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y la ley; competencias que permiten a los gobiernos autónomos

descentralizados la promoción del desarrollo sustentable y la garantía de la realización del buen vivir a través de la implementación de políticas públicas cantonales.

Es decir, todos los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán facultades ejecutivas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales; en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales, como lo contempla el artículo 240 de la norma constitucional (Constitución de la República del Ecuador, 2008). No cabe duda de que este es el aval constitucional que permite a los gobiernos municipales tener competencias territoriales, que han sido detalladas en el artículo 264 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), que establece la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos y actividades de saneamiento ambiental como competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

De aquí que, podemos afirmar que el poder tributario ha sido contemplado a nivel constitucional y es allí donde también se han efectuado los poderes delegados a otros niveles de gobierno, respetando el principio de legalidad que rige para todas las cuestiones tributarias. En el caso ecuatoriano, la distribución del poder tributario está en relación con la organización territorial del Estado, en la medida que reconoce constitucionalmente las cuotas de poder tributario a los gobiernos autónomos descentralizados; esto está en consonancia con el ODS 17, en cuanto al fortalecimiento de los medios para la implementación de los objetivos a través de cubrir sus necesidades de financiamiento. Ahora bien, la Constitución de la República, al abordar la sección del régimen tributario, establece en el artículo 300 que se deberá promover conductas ecológicas, sociales y económicas responsables; es decir, existe una estrecha relación entre el régimen tributario y la protección ambiental, más aún cuando el artículo 285 señala que los objetivos de la política fiscal no están dirigidos primordialmente a la obtención de ingresos a favor del ente público para el financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos, sino además, pueden generar incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables.

Por lo tanto, es posible que los gobiernos autónomos descentralizados, a través de su poder tributario local, puedan crear tributos que permitan generar sus propios recursos, consolidar políticas públicas respecto al cuidado ambiental, así como promover contribuciones cuya finalidad sea consolidar conductas ecológicas con fines extrafiscales, más aún cuando el Plan Nacional de Descentralización considera que la descentralización fiscal es un componente central dentro del nuevo modelo de descentralización, que se concentra en la solidaridad y la equidad interterritorial (Senplades, 2012). En el caso ecuatoriano, en lo concerniente a las tasas, se establece que solo a través de acto normativo de órgano competente se podrá establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 301). Por tanto, nuestra normativa constitucional, así como el artículo 186 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010) dispone que los gobiernos municipales pueden crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas municipales, tasas y contribuciones especiales de mejora.

En este marco, los gobiernos autónomos descentralizados municipales están facultados para ejercer sus cuotas de poder tributario, al tener las competencias para establecer tasas⁴ de recolección de residuos por la prestación del servicio público del manejo de desechos

⁴ Además, entendemos que las tasas son prestaciones que se aplican coactivamente aún contra la voluntad del particular. Basta con que este se encuentre en el caso previsto por la norma, para que se vea obligado al pago (Troya, 2014); dicho de otra manera, el Estado exige su pago en virtud de su poder de imperio sin que exista una contraprestación.

sólidos conforme la normativa constitucional. Añadiendo a lo referido, el artículo 568 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010) señala que el alcalde municipal o metropolitano tiene la iniciativa de crear estas tasas a través de ordenanzas para la prestación del servicio de recolección de basura y aseo público, que deberán ser tramitadas y aprobadas por el Concejo Cantonal.

Sin embargo, a pesar de que los municipios cuenten con esta descentralización fiscal y facultad legislativa en el Ecuador, si hacemos un ejercicio comparativo entre el periodo 2014 -2018, podemos ver que en el año 2014 únicamente el 77.6% de municipios contaban con ordenanzas para el manejo de residuos sólidos, pasando a un 84.8% para el año 2018. Por lo cual, aún se cuenta con un 15.2% de municipios sin una Ordenanza para el manejo de residuos sólidos.

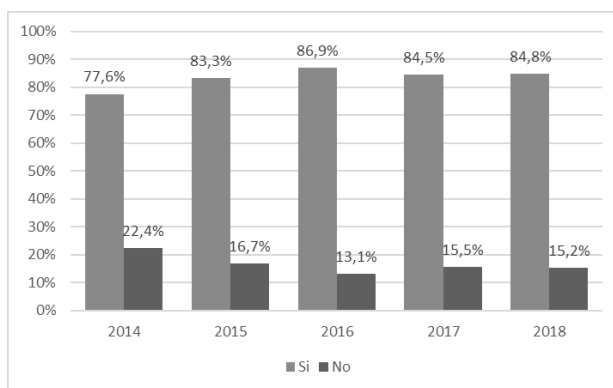


Figura 1. Porcentaje de Municipios que cuentan con Ordenanza para el manejo de Residuos Sólidos. La figura da cuenta del porcentaje anual de entre todos los Municipios del Ecuador (INEC – AME, 2015, 2016, 2017a, 2018).

Cabe señalar que, para el año 2017, los cantones que no contaron con ordenanza para la prestación del servicio de recolección de basura y aseo público fueron: Alausí, Archidona, Balzar, Buena Fé, Chone, Chordeleg, Colimes, Colta, Coronel Marcelino Maridueña, Cumandá, El Pan, General Antonio Elizalde, Guachapala, La Concordia, Las Lajas, Loreto, Mocache, Naranjito, Paján, Palenque, Palestina, Pallatanga, Penipe, Pimampiro, Portoviejo, Pueblo Viejo, Quero, San Vicente, Santo Domingo, Saquisilí, Sigsig, Tosagua, Vinces y Zapotillo (INEC – AME, 2017b).

Además, la normativa determina que la prestación del servicio público será retribuida a través de las tasas, en donde las municipalidades o distritos metropolitanos pueden exigir que su monto guarde relación con el costo de producción de dichos servicios; entendiéndose por costo de producción el que resulte de aplicar reglas contables de general aceptación, debiendo desecharse la inclusión de gastos generales de la administración municipal o metropolitana que no tengan relación directa y evidente con la prestación del servicio, tal como lo regula el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010, art. 566), estableciendo en el propio articulado una excepción. Esta excepción describe que el monto de la tasa podrá ser inferior al costo cuando se trate de servicios esenciales destinados a satisfacer necesidades colectivas de gran importancia para la comunidad, cuya utilización no debe limitarse por razones económicas; todo esto, en la medida y siempre que la diferencia entre el costo y la tasa pueda cubrirse con los ingresos generales de la municipalidad o distrito metropolitano.

5. Determinación de la cuantía de las tasas de gestión de residuos en el Ecuador

Como se ha señalado, tanto el agua y el medio ambiente sano constituyen para el Ecuador bienes jurídicos protegidos y, por tanto, existe la obligación de su cuidado y protección. Así también, los gobiernos autónomos municipales ostentan la competencia de prestar el servicio público de agua potable, alcantarillado y manejo de desechos sólidos y establecer tasas para su prestación, lo cual empata con la protección del patrimonio cultural y natural que los asentamientos humanos resilientes y sostenibles deben tener según el ODS 11. Si analizamos estas afirmaciones desde el marco de la tributación ambiental, podríamos decir que las tasas pueden cumplir, por una parte, con fines extrafiscales de protección del medio ambiente; y, por otra parte, cumplir con su función típica de recaudación. Respecto a esto último, Moreno Rivera (2007) indica que la figura tributaria de las tasas se basa en que el monto debe guardar relación con los costos de producción.

Por ello, las tasas de recolección de residuos pueden constituirse en instrumentos de política económica ambiental que permitan la consolidación del Régimen de Desarrollo y una de sus políticas: la economía circular. Esto permitirá tener sostenibilidad financiera para un mejor manejo de residuos, instaurar procesos de reciclaje, reutilización de materiales y, por tanto, extender la vida útil de los botaderos. Para ello, será necesario incorporar el principio *quien contamina paga*, contemplado en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; Código Orgánico del Ambiente, y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, permitiendo que el monto de las tasas para la prestación del servicio público guarde relación con los costos de producción del servicio. Entre los costos que se debería tomar en cuenta están los medioambientales, como por ejemplo la excavación y disposición del suelo, alteración del paisaje, disminución de la calidad del agua, manejo de lixiviados, alteración en la calidad del aire y riesgo para la salud pública (Zapata Muñoz & Zapata Sánchez, 2013).

Es por ello que uno de los elementos de la economía circular es la disminución de recursos en los procesos de producción, mermando la cantidad de basura que termina en las diferentes formas de disposición en el país; esta característica se relaciona con: el ODS 6, gestión sostenible del agua; el ODS 12, uso eficiente tanto de recursos materiales y de energía; ODS 8, empleo decente sin perjudicar al medio ambiente; y, con el ODS 15, conservación de la biodiversidad y los ecosistemas. Sobre la situación de la basura en el Ecuador (Figura 2), se determinó que existió una variación en la producción de residuos en el país, el cual, para los años 2015 y 2016, fue de 0.58 kilogramos por persona al día, pero, para los años 2017 y 2018 se observó un incremento de 0.28 kilogramos en la zona urbana.

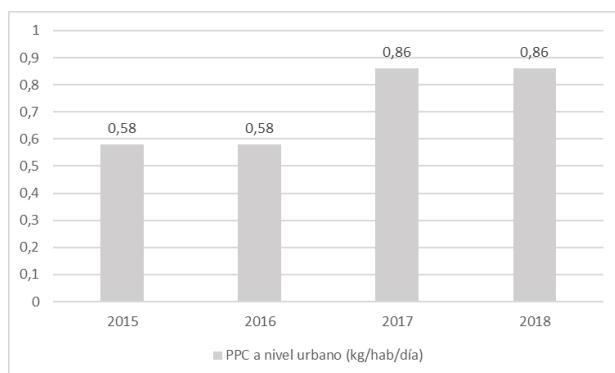


Figura 2. Producción per Cápita de residuos sólidos (PPC) a nivel urbano, años 2015-2018.

La unidad de medida de la Producción per Cápita (PPC) viene dada en kg/hab/día (INEC – AME, 2015, 2016, 2017c, 2018).

La disposición final de los residuos, sabemos que es el “lugar de mayor trascendencia dentro de un sistema integrado de gestión de desechos sólidos” (Cobos, Solano, Vera & Monge, 2017, p. 51), y que en el Ecuador existen tres formas de disposición (Figura 3). Los botaderos, lugares en donde se depositan los desechos sólidos sin que se apliquen normas para la protección del ambiente; en el año 2017, el 25.6% de municipios utilizaron este mecanismo, cuya principal ventaja son sus bajos costos económicos; para el año 2018 disminuyeron al 20.4%. Los rellenos sanitarios, en donde se aplican criterios técnicos para evitar un perjuicio al medio ambiente en la disposición de los desechos, representaron el 45.7% para el 2017 y el 44.9% para 2018. Finalmente, un 28.8% en 2017 utilizaron celdas emergentes, pasando al 34.7% para 2018.

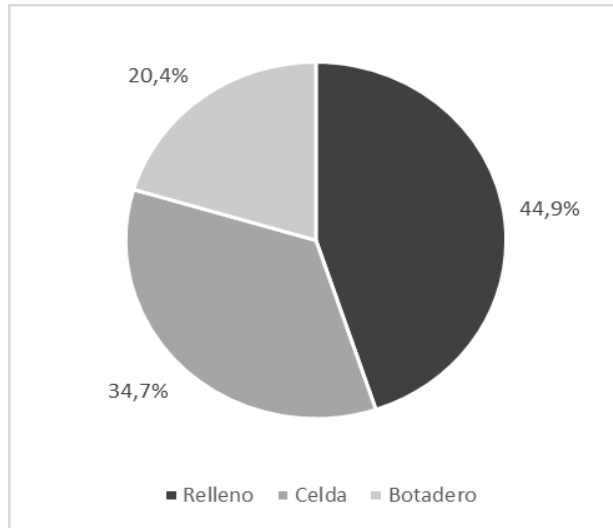


Figura 3. Disposición final de los residuos sólidos – año 2018. INEC – AME (2018).

Los datos señalados nos muestran que cada vez es mayor la producción de residuos sólidos por parte de los ciudadanos y que por otra parte aún existen municipios que no cuentan con ordenanzas para su recolección, por esto la gestión de los residuos todavía se enfrenta a grandes retos, ya que a nivel regional más del 50% de gobiernos municipales de la Sierra disponen sus residuos sólidos en rellenos sanitarios, en tanto que en la Costa apenas alcanza un 25%. Ello supone que las actuales tasas deban ser objeto de una reestructuración desde una mirada de la protección ambiental, siendo posible dentro del marco constitucional y legal señalado. Por ello, podríamos pensar en introducir elementos tributarios de carácter ambiental o modificar su estructura para hacerlos acorde con esta categoría (Muñoz Villareal, 2014).

En la realidad de algunos municipios, se observa que la tasa de recolección se reduce al cobro por la prestación del servicio, sin una finalidad ambiental que tenga como objetivo la internalización de costos. Sin embargo, cabe destacar la normativa del Distrito Metropolitano de Quito, la cual contempla dentro de los principios que rigen el sistema de manejo integral de residuos sólidos, la internalización de costos o el principio *quien contamina paga*; determinando que es responsabilidad del generador de los residuos el que asuma los costos de acopio, recolección, tratamiento y disposición final en proporción a su cantidad y calidad y el costo diferenciado de su manejo y disposición. Además, el artículo 5 numeral 4 de su Ordenanza añade un aspecto muy importante, en el cual se menciona que el municipio no

debe subsidiar este servicio, sino por el contrario, internalizar sus costos en la tasa respectiva (Ordenanza de gestión integral de residuos sólidos en el Distrito Metropolitano de Quito, 2011, art. 5).

En el mismo sentido, en Cuenca, la Ordenanza General para la Determinación, Recaudación y Cobro por el Servicio Sanitario y Ambiental de Residuos y Desechos Sólidos que presta la Empresa Pública Municipal de Aseo de Cuenca EMAC-EP, aborda la aplicación del principio tributario de suficiencia recaudatoria a la tasa de recolección, debiendo entender este principio como “cuando la administración tributaria ha logrado recabar ingresos tributarios suficientes para alcanzar y superar el presupuesto previsto en relación al destino de dichos ingresos, es decir en relación directa proporcionalidad del gasto público” (De la Guerra Zúñiga, 2012, p. 47). Por lo tanto, estamos hablando de recaudar los recursos suficientes, que, en este caso, según la normativa, sería guardar la relación con el costo de producción, recordando que la ley permite que el monto de la tasa sea inferior al costo al tratarse de servicios esenciales como excepción, ya que la regla sería que los municipios exijan el monto que guarda relación con el costo de producción de dichos servicios.

Sin perjuicio de esta facultad municipal, en el país aún existe un porcentaje considerable de gobiernos municipales que subsidian la prestación de servicio de manejo de residuos sólidos. A nivel nacional, para el año 2015 fue del 50.8%, en 2016 del 56 %, en 2017 decreció al 43.9% y en 2018 al 41.8%. Aunque en algunas regiones el subsidio ha disminuido, en otras se incrementa, mostrando una conducta cíclica (Sierra y Costa) en el periodo comprendido entre el año 2014 al 2018 (Figura 4); situación que evidencia una falta de recuperación de costes del servicio del manejo de residuos sólidos.

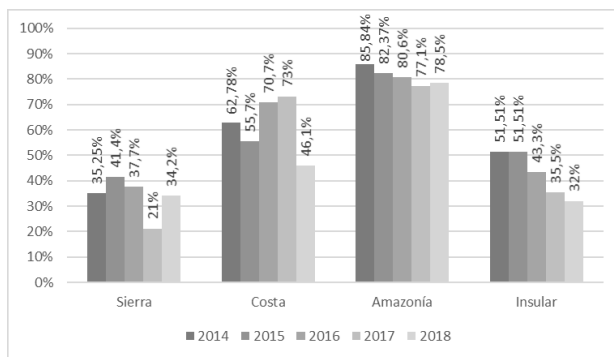


Figura 4. Subsidio de la Gestión Integral de Residuos Sólidos, años 2014-2018 (INEC – AME, 2015, 2018).

Por esto, los gobiernos municipales deben contar con tarifas que asuman los costos de prestación del servicio, existiendo diferentes alternativas como el uso de cuotas fijas y variables, para que quienes tengan menos recursos puedan acceder a subsidios; tarifas sociales o mínimos de facturación, en donde exista un régimen diferenciado que pondere los diferentes residuos (comunes, industriales, comerciales, peligrosos, etc.), para la recuperación de dichos costos. Con esto se alcanzaría a gravar la situación real de contaminación que efectúe cada agente y contribuir al sostenimiento de la prestación del servicio y, por lo tanto, la manifestación del principio *quien contamina paga*. Moreno Rivera (2017) al respecto señala que:

Es necesario que dicha cuantía sea lo suficientemente elevada para que el agente contaminante, en este caso los productores y consumidores, llegue a la conclusión de que le afecta de manera negativa económicamente el seguir contaminando, lo que le motiva a introducir mejoras desde el punto de vista ambiental en el desarrollo de su actividad, en este caso a utilizar materias primas reutilizables y el fomento del reciclaje y la reutilización (p. 88)

Ahora, las municipalidades no solo se enfrentarían a este reto de cuantificación; a esto se sumarían los diferentes mecanismos de cobro (Figura 5) que existen en nuestro país, como el consumo de la energía eléctrica, agua potable, impuesto predial, facturación directa por municipio, e incluso municipalidades que tienen dos mecanismos de cobro. Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, para el año 2018, el 50.7% de los gobiernos municipales cobran la tasa a través de la planilla de energía eléctrica y un 7.4% no posee reglamento para su cobro. Es notorio que los gobiernos municipales han elegido mayoritariamente el cobro de la tasa a través de la Empresa Eléctrica, debido a la facilidad de tener identificados a los usuarios y, por lo tanto, lograr incrementar el porcentaje de recaudación.

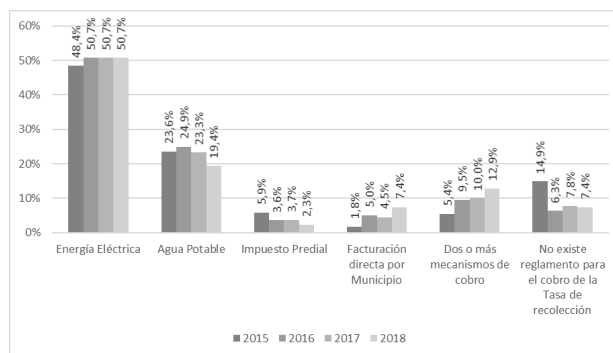


Figura 5. Porcentaje de Municipios, según los mecanismos de cobro de la tasa de recolección de los Residuos Sólidos, años 2015 -2017 (INEC – AME, 2015, 2016, 2017a, 2018).

Finalmente, esta situación evidencia que una gestión integrada de los desechos sólidos puede ser consolidada con tasas de recolección de residuos sólidos que incorporen en sus elementos esenciales del tributo a objetivos ambientales y que su recaudación, a pesar de poseer diferentes formas de cobro, debe ser invertida en la protección de los derechos fundamentales como medio ambiente sano, agua y buen vivir, así como provocar un efecto disuasivo en la generación de residuos y desechos; además, debe incentivar la fabricación de productos que favorezcan el desarrollo de una economía circular.

6. Conclusiones

En los últimos años el Ecuador ha implementado instrumentos de protección ambiental, así como tributos ambientales cuyo argumento principal es la extrafiscalidad y el principio *quien contamina paga*, teniendo desde el 2011 el impuesto a la contaminación vehicular y el impuesto redimible a las botellas plásticas, sin embargo, el impuesto a la contaminación vehicular fue extinguido en agosto del 2019 y en el mismo año se creó el impuesto a las bolsas plásticas, situación que permite entender el desafío y las oportunidades en la implementación de una reforma fiscal ambiental que realmente permita un régimen del buen vivir y que

faculte la consecución de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, así como el Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021.

Se atisba que la tasa de residuos sólidos puede llegar a contener elementos tributarios de carácter ambiental como la protección del ambiente y los recursos hídricos que permitan alcanzar una economía circular. Es obligación de los gobiernos autónomos descentralizados la promoción del desarrollo sustentable, la internalización de costos y por lo tanto el principio *quien contamina paga*. Más aún cuando los gobiernos autónomos descentralizados municipales deben implementar medidas para alcanzar los objetivos trazados en la Ley Orgánica para la racionalización, reutilización y reducción de plásticos de un solo uso, entre los que consta la reducción progresiva de la generación de residuos y desechos plásticos.

Estas facultades permiten crear ordenanzas para el cobro del servicio público de recolección de residuos, así como proponer tarifas fijas y variables que graven la actividad contaminante; siendo posible establecer tarifas que guarden relación con los costos de producción, lo que les permitiría a las municipalidades recaudar los recursos suficientes para una gestión integral de residuos, transitando a nuevos servicios como: la recolección de aceites de fritura, neumáticos, medicamentos, así como el fortalecimiento de programas que potencialicen el uso de humus y compost para el sector agrícola.

Por lo tanto, la cuantificación de las tasas debe cumplir con principios tributarios como equidad y proporcionalidad. Para esto, la equidad debe constituirse en uno de los principios esenciales en el caso de la tasa de recolección de basura, puesto que para cuantificar el valor de la tasa se deberá tomar en cuenta si se trata de residuos domésticos, comerciales, industriales, escombros, biopeligrosos, entre otros, responsabilizando a la ciudadanía de la gestión de los residuos, pero de forma diferenciada como dice el Código Orgánico del Ambiente. Es decir, se deben utilizar fórmulas de fijación de tarifas, en donde con condiciones diferentes se deben obtener resultados diferentes.

Existe además una corresponsabilidad tanto ciudadana como empresarial en la preservación del ambiente, según la Constitución de la República, y esto debe ir de la mano con programas de concientización sobre consumo sostenible y la utilización de recursos naturales de modo racional, lo cual permita preservar un ambiente sano. Autores como Velázquez Patiño (2008) sostienen que la conciencia ciudadana juega un papel primordial, ya que no solo se requiere de marcos reguladores, sino fundamentalmente de la participación ciudadana, para evitar quedarnos en el plano de disposiciones legales inertes o quebrantables. Por ello, resulta imperiosa la responsabilidad social y ambiental por parte del sector empresarial, teniendo como desafío la corrección de los impactos ambientales en el proceso productivo (corrección de la fuente), a través de la fabricación de productos con el uso de tecnologías ambientalmente limpias que favorezcan al desarrollo sostenible. Sobre esto, hemos establecido relaciones entre el principio *el que contamina paga*, la potestad tributaria de los gobiernos autónomos y, principalmente, con la economía circular, con respecto a los ODS: 6, 7, 8, 11, 12, 13, 15 y 17. Con base en lo mencionado, se establecen directrices para superar el patrón lineal de la producción actual, alcanzando una de las metas propuestas en el Plan Nacional de Desarrollo – Toda una Vida.

Referencias bibliográficas

Carpizo Bergareche, J. (2011). Hacia una reforma ambiental de la Tributación Local. En F. Serrano Antón (ed.), *Tributación Ambiental y Haciendas Locales* (pp. 50-64). Pamplona: Editorial Aranzadi.

- Cobos, S., Solano, J., Vera, A. & Monge, J. (2017). Análisis multicriterio basado en GIS para identificar potenciales áreas de emplazamiento de un relleno sanitario mancomunado en la provincia del Azuay. *Confibsig*, 51-62.
- De la Guerra Zúñiga, E. (2012). *El Régimen Tributario Ecuatoriano*. Corporación de estudios y publicaciones (CEP).
- Elia, V., Gnoni, M., & Tornese, F. (2017). Measuring circular economy strategies through index methods: A critical analysis. *Journal of Cleaner Production*, 142, 2741-2751. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.10.196>
- Geissdoerfer, M., Savaget, P., & Bocken, N. (2017). The Circular Economy - A new sustainability paradigm? *Journal of Cleaner Production*, 143, 757-768. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.12.048>
- Kumar, S., Kumar, N., & Vivekadhish, S. (2016). Millennium development goals (MDGS) to sustainable development goals (SDGs): Addressing unfinished agenda and strengthening sustainable development and partnership. *Indian Journal of Community Medicine*, 41, 1-4. DOI: 10.4103/0970-0218.170955
- Merli, R., Preziosi, M., & Acampora, A. (2018). How do scholars approach the circular economy? A systematic literature review. *Journal of Cleaner Production*, 178, 703-722. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2017.12.112>
- Moreno Rivera, A. K. (2017). Consecuencias en materia de residuos derivadas del paquete de economía circular en España, análisis desde la perspectiva tributaria. *Observatorio Medioambiental*, 20 (0), 77-92. <https://doi.org/10.5209/obmd.57947>
- Muñoz Villareal, A. (2014). Fiscalidad y medioambiente: estado de la cuestión (II). *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 46 (1), 117-132.
- Opoku, A. (2019). Biodiversity and the built environment: Implications for the Sustainable Development Goals (SDGs). *Resources, Conservation & Recycling*, 141, 1-7. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.resconrec.2018.10.011>
- Pomponi, F., & Moncaster, A. (2017). Circular economy for the built environment: A research framework. *Journal of Cleaner Production*, 143, 710-718. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.12.055>
- Rozo Gutierrez, C. (2003). Las funciones extrafiscales del tributo a propósito de la tributación medioambiental en el ordenamiento jurídico colombiano. *FORO Revista de Derecho*, 1 (1), 159-201.
- Schroeder, P., Anggraeni, K., & Weber, U. (2018). The Relevance of Circular Economy Practices to the Sustainable Development Goals. *Journal of Industrial Ecology*, 23, 77-95. DOI: 10.1111/jiec.12732
- Senplades. (2012). *Plan Nacional de Descentralización 2012-2015*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.
- Senplades. (2017). *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.
- Troya Jaramillo, J. y Simone Lasso, C. (2014). *Manual de Derecho Tributario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Velázquez Patiño, A. C. (2008). La gestión de los residuos sólidos urbanos en la ciudad de Hannover: un modelo exitoso. *Anales de Geografía*, 28, 163-177.
- Yáñez Villavicencio, J. (2017). Descripción de los tributos extrafiscales de índole ambiental y la problemática que los rodea. Caso ecuatoriano. *FORO. Revista de Derecho*, 28, 79-94. <https://doi.org/10.32719/26312484.2017.28.4>

Zapata Muñoz, A. F., & Zapata Sánchez, C. E. (2013). Un método de gestión ambiental para evaluar rellenos sanitarios. *Gestión y Ambiente*, 16 (2), 105-120. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/gestion/article/view/39571>

Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2005). *Código Orgánico Tributario*. Registro Oficial N° 38 del 14 de junio de 2005.
- (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.
- (2010). *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Suplemento del Registro Oficial N° 351 del 29 de diciembre de 2010.
- (2010). *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Suplemento del Registro Oficial N° 303 del 19 de octubre de 2010.
- (2017). *Código Orgánico Administrativo*. Suplemento del Registro Oficial N° 31 de 7 de julio de 2017.
- (2017). *Código Orgánico del Ambiente*. Suplemento del Registro Oficial N° 983 del 12 de abril de 2017.
- (2020). *Ley Orgánica para la racionalización, reutilización y reducción de plásticos de un solo uso*. Registro Oficial Tercer Suplemento N° 354 del 21 de diciembre de 2020.
- Concejo Metropolitano de Quito (2011). *Ordenanza de gestión integral de residuos sólidos en el Distrito Metropolitano de Quito*. Gaceta Oficial 001 del 2 mayo de 2011.
- Concejo Municipal de Cuenca (2018). *Ordenanza general para la determinación, recaudación y cobro por el servicio sanitario y ambiental de residuos y desechos sólidos que presta la Empresa Pública Municipal del Aseo de Cuenca EMAC EP*. Edición Especial del Registro Oficial N° 615 del 12 de noviembre de 2018.
- Congreso de los Diputados (1978). *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado N° 311 del 29 de diciembre de 1978.
- (2003). *Ley 58/2003*, de 17 de diciembre, Boletín Oficial del Estado N° 302 del 29 de diciembre de 1978. <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/17/58/con>
- Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea (2004). *Directiva 2004/35/CE* del 21 de abril de 2004. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Presidente de la República del Ecuador (2019). *Reglamento al Código Orgánico del Ambiente*. Suplemento del Registro Oficial N° 507 del 12 de junio de 2019.
- (2008). Decreto N° 371. Suplemento del Registro Oficial N° 234 del 4 de mayo 2018.

Convenciones y tratados internacionales

- Organización de las Naciones Unidas (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, junio de 1992.
- Comunidad Europea (2002). *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*, 1 de enero de 1958.

Gráficos

- INEC-AME. (2015). Estadística de Información Ambiental Económica en Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Encuestas_Ambientales/Gestion_Integral_de_Residuos_Solidos/Documento%20Tecnico%20GIRS%202015.pdf
- (2016). Estadística de Información Ambiental Económica en Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales. Gestión de Residuos Sólidos. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Encuestas_Ambientales/Gestion_Integral_de_Residuos_Solidos/2016/Presentacion%20Residuos%20Solidos%202016%20F.pdf
- (2017a). Gestión de Residuos sólidos. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Encuestas_Ambientales/Municipios_2017/Residuos_solidos_2017/PRESENTACION_RESIDUOS_2017.pdf
- (2017b). GAD Municipales – 2017. <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/gad-municipales-2017/>
- (2017c). Producción per Cápita de residuos sólidos (PPC) a nivel urbano 2015–2017. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Encuestas_Ambientales/Municipios_2017/Residuos_solidos_2017/Boletin_Tecnico_Residuos_2017.pdf
- (2018). Estadística de Información Ambiental Económica en Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales. Gestión de residuos sólidos 2018. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Encuestas_Ambientales/Municipios_2018/Residuos_solidos_2018/PRESENTACION%20RESIDUOS_2018.pdf

SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA. UN RETO PARA LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN LA UE¹

Administrative Simplification in the Energy Transition. A Challenge for Renewable Energy in the EU

JOSÉ MIGUEL BELTRÁN CASTELLANOS²
Universidad de Alicante, España

Resumen

El despliegue en masa de las energías renovables supone uno de los principales desafíos para los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Unión Europea en el horizonte 2030. Por ello, en el presente trabajo se analizan las novedades en el Derecho Europeo que buscan garantizar procedimientos administrativos ágiles y modernos, que permitan autorizar con éxito las instalaciones de producción de energía a partir de fuentes renovables.

Palabras clave

Energías renovables, simplificación administrativa, medio ambiente, Unión Europea.

Abstract

The deployment of renewable energies represents one of the main challenges for the legal systems of the EU Members States in the 2030 horizon. For this reason, this paper tackles the developments in the EU Law to granting agile and modern administrative processes to allow successfully the authorization for energy production facilities from renewable sources.

Keywords

Renewable energies, simplification of administrative, environment, European Union

1. Introducción

Evidentemente la tierra es limitada, como también lo son los recursos que contiene, aunque la finitud afecta muy distintamente a los no renovables que a los renovables. Los primeros se acabarán en cierto momento, algunos relativamente pronto, pero los no renovables no tienen por qué extinguirse, al menos en millones de años, si se manejan juiciosamente (Martín Mateo, 19991, p. 379).

¹ El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación titulado “La transformación del modelo energético: propuesta de un marco regulatorio integral para el desarrollo de las energías renovables” (PRODENER), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en la convocatoria “Retos de la sociedad 2017” (Referencia: DER2017-89157-R), investigadores principales: Juan Rosa Moreno y Germán Valencia Martín (Universidad de Alicante).

² Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante. Doctor en Derecho ambiental (2017). Forma parte del Grupo de Investigación de Derecho Ambiental y del Instituto del Agua de la UA. Correo electrónico: jmiguel.beltran@ua.es; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5645-4747>.



Teniendo en cuenta esta importante premisa, como suele ser habitual, la política medioambiental en los Estados miembros viene impulsada por la Unión Europea, y las cuestiones relacionadas con la regulación general y el fomento del uso de las energías renovables no son ajenas a esta realidad. Hasta hace muy poco, la normativa de referencia en esta cuestión venía encabezada por la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.³ Partía del presupuesto innegable de que el control del consumo de energía en Europa, y la mayor utilización de la energía procedente de fuentes renovables, constituyen una parte importante del paquete de medidas necesarias para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y para cumplir el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (considerando primero). Por ello, establecía como objetivos obligatorios nacionales alcanzar una cuota del 20 % de energía procedente de fuentes renovables en el consumo de energía y una cuota del 10 % de energía procedente de fuentes renovables en el consumo de combustibles para el transporte en la Comunidad para 2020.

En 2018, la Unión Europea actualizó por completo su política energética con un nuevo Reglamento sobre gobernanza de la Unión de la Energía y Acción por el Clima, (Reglamento 2018/1999) y dos nuevas Directivas sobre energía procedente de fuentes renovables y eficiencia energética (Directiva 2018/2001 y 2018/2002 respectivamente); dentro del paquete de Energía Limpia para Todos los Europeos que puso en marcha la Comisión en 2016, con el objetivo de preservar la competitividad del territorio en la materia y garantizar su transición hacia una energía limpia. De las tres destacamos ahora la Directiva 2018/2001, relativa al fomento del uso de energía renovable,⁴ que deroga la Directiva de 2009 y fija objetivos más ambiciosos sobre la contribución de las energías renovables, tanto en el consumo bruto de energía como en el consumo de energía final para el transporte, constituyendo una pieza clave en esta transición así como una parte importante del paquete de medidas necesarias para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y cumplir el Acuerdo de París de 2015 sobre el Cambio Climático (García García, 2019).

En concreto, la nueva Directiva fija un objetivo vinculante en relación con la cuota general de energía procedente de fuentes renovables⁵ en el consumo final bruto de energía de la Unión en 2030 (art. 1). Así, los Estados miembros velarán conjuntamente por que la cuota de energía procedente de fuentes renovables sea de al menos el 32 % del consumo final bruto de energía de la UE en 2030. Pues bien, alcanzar este ambicioso objetivo requiere que la implantación de energías renovables sea una tarea relativamente “sencilla” para los promotores de proyectos. No nos referimos a las cuestiones técnicas o económicas que ello exige (y que también son esenciales), sino a que la actividad de control o de policía administrativa que llevan a cabo los Estados no sea un obstáculo al despliegue de este tipo energías.

Es por ello por lo que el considerando 44 de la Directiva señala que:

En aras de lograr una rápida difusión de la energía procedente de fuentes renovables y dada su gran utilidad general desde el punto de vista sostenible y del medio ambiente, los

³ Por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE.

⁴ Del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018.

⁵ Según el artículo 2.1 de la Directiva 2018/2001 se entiende por “energía procedente de fuentes renovables” o “energía renovable” la energía procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir, energía eólica, energía solar (solar térmica y solar fotovoltaica) y energía geotérmica, energía ambiente, energía mareomotriz, energía undimotriz y otros tipos de energía oceánica, energía hidráulica y energía procedente de biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración, y biogás.

Estados miembros deben, al aplicar las normas administrativas o planificar las estructuras y la legislación destinadas a conceder licencias a instalaciones [...] *tener en cuenta la contribución de la energía procedente de fuentes renovables al logro de los objetivos en materia de medio ambiente y cambio climático, por contraposición en particular a las instalaciones de energía no renovable.*

Esto supone, en consecuencia, que las Administraciones Públicas deberán considerar los beneficios que aporta para el medio ambiente que una determinada instalación para la producción de energía renovable sea autorizada cuando ello se ajuste a la legalidad. En este sentido, debemos advertir que los procedimientos administrativos de autorización tienen generalmente “carácter reglado”, pues la Administración ha de comprobar si la instalación proyectada cumple o no con los requisitos dispuestos en la normativa en vigor; pero cierto es también que estos procedimientos tienen un elevado componente técnico que remite a otras disciplinas que confieren a la Administración un poder de análisis y valoración de los distintos presupuestos de hecho de las normas, que la sitúan claramente en el ámbito de la discrecionalidad técnica (Barrero Rodríguez, 2010, pp. 18-19). Es por ello que la Administración deberá ofrecer siempre una motivación suficiente de sus decisiones, una explicación de las razones por las que, en su caso, se da un “no” a los beneficios que aporta para el medio ambiente que una determinada instalación para la producción de energía renovable sea autorizada, tal y como señala la Directiva. No debe olvidarse, además, que existen tres intereses implicados en el proceso de apertura de una instalación: el interés de quien desea iniciar la actividad (en este caso el promotor de la instalación), el interés de los terceros afectados por la actividad y el interés general, representado de forma primordial en las normas de protección de valores medioambientales (Tornos Mas, 2000, p. 73).

Además de precisar estos criterios a la hora de tomar decisiones, la Directiva también se ha preocupado de identificar las barreras u obstáculos administrativos que retrasan o entorpecen la autorización ágil y exitosa de instalaciones de producción de energías renovables, al señalar en su considerando 50 que:

ha quedado patente que la falta de normas transparentes y de coordinación entre los diferentes organismos de autorización dificulta el despliegue de las energías procedentes de fuentes renovables. Orientando a los solicitantes a lo largo del procedimiento administrativo de solicitud y concesión de permisos por medio de un punto de contacto administrativo se pretende reducir la complejidad para los promotores de proyectos y aumentar la eficiencia y la transparencia.

En efecto, uno de los obstáculos al despliegue de las energías renovables es el número de controles y la complejidad de los procedimientos de autorización de las instalaciones productoras. Es un tema que dista mucho de estar resuelto a pesar de que las Directivas precedentes sobre energías renovables señalaban que los procedimientos debían ser proporcionados y necesarios. En particular, en el caso de España, el tema de la racionalización de los procedimientos es especialmente preocupante, dada la multiplicación de procedimientos autorizatorios para lograr la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables (Alenza García y Sanz Rubiales, 2017, p. 469). El problema radica en que las diversas normas de aplicación (sector eléctrico, evaluación de impacto ambiental, autorización ambiental integrada, licencias locales, etc.) establecen los mecanismos de intervención y control para la salvaguarda del bien jurídico que tienen encomendado, sin preocuparse por establecer fórmulas de integración entre los procedimientos que eviten solapamientos y reiteraciones innecesarias de trámites (2017, p. 469).

En definitiva, por todo ello, la Directiva afirma con rotundidad en su considerando 51 que:

los procedimientos administrativos prolongados constituyen un obstáculo administrativo importante y resultan costosos. La simplificación de los procedimientos administrativos de concesión de permisos y la fijación de plazos claros para las decisiones que hayan de adoptar las correspondientes autoridades competentes para la emisión de la autorización de la instalación de generación de electricidad sobre la base de una solicitud completa debe incentivar una tramitación más eficiente de los procedimientos y, consecuentemente, reducir los costes administrativos.

En respuesta, la norma europea propone la elaboración de un manual de procedimientos que facilite la comprensión de los procedimientos a los promotores de proyectos y a los ciudadanos que deseen invertir en renovables. En la misma línea, además, para fomentar el uso de las energías renovables por parte de las microempresas, de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) y del ciudadano, obliga al establecimiento de un procedimiento simple para notificar al órgano competente las conexiones a la red en el caso de los proyectos de energías renovables de menor envergadura. Esto incluye los descentralizados, como las instalaciones de cubiertas fotovoltaicas (García García, 2019).

Teniendo en cuenta la realidad apuntada, las debilidades y obstáculos que identifica la Directiva para la autorización de instalaciones, y las soluciones que aporta para favorecer el despliegue sólido de la energía renovable, el presente trabajo se ocupa de analizar qué cambios necesitan incorporar a sus normativas internas los Estados miembros para acomodarse a las exigencias del Derecho europeo, pues el impacto de las acciones de energía y clima está seriamente comprometido por el marco institucional y organizativo en el que han de ejecutarse, requiriéndose una mayor cooperación en todos los niveles de gobierno (Galera Rodrigo, 2017, p. 511).

2. Autorización de instalaciones en la Directiva 2018/2001

2.1. Principios y objetivos

El artículo 15 de la Directiva 2018/2001 establece una serie de obligaciones para los Estados miembros respecto de los procedimientos administrativos, reglamentos y códigos, de forma que deberán velar por que las normas nacionales —relativas a los procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias que se aplican a las instalaciones y redes conexas de transporte y distribución para la producción de electricidad, calor o frío a partir de fuentes renovables⁶— sean proporcionadas y necesarias y que contribuyan al cumplimiento del principio: “primero, la eficiencia energética”. La definición de este principio se encuentra en el apartado 18 del artículo 2 del Reglamento (UE) 2018/1999 de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, que dispone que:

es el principio por el cual en las decisiones de planificación, estrategia e inversión en materia de energía se deben tener plenamente en cuenta medidas alternativas en materia de eficiencia energética que sean eficientes en costes y que permitan dotar de mayor eficiencia a la demanda y el suministro de energía, en particular mediante ahorros de energía en el uso final eficientes, iniciativas para la respuesta de la demanda y una transformación, transmisión y distribución más eficiente de la energía, y que permitan alcanzar aun así los objetivos de dichas decisiones.

⁶ Así como al proceso de transformación de la biomasa en biocarburantes, biolíquidos, combustibles de biomasa u otros productos energéticos y carburantes líquidos y gaseosos renovables de origen no biológico.

Además, el desafío climático configura importantes retos no solo políticos y propios de la gobernanza, sino también normativos. Así, cabe inferir que a los poderes reguladores les compete la actualización de la arquitectura del modelo energético tradicional, entre otras acciones que resultarán necesarias para cumplir con los objetivos prioritarios en esta materia. De igual forma, corresponde un papel principal a las Administraciones Públicas y al resto de entidades del Sector Público, cuyas actuaciones han de servir de guías ejemplarizantes, a fin de promover modelos de gestión satisfactorios y buenas prácticas, más ecoeficientes y sostenibles (Dopazo Fraguío, 2020a, p. 5).

De este modo, se plasma una voluntad clara por parte del legislador europeo, por un lado, de que las autorizaciones de instalaciones de energías renovables sean exitosas y que la actividad administrativa de control no sea un obstáculo para que puedan desarrollarse nuevas instalaciones. Y, por otro, de que los procedimientos administrativos y la normativa que los regulen tengan como objetivo principal y básico la búsqueda de la eficiencia, tanto en la producción como en el consumo de energía (esto es, reducir las necesidades energéticas), pues anteponer la eficiencia energética es admitir que la fuente de energía más barata y limpia es la energía que no necesita ser producida o utilizada, lo que lleva a elevar los objetivos de ahorro (Galera Rodrigo, 2017, p. 501).

Teniendo en cuenta los objetivos señalados, los Estados miembros deben adoptar las medidas adecuadas para garantizar los siguientes extremos:

(1) Que los procedimientos administrativos “se simplifiquen y se aceleren” en el nivel administrativo adecuado y se fijen plazos previsibles (y razonables) para los procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias. En este sentido, la simplificación administrativa debe consistir en hacer la tramitación y gestión burocrática menos complicada y más sencilla, para lo cual puede resultar válido reducir determinados trámites o intervenciones administrativas que gravan de forma innecesaria a los administrados (Martínez Gutiérrez, 2016, p. 11), consistiendo en la reducción de plazos, omisión de trámites que de hecho resulten inútiles, eliminación de intervenciones reiterativas de órganos distintos, etc. (Tornos Mas, 2000, p. 66). Ahora bien, la simplificación no es un valor absoluto, de forma que puede afectar a trámites que sí tienen una razón de ser, una función de protección de los intereses o derechos del interesado o de conformación del interés general. En estos casos deberán ponderarse los bienes en juego: por ejemplo, la eficacia o celeridad frente a la buena administración. La simplificación deberá ser fruto de una decisión proporcionada, en el sentido de que sea una medida adecuada al fin perseguido y que cause el menor daño posible a otros bienes implicados (2000, p. 66), como pudieran ser los medioambientales.

(2) Que las normas relativas a la autorización, la certificación y la concesión de licencias sean objetivas, transparentes y proporcionadas, no discriminen entre solicitantes y “tengan plenamente en cuenta las peculiaridades de cada tecnología de las energías renovables” (art. 15.1 Directiva 2018/2001). De este modo, por ejemplo, en el caso de España, el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (PNIEC)⁷ señala que los procedimientos administrativos actuales no se encuentran, en general, adaptados y diseñados para contemplar el despliegue de “instalaciones híbridas” en las que convivan distintas tecnologías de

⁷ La UE demanda a cada Estado miembro la elaboración de un PNIEC, de forma tal que los PNIEC presentados por cada Estado miembro sirven a la Comisión para determinar el grado de cumplimiento conjunto y establecer actuaciones para corregir posibles desvíos. En particular, el PNIEC identifica como objetivos a abordar el despliegue de energías renovables en tierra y en el mar, incluyendo proyectos híbridos, el despliegue de la generación descentralizada (autoconsumo y comunidades energéticas), la agilización y clarificación de procedimientos administrativos para proyectos renovables y la minimización del impacto sobre el territorio.

generación de energía renovable que pongan en valor las oportunidades para la integración en el territorio que suponen las nuevas tecnologías o modelos de organización (p.12). Por ello, es necesaria la revisión de los procedimientos administrativos con el objetivo de agilizar los proyectos y evitar a los promotores cargas innecesarias.

(3) Que las tasas administrativas pagadas por los consumidores, los planificadores, los arquitectos, los constructores y los instaladores y proveedores de equipos y sistemas sean transparentes y proporcionales a los costes.

(4) Que se instaure un “procedimiento de notificación simple”, para los equipos descentralizados, para la producción y el almacenamiento de energía procedente de fuentes renovables.

Todas estas medidas requieren de cambios estructurales tanto en la normativa como en los procedimientos administrativos nacionales, de forma tal que los Estados miembros deberán poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, a más tardar el 30 de junio de 2021 (art. 36.1 de la Directiva).

2.2. Particularidades del procedimiento

Precisados tanto los principios que han de regir los procedimientos administrativos de autorización y control de las instalaciones de producción de energías a partir de fuentes renovables, así como los objetivos a alcanzar por parte de los Estados miembros en este sentido y que serán trasladados al derecho interno de cada Estado a través de las medidas que permitan alcanzarlos, la Directiva da un paso más allá y establece unas reglas de mínimos en relación con la organización y duración del procedimiento de concesión de permisos.

2.2.1. El procedimiento administrativo unificado

En primer lugar, el procedimiento de concesión de permisos debe englobarlos “todos”, es decir todo tipo de licencias y autorizaciones, de forma que el promotor que inicie un procedimiento a estos efectos; y una vez resuelto el mismo, debe poder poner en funcionamiento la instalación. Así lo establece claramente el apartado 1º del artículo 16 de la Directiva al señalar que:

el procedimiento de concesión de permisos deberá englobar los correspondientes permisos administrativos para construir, repotenciar y poner en servicio instalaciones para la producción de energía a partir de fuentes renovables y los activos necesarios para su conexión a la red. El procedimiento de concesión de permisos abarcará todos los procedimientos desde el acuse de recibo de la solicitud hasta la transmisión de la decisión final del procedimiento.

En este sentido, puesto que el control sobre las cuestiones energéticas, territoriales y ambientales (entre otras) se realiza por órganos distintos (los competentes en materia de energía y los competentes en materia territorial y ambiental) es más que factible que surjan problemas en la tramitación o que esta se dilate en exceso en el tiempo. Por ello, es necesario esforzarse en la coordinación y apostar por soluciones de procedimientos que integren, tal y como señala la Directiva 2018/2001, todos los trámites y controles necesarios para poder poner en funcionamiento las instalaciones, de forma que se ofrezca un enfoque global que permita apreciar los beneficios ambientales de las energías renovables y superar, cuando sea posible, los obstáculos técnicos de las conexiones a la red o la compatibilidad con el planeamiento territorial, entre otros. Así lo establece también el PNIEC al señalar como mecanismo necesario de actuación “la apertura de mesas de diálogo”, en las que se identifiquen las mejores prácticas en los procesos administrativos de ámbito local, autonómico y estatal

que sean claros, objetivos, efectivos y eficientes y que aporten valor a la hora de garantizar la protección del medio ambiente y el interés público y la adaptación de los proyectos a la realidad territorial (p.112). Este proceso debe contar además con la corresponsabilidad de todos los actores para garantizar un desarrollo del potencial renovable equitativo en el conjunto del territorio.

2.2.2. El Punto de contacto único

En la búsqueda de proporcionar orientación a los promotores de las instalaciones de energías renovables, con el fin de reducir la complejidad y aumentar la eficiencia y transparencia de los procedimientos, la Directiva exige el establecimiento de un “punto de contacto único” de forma que no se exija al solicitante contactar con más de un punto para todo el procedimiento (art. 16.1). Es decir, que el solicitante pueda ante un mismo órgano administrativo entregar toda la documentación y relacionarse únicamente con ese punto de contacto. Se trata del “principio de ventanilla única” aplicado a la autorización de este tipo de instalaciones, introducido por primera vez en el entorno europeo en 2006 por la llamada “Directiva servicios”,⁸ y que supone que todos los procedimientos y trámites necesarios, en especial las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para la autorización por parte de las autoridades competentes (art. 6), se puedan llevar a través de un único canal de comunicación (Gamero Casado, 2010, p. 499). De esta forma, para la autorización de instalaciones de producción de energía a través de fuentes renovables, se establecerá un punto de contacto único (electrónico) desde el que se puedan realizar todos los trámites necesarios para solicitar la meritada autorización, así como para obtener toda la información relativa a los trámites (Gómez Puente, 2019, p. 129).

Ello requiere de obligaciones adicionales, pues los Estados deberán establecer uno o más puntos de contacto e identificarlos claramente, y estos orientarán y facilitarán, a petición del solicitante, todo el procedimiento de solicitud y concesión de permisos, de manera transparente, desde la solicitud hasta la toma de decisiones por la administración competente; y, además, le facilitará toda la información necesaria e involucrará, en su caso, a otras autoridades administrativas. En consecuencia, para que el procedimiento unificado funcione, será necesario que los distintos instrumentos del procedimiento administrativo de las diferentes Administraciones Públicas intervinientes para autorizar la instalación se encuentren interconectados entre sí, para lo cual deberán cumplir con las medidas y garantías de interoperabilidad, seguridad y protección de datos (Martínez Gutiérrez, 2016, p. 212).

Adicionalmente, señala la Directiva que “se permitirá a los solicitantes presentar los documentos pertinentes *también* en forma digital” (art. 16.2). Dos consecuencias podemos extraer de esta afirmación. Primero, que el medio preferente para la tramitación de las autorizaciones de este tipo de instalaciones es electrónico (forma digital como señala la Directiva.) Y segundo, que al utilizar el término “también” entendemos que se admite, además del formato digital, el soporte documental en papel para tramitar la autorización o permiso que se solicite. En cualquier caso, la información “disponible en línea” deberá indicar al solicitante el punto de contacto a utilizar para su solicitud, y de contar con varios, cual es el correspondiente a utilizar (art. 16.3 de la Directiva). De este modo, pese a la salvedad apuntada del uso en papel, la Directiva apuesta por el uso de medios electrónicos como factor de simplificación en la tramitación de las autorizaciones, pues:

⁸ Formalmente, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

las nuevas tecnologías de información y comunicación ponen de manifiesto las nuevas oportunidades que se ofrecen a las Administraciones para mejorar sus relaciones con los ciudadanos y simplificar procedimientos de actuación. Los flujos de información desde el ciudadano a la Administración y desde ésta al ciudadano, así como todos los circuitos administrativos internos, pueden mejorarse de forma radical con las nuevas tecnologías. Las nuevas tecnologías son factor de simplificación (Tornos Mas, 2000, p. 40).

2.2.3. Plazos para la tramitación y resolución de los procedimientos

Tal y como señala el PNIEC, el retraso en la ejecución de los proyectos supone el encarecimiento de su promoción (p.112). Existe un riesgo de tramitación administrativa, ligado a plazos o trámites que dilatan o generan incertidumbre en la obtención de permisos sin necesariamente aportar mejoras o garantías de tipo ambiental, social o de adaptación al territorio.

A este respecto, la Directiva 2018/2001 señala como imperativo que la obtención de todos los permisos a los que ya hemos hecho referencia (recordemos, aquellos necesarios para construir, repotenciar y poner en servicio instalaciones para la producción de energía a partir de fuentes renovables y los activos necesarios para su conexión a la red) y que se obtendrán dentro de un único procedimiento administrativo, no podrán tener una duración superior a “dos años” cuando se trate de “instalaciones de producción”, incluyendo todos los procedimientos pertinentes de las administraciones competentes. Únicamente, cuando lo justifiquen debidamente circunstancias extraordinarias, que la Directiva no define, y que por tanto deberá precisar cada Estado, ese plazo podrá prorrogarse un año adicional como máximo (art. 16.4). Además, cuando se trate de instalaciones de potencia menor, lo que la Directiva cifra en aquellas con una capacidad eléctrica inferior a 150 kW, el plazo máximo para tramitar y resolver el procedimiento se reduce a “un año”. Nuevamente, este plazo admitirá prórroga extraordinaria máxima de otro año al concurrir circunstancias debidamente justificadas (art. 16.5).

Adicionalmente, para favorecer la repotenciación de centrales de energías renovables existentes,⁹ los Estados deberán garantizar un procedimiento de concesión de permisos simplificado y rápido, que no podrá superar el plazo de “un año” (art. 16.6). Y también en estos casos, cuando lo justifiquen debidamente circunstancias extraordinarias (en esta ocasión la Directiva sí indica ejemplos de estas circunstancias), tales como por razones imperiosas de seguridad cuando el proyecto de repotenciación repercuta de manera sustancial en la red o la capacidad, el tamaño o el rendimiento iniciales de la instalación, ese plazo de un año podrá prorrogarse por un año como máximo. Asimismo, aunque en este caso “de forma potestativa”, los Estados miembros “podrán” establecer un procedimiento de notificación simple de conexiones a la red para los proyectos de repotenciación. Cuando los Estados miembros procedan a lo anterior, la repotenciación se autorizará previa notificación a la autoridad competente cuando no se espere un impacto social o medioambiental negativo significativo. Dicha autoridad decidirá en un plazo de seis meses desde la recepción de dicha notificación si esta es suficiente (art. 16.8). Cuando la autoridad competente decida que la notificación es suficiente, concederá automáticamente el permiso. Cuando dicha autoridad decida que la notificación no es suficiente, será preciso solicitar un nuevo permiso y serán de aplicación los plazos indicados en el apartado 6 (es decir, un año prorrogable por otro más). Se trata, por tanto, de plazos breves que buscan la agilidad en la tramitación y aportar

⁹ Por repotenciación se entiende la renovación de las centrales eléctricas que producen energías renovables, incluyendo la sustitución total o parcial de las instalaciones o de los sistemas operativos y de los equipos, con el objetivo de reemplazar la capacidad o mejorar la eficiencia o la capacidad de la instalación (art. 2.10 Directiva 2018/2001).

seguridad a los inversores, haciendo atractiva la presentación de proyectos que, de cumplir con los requisitos legales, podrán empezar a producir energía en un lapso razonable que permita alcanzar los objetivos de transición energética fijados para 2030.

3. La cuestión ambiental

Debemos partir del hecho de que la integración de las consideraciones ambientales en las demás políticas y acciones de la Unión Europea es una obligación o mandato imperativo para las instituciones comunitarias, de forma que han de valorar debidamente, y con carácter previo, las implicaciones ambientales que puedan tener las medidas a adoptar en el seno de cualquier otra política. En otras palabras, nada será válido si no se toman en consideración los requisitos y limitaciones que impone la protección ambiental, que tiene que recorrer el resto de las políticas europeas, sea el sector que sea, incluido, obviamente, el sector energético (Verdú Amorós, 2008, 182-183). Por ello, pese a los plazos señalados por la Directiva para la tramitación y resolución de los procedimientos autorizatorios, es preciso advertir que estos se aplicarán sin perjuicio de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión aplicable en materia de medio ambiente, y podrán prorrogarse tanto tiempo como duren dichos procedimientos (art. 16.7, Directiva 2018/2001).¹⁰ Así, aunque la Directiva propugna la simplificación administrativa y la celeridad de los procedimientos,

advértase que en buen número de los procedimientos administrativos se da una creciente y necesaria introducción de elementos de juicio nuevos que es obligado considerar piénsese, por ejemplo, [...] la valoración del impacto ambiental de buen número de actuaciones administrativas. Son determinaciones que necesariamente hay que introducir en los procedimientos administrativos, que devienen con ello mucho más complejos (Martín Retortillo Baquer, 1998, p. 35).

No cabe duda de que el impulso de las renovables produce efectos positivos, pues ayudan a incrementar la mejora de la calidad ambiental, el ahorro energético, la competitividad empresarial y la creación de empleo de calidad, entre otros (Dopazo Fraguío, 2020b, p. 14). Sin embargo, es preciso señalar que los beneficios ambientales que el cambio de concepto energético puede implicar para la conservación del medio ambiente no están exentos de efectos ambientales y sociales sobre el territorio. Por ejemplo, a pesar de que el impacto que se suele atribuir a la explotación eólica es inferior al de otras fuentes de energía, y suele estar ligada casi exclusivamente a la vida operacional del sistema productor energético, el carácter disperso y descentralizado que caracteriza las instalaciones eólicas les hace adquirir afecciones territoriales de mayor importancia que las que poseen las energías convencionales (Martínez Sánchez, 2011, p. 81). Por tanto, aunque los beneficios ambientales globales de las energías renovables son indudables, los problemas surgen por los efectos o impactos que pueden producir sobre el entorno local e inmediato las grandes instalaciones de generación de electricidad a partir de fuentes renovables (Alenza García y Sanz Rubiales, 2017, p. 465).

Siguiendo con el ejemplo anterior, la energía eólica es considerada como la más limpia de entre las renovables, pues no deja casi residuos, no precisa combustible, ocupa relativamente poco suelo y la instalación y desinstalación de parques eólicos no resulta, en

¹⁰ A los procedimientos ambientales, la Directiva añade las acciones y recursos judiciales u otros procedimientos ante un órgano jurisdiccional, así como los mecanismos alternativos de resolución extrajudicial de litigios, incluidos los procedimientos de reclamación y las acciones y recursos extrajudiciales.

principio, compleja (Barrena Medina, 2011, pp. 139-149). Si bien, no cabe incurrir en la conclusión de que la energía eólica no tiene repercusiones negativas para el medio ambiente, pues no dejan de ser instalaciones industriales y como tales, producen ruidos, provocan el fallecimiento de aves por colisión, tienen residuos derivados de su actividad, limitan la posibilidad de utilización de esos terrenos ocupados para otros fines como la agricultura, la ganadería, y afectan a la calidad paisajística, etc. (2011, p. 140).

Además, dado que la construcción de parques eólicos está limitada a los emplazamientos que disponen del recurso eólico preciso, se produce una saturación de los enclaves potencialmente idóneos, pues para que este recurso sea aprovechado de forma rentable se precisa de localizaciones carentes de elementos que obstaculicen el viento, lo cual señala como lugares idóneos para su aprovechamiento muchos entornos con grandes valores ambientales y paisajísticos. Se trata por tanto de una serie de impactos generados principalmente en paisajes naturales o rurales, muy frágiles y susceptibles de sufrir grandes cambios derivados de estas instalaciones (Martínez Sánchez, 2011, p. 81). En concreto, los impactos no sólo se producen en la fase de instalación y posterior funcionamiento de los aerogeneradores, sino también en la fase de fabricación y de obtención de la materia prima que los compone. De este modo, los impactos ligados a la obtención de materias primas coinciden con los generados en cualquier explotación minera, y suelen tener una incidencia significativa sobre el entorno donde se localizan los recursos a explotar (2011, pp. 81-82). Ahora bien, es en la fase de instalación y funcionamiento la que mayores conflictos ambientales generan. Las principales afecciones que sufre el entorno en la instalación de parques eólicos son (2011, pp. 82-83):

- Cambios en el paisaje. Pueden provocar fragmentación, cambio de textura y de colores en el paisaje, además de actuar como efecto pantalla.
- La erosión producida en la cubierta vegetal en la construcción y desmantelamiento del parque eólico. Es causada tanto por la cimentación de los aerogeneradores, como con las infraestructuras asociadas de la red de carreteras, red eléctrica de conexión o edificaciones auxiliares.
- Peligro de colisión de las aves y murciélagos con las palas de los aerogeneradores o de electrocución con las líneas eléctricas, pudiendo ocasionar cambios en la dinámica migratoria de las aves y las tasas de vuelo de éstas en el entorno de los aerogeneradores.
- El ruido emitido por el movimiento mecánico de los aerogeneradores y el roce del viento con las palas, que puede provocar enfermedades psicológicas en los habitantes de poblaciones cercanas y provocar molestias en el comportamiento de los animales, por ejemplo, durante su reproducción.
- El esbatimento (sombras que genera la luz solar al proyectarse sobre los aerogeneradores), que puede generar también afecciones psicológicas en las poblaciones cercanas y cambios en la actividad de los seres vivos, debido sobre todo a la continua variación de sombras, denominada “efecto discoteca”.

Muchos de estos impactos pueden ser evitados o reducidos con una correcta selección del emplazamiento u otras medidas preventivas, correctoras y compensatorias. Para ello, deberá llevarse a cabo, en los casos previstos por la legislación de evaluación ambiental de cada Estado,¹¹ la correspondiente Evaluación de Impacto de Ambiental (EIA)¹² que determinará

¹¹ Materia esta que también ha sido desde hace años impulsada por la normativa europea, en concreto, en la actualidad, por la Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

¹² La EIA se configura en el Derecho europeo como un procedimiento específico, pero no independiente del procedimiento sustantivo principal en el que se inserta, de tal modo que el desarrollo del procedimiento de evaluación ambiental depende de la incoación del procedimiento sustantivo, su desenvolvimiento corre, de igual forma, paralelamente a éste y, por último, su resolución debe incorporarse a la resolución del procedimiento principal (Rosa Moreno, 1992, p. 248).

si procede o no la realización del proyecto de instalación de energías renovables a los efectos ambientales; y, en su caso, las condiciones ambientales en las que puede desarrollarse, las medidas correctoras de los efectos ambientales negativos y, si proceden, las medidas compensatorias de los citados efectos ambientales negativos. En definitiva, la protección ambiental como fin público constitucionalmente consagrado impone la existencia de esta rigurosa actividad autorizatoria por parte de la Administración, y las energías renovables no son una excepción (Rosa Moreno, 1992, pp. 274-275).

Todo ello guarda relación con lo que señalábamos al principio de este apartado respecto de los plazos máximos para tramitar y resolver las autorizaciones, de forma que la tramitación del componente ambiental de las autorizaciones según el potencial daño ambiental que puedan generar; y la determinación, en caso de ser necesarias, de las medidas correctoras, justifica, como bien señala la Directiva, que los plazos máximos por ella misma fijada se puedan extender más en el tiempo por la necesidad de proteger correctamente el medio ambiente.

4. La notificación simple para las conexiones a la red

Es necesario señalar que la capacidad de acceso a la red se ha convertido en un recurso escaso y posiblemente en una de las principales barreras al desarrollo de nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables. Ello pone en peligro la consecución de los objetivos relacionados con el aumento de energías renovables en el sistema eléctrico, pieza imprescindible para la transición energética y la descarbonización de la economía.

En efecto, el principal motivo para acometer las especificidades propias de las instalaciones de generación es el gran volumen de solicitudes de acceso de este tipo que se han acumulado en los últimos años, hasta el punto de saturar la práctica totalidad de los nudos de transporte a los que se vierte la energía producida—y gran parte de la red de distribución de más alta tensión— en las zonas donde existe disponibilidad de recurso eólico o solar. En consecuencia, es prioritario ordenar y dar un horizonte de factibilidad al elevado número de proyectos propuestos, máxime en el marco de un esfuerzo europeo sin precedentes para alcanzar unos ambiciosos objetivos de penetración de energías renovables. En el mismo sentido, como indica el PINEC en España:

el proceso de transición energética requiere una adecuada planificación de la red de transporte de electricidad que permita la integración masiva de nueva generación renovable al ritmo necesario para alcanzar los objetivos en el medio y largo plazo, garantizando la operación segura del sistema eléctrico al mínimo coste para los consumidores. Por ello, el adecuado diseño y planificación de la misma desempeña un papel esencial en la integración de una mayor cantidad de generación eléctrica de carácter intermitente, permitiendo la conexión de más generación (p.182).

A este respecto, el artículo 17 de la Directiva prevé que se establezca un procedimiento de notificación simple para las conexiones a la red (potestativamente respecto de los proyectos de repotenciación, como ya precisamos), mediante el cual las instalaciones o las unidades de producción agregada de los autoconsumidores de energías renovables y los proyectos de demostración, con una capacidad eléctrica de 10,8 kW o inferior, o equivalente para conexiones distintas de trifásico, se conecten a la red de distribución previa notificación al gestor de la red. Recibida la notificación, el gestor de la red podrá, en un plazo limitado (un mes) a partir de la notificación, rechazar la conexión solicitada o proponer otro punto de

conexión a la red por “motivos justificados” de seguridad o de incompatibilidad técnica de los componentes del sistema. En caso de que el gestor de la red adopte una decisión positiva, o no adopte una decisión en el plazo de un mes a partir de la notificación, la instalación o unidad de producción agregada podrá conectarse. Adicionalmente, los Estados miembros podrán permitir un procedimiento de notificación simple para las instalaciones o unidades de producción agregadas con una capacidad eléctrica superior a 10,8 kW y hasta 50 kW, en la medida en que se mantengan la estabilidad, fiabilidad y seguridad de la red, lo que, en definitiva, dependerá de la capacidad de esta para asumir las conexiones. Por tanto, no se trata de eximir de los correspondientes permisos de acceso y conexión a la red eléctrica a las instalaciones de producción de energía renovable, sino de optar por agilizar el proceso y permitir la conexión donde sea técnicamente factible sin excesivas cargas burocráticas.

5. Valoración final. La simplificación procedimental como pieza indispensable de la transformación del modelo energético

“El año 2021 marcará el inicio de una nueva y esencial etapa en la política energética de la Unión Europea, encaminada a convertirla en el líder mundial de las energías renovables” (Rosa Moreno, 2018, p. 9). El problema al que hay que hacer frente ahora es la identificación de las necesarias reformas de los actuales marcos normativos nacionales sobre energías renovables para afrontar los retos que plantea la aludida etapa de la política energética de la Unión.

En este trabajo hemos procurado abordar el estudio desde una perspectiva concreta, esta es, las reformas necesarias para afrontar el futuro marco regulatorio de las autorizaciones de las instalaciones de producción de energía a partir de fuentes renovables. Ciertamente, la Directiva 2018/2001 sienta las bases de la necesidad de muchos cambios respecto de esta cuestión, partiendo de una premisa clara, que las normas nacionales relativas a estos procedimientos autorizatorios sean proporcionadas y necesarias y sirvan al principio de la eficiencia energética. Resulta claro que la transición energética hacia un modelo sostenible como el que se pretende debe ser impulsada por los poderes públicos en todas sus esferas, pero también es más claro aún que dependerá de los ciudadanos en general y de los productores de energía en particular, que esta finalmente se adopte. En efecto, dichos productores de energía deben encontrar una apuesta atractiva en las energías renovables, y en este sentido, la transformación no puede producirse si, a nivel administrativo, se pretenden aplicar los mismos mecanismos de control que a las fuentes de energía convencionales o tradicionales. Por ello, la Directiva señala con rotundidad que las normas relativas a la autorización y concesión de licencias tengan plenamente en cuenta las peculiaridades de cada tecnología de las energías renovables.

En este sentido, por ejemplo, del mismo modo que los impactos al medio ambiente que resultan de la producción de energía a partir de fuentes renovables no son los mismos (aunque no son inexistentes, como se ha podido comprobar) —al contrario, contribuyen al logro de los objetivos en materia de medio ambiente y cambio climático— los criterios o procesos para su autorización no pueden ser los mismos que con las instalaciones de energía no renovable. A ello hay que sumar que el cambio de modelo energético presenta de por sí numerosas complicaciones de tipo técnico o económico, por ejemplo, las dificultades que entraña que los puntos de conexión a la red puedan asumir el despliegue de estas energías en masa. Por ello, la actividad administrativa de policía, destinada a controlar el correcto cumplimiento de la legalidad por parte de los promotores de proyectos de estas instalaciones, no puede ser un obstáculo al progreso de la energía limpia. Evidentemente, el control ha de existir y los requisitos de índole administrativa en sentido estricto, medioambientales,

territoriales y técnicos han de ser verificados por cada Administración competente, pero debe hacerse de la forma menos onerosa posible.

Consciente de todo ello, la Unión Europea, a través de esta Directiva encomienda a los Estados la tarea de simplificar los procedimientos autorizatorios mediante normas transparentes y de coordinación entre los diferentes organismos que participan en la toma de decisiones. Esta simplificación no constituye en ningún caso la eliminación, como decimos, del control, sino meramente su racionalización y su correcta sistematización en un único procedimiento; de forma tal que el solicitante se dirija a un único punto de contacto con la Administración y pueda poner en marcha todo un complejo pero eficaz procedimiento que aglutine todas las autorizaciones, permisos y licencias necesarios para que al terminar el mismo, y si se cumplen los requisitos, se pueda poner en marcha la instalación. Ello requiere un nivel de integración administrativa sumamente eficiente, en el que cada Administración, en el ámbito de sus competencias, bien por materias (medio ambiente, energía, ordenación del territorio u otras) o bien por ámbito territorial (administración estatal, autonómica o local), puedan ejercer su labor en el proceso de decisión a través de una red interconectada, apoyándose en los procedimientos y registros electrónicos, para brindar en un lapso de tiempo razonable (los procesos administrativos prolongados constituyen un obstáculo administrativo importante y resultan costosos) la respuesta necesaria para que el avance hacia las renovables se produzca con éxito. Todo ello deberá ser alcanzado en una fecha próxima, esta es, antes del 30 de junio de 2021, y aunque los Estados miembros ya están en marcha, se presenta un reto jurídico que marcará el progreso y la economía de los próximos años.

Referencias bibliográficas

- Alenza García, J. F. y Sanz Rubiales, I. (2017) Las energías renovables y la eficiencia energética como instrumentos claves en la lucha contra el cambio climático. En GALÁN Vioque, R. Y González Ríos, I. (Dirs.). *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Barrena Medina, A. M. (2011). Energía, sostenibilidad y paisaje. *Estudios sobre Parques Eólicos*. Monografía asociada la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 18, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Barrero Rodríguez, C. (2010). Las autorizaciones para la construcción y puesta en funcionamiento en Andalucía de instalaciones de energías con fuentes renovables. *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 78, 18-19.
- Dopazo Fraguío, M. P. (2020a). Transición energética y contratación “smart energy”: ¿se abre la caja de pandora de los “PPAs”? *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53, 5.
- (2020b). La renovación energética ante el cambio climático: marco estratégico, instrumentos y prácticas. *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 98,14. https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/02/2020_02_03_Dopazo_Renovacion-energetica-cambio-climatico.pdf
- Galera Rodrigo, S. (2017). Transición energética en España: retos jurídicos más allá del mercado. En GALÁN VIOQUE, R. Y GONZÁLEZ RÍOS, I. (Dirs.). *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

- Gamero Casado, E. (2010). Ventanilla única y Administración electrónica en la transposición de la Directiva de Servicios. En Vicente Blanco, D. F.J. Y Rivero Ortega, R (Dirs.) *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*. Valladolid: Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León.
- García García, S. (2019). Legislación al día. Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. *Actualidad Jurídica Ambiental*. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/legislacion-al-dia-union-europea-energia-renovables/>
- Gobierno de España: Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. (2020). *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030*.
- Gómez Puente, M. (2019). La Administración Electrónica. El procedimiento administrativo digital. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Martín Mateo, R. (1991). *Tratado de Derecho Ambiental*. Madrid: Trivium.
- Martín Retortillo Baquer, S. (1998). De la simplificación de la Administración Pública, *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 35.
- Martínez Gutiérrez, R. (2016). El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Martínez Sánchez, J. (2011). La nueva colonización industrial del medio rural: los parques eólicos. *Estudios sobre Parques Eólicos, Monografía asociada la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 18. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Rosa Moreno, J. (1992). Régimen Jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental. Madrid: Trivium.
- (2018). La transformación del modelo energético. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 39, 9.
- Verdú Amorós, M. (2008). Concepto y Formulación del Principio de Integración Ambiental. *Monografía Asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 12.
- Tornos Mas, J. (2000). La simplificación procedimental en el ordenamiento español. *Revista de Administración Pública*, núm. 151, enero-abril, 40, 66, 73.

Legislación

- Unión Europea (2018). *Directiva (UE) 2018/2001*. Adoptado por el Parlamento Europeo y del Consejo el 11 de diciembre de 2018.

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LOS TRIBUNALES ECUATORIANOS
Nature's Rights in Ecuadorian CourtsMARÍA JOSÉ NARVÁEZ ÁLVAREZ¹JHOEL ESCUDERO SOLIZ²

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), Ecuador

Resumen

El reconocimiento de los derechos de la Naturaleza ha suscitado todo tipo de reacciones en el mundo jurídico, sea a favor o en contra de estos, lo que es esperable con una innovación de tal magnitud, que afecta a la raíz antropocéntrica con la cual se crea y funciona el derecho. Más allá de las propuestas teóricas que se revisan a modo de marco conceptual en el presente estudio, nos proponemos analizar los derechos de la Naturaleza como una práctica judicial, en donde nos encontramos con una constante confusión que se desprende de la aparente relación entre el derecho ambiental y los derechos de la Naturaleza, lo que causa la pérdida de la esencia o vocación de estos últimos, que son de matriz biocéntrica y ecocéntrica. Para demostrar esta afirmación, se realizó el estudio del caso denominado Manglar Mataje Cayapas resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador, tomando en cuenta las siguientes variables: relevancia del caso, sujeto de protección, el todo de la Naturaleza y el bien jurídico protegido del derecho ambiental, elementos que son tratados de forma unívoca y no diferencial por los jueces para decidir los casos de los derechos de la Naturaleza, lo que permite sostener que a los tomadores de la decisión judicial no les es posible salir de la matriz basada en el ser humano, la propiedad y el ambiente. Finalmente, en su conjunto el artículo busca despejar las confusiones y contribuye con criterios para que estos casos se decidan desde y para la Naturaleza.

Palabras clave

Derechos de la Naturaleza, antropocentrismo, biocentrismo, ecocentrismo, derechos ambientales, juez constitucional.

Abstract

The recognition of the Nature's rights has stirred up all kinds of reactions in the legal world, whether it be for or against them, which is expected with such an innovative concept, which affects the anthropocentric root with which the law is created and functions. Beyond the theoretical proposals that are reviewed as the conceptual framework of this study, we intend to analyze the rights of nature as a judicial practice, where we find a constant confusion that follows from the apparent relationship between environmental law and the rights of nature, which cause the loss of the essence or vocation of the latter, which are biocentric and ecocentric. To demonstrate this assertion, the study of the case called Manglar Mataje

¹ Abogada, Magíster en Derecho Administrativo, Candidata a Doctora por la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Docente a tiempo completo del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), Ecuador. Correo electrónico: maria.narvaez@iaen.edu.ec; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0016-2870>.

² Doctor en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Vicerrector del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), Ecuador. Correo electrónico: jhoel.escudero@iaen.edu.ec; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4776-6615>.



Cayapas resolved by the Constitutional Court of Ecuador was carried out, taking into account the following variables: relevance of the case, subject of protection, the whole of nature and the legal asset protected from environmental law, elements that are univocally and non-differentially stated by the judges who decide the cases of the rights of nature, which upholds the argument that it is not possible for the makers of the judicial decision to leave the matrix based on the human being, the property and the environment. Finally, as a whole, the article seeks to clear up the confusion and contribute with criteria so that these cases are decided from and for nature.

Key words

Nature Rights, Anthropocentrism, Biocentrism, Ecocentrism, Environmental Rights, Constitutional Judge.

1. Introducción

El reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos en la Carta Magna ecuatoriana aún no está libre de críticas. Inicialmente, en el escenario político se hicieron ataques y ridiculizaciones con exageraciones sobre el tema; lo propio ocurrió en la esfera jurídica, se calculaba lo improbable de sus contenidos y de los mecanismos de protección, usando sofismas y preguntas falaces que buscaban demostrar lo imposible: ¿acaso una planta será capaz de plantear una demanda?; ¿podrá el manglar o la selva caber en un tribunal?; ¿será posible que la cucaracha blanca se defienda de su inevitable extinción? Cuestionamientos estos que por varios años desde la expedición de la Constitución mantuvieron a la Naturaleza en un espacio utópico e irrealizable, esperando que llegue un caso o juicio para solicitar su tutela. Sin embargo, como ocurre con todos los nuevos derechos, es probable que generen antagonismo y conflicto, a menos que se ignoren por completo.

Existen filósofos, políticos y juristas que creen posible que los derechos de la Naturaleza sean protegibles, porque el concepto de desarrollo sostenible que traía la promesa de superar la crisis ambiental, se ha visto envuelto en un pantano de confusión y desacuerdos que requiere volver a conceptualizar los sistemas de gobierno humano, que descosifiquen a la Naturaleza, asumiendo los paradigmas biocéntricos y ecocéntricos, que cuestionen al sistema hegemónico, a los “otros”, y los valores del todo, sus métodos, sus análisis, que por inveterada costumbre están arraigados hasta en el inconsciente de las personas (Sagot, 2020).

La perspectiva de que los humanos son uno más de los componentes de un sistema natural amplio, que regenta cómo funciona la Tierra en su conjunto (y, en última instancia, el universo mismo) (Cullinan, 2019), torna al Derecho Ambiental en insuficiente para la tutela de la Naturaleza como sujeto con derechos propios y autónomos, que no depende del ser humano, como proclaman todos los derechos hasta ahora reconocidos.

En el caso de Ecuador, sorprende que en 12 años de vigencia de la Constitución y reconocimiento de esos derechos, no se haya creado jurisprudencia suficiente sobre la Naturaleza como sujeto de derechos, razón por la que en este artículo se procura evidenciar las diferencias entre el derecho humano a un ambiente sano (enfoque antropocéntrico) y los derechos de la Naturaleza (enfoque biocéntrico y ecocéntrico), y como trasciende esta distinción en los litigios en los cuales la Naturaleza es parte procesal. Para ello, se analiza la sentencia No. 166-15-SEP-CC dictada en el caso No. 507-12-EP, denominado Manglar Cayapas Mataje en contra de la Camaronera Marmeza para efectos del presente estudio, a cuyos argumentos jurisprudenciales se confrontarán con el marco teórico propuesto, para

clarificar las diferencias entre derechos de la Naturaleza y el derecho humano a vivir en un ambiente sano.

A criterio de los investigadores, este caso tiene particular relevancia porque logró una *decisum* favorable para los derechos de la Naturaleza. No obstante, el razonamiento de la Corte Constitucional, incurrió en el yerro de abordar los derechos de la Naturaleza desde las estructuras e instituciones propias del conservacionismo antropocéntrico del Derecho Ambiental.

2. La diferencia entre los bienes jurídicos ambientales y los derechos de la Naturaleza

Frente a la existencia de la crisis ambiental, en un contexto de desarrollo que trajo consigo una deuda ecológica incommensurable (Leff, 2002, p. 35), hacia la década de 1970 surgió la necesidad de transformar el orden legal e institucional para dotar de protección jurídica al ambiente a través del Derecho Ambiental, que se distingue de otras ramas del Derecho, particularmente del Derecho Civil, en cuanto a sus principios rectores y el objeto jurídico que regula.

Mientras el Derecho Civil tutela jurídicamente los elementos base del ambiente, de forma singularizada, y en medida que tengan un titular propietario, el Derecho Ambiental se encamina a proteger los bienes que desempeñan una función ambiental respecto de los otros con los que interactúan (González, 2003, pp. 14 - 15); mientras el Derecho Civil es eminentemente reparador, el Derecho Ambiental es eminentemente preventivo y excepcionalmente reparador.

No obstante, el Derecho Ambiental emerge marcado por la herencia antropocéntrica que concibe al ambiente como un objeto que se puede fragmentar en componentes, que bien pueden insertarse a los procesos de producción como ‘recursos’ apropiables, y al ser humano como “un ser superior y dominador de todo lo que es natural, siendo que el ambiente es reducido a un simple reservorio de recursos, antes de convertirse en un depósito de residuos” (Morato y Franca, 2019, p. 98).³

Frente a la ineficacia del Derecho Ambiental para detener el deterioro ambiental, y la habilidad del conocimiento humano y la tecnología para producir más, pero también para contaminar más, aparecen los enfoques biocéntrico y ecocéntrico.

El biocentrismo, que deja de ver al hombre como el único dueño de la Naturaleza para otorgarles a ambos el mismo respeto, teniendo presente que si no se conserva la Naturaleza no podrá preservarse el ser humano; y, [...] el ecocentrismo, desde el cual el hombre no es dueño de la Naturaleza sino que por el contrario, es él quien hace parte de la misma por la larga cadena evolutiva, lo que consecuentemente lleva a que se reconozca que la Naturaleza es en sí misma un sujeto de derechos que tiene que ser protegido y ejercidos por medio de representante legal para materializar este reconocimiento. (Rodríguez y Vargas-Chávez, 2019, p. 240).

El biocentrismo aboga por la protección de los elementos y recursos naturales en tanto sus funciones ambientales garantizan la continuidad de la trama de la vida en cualquiera de sus manifestaciones, como atributo del planeta, mientras que, el ecocentrismo da cuenta del valor intrínseco de los procesos ecológicos dinámicos, los ecosistemas y de sus componentes por igual, que configuran el equilibrio ecológico planetario y que en conjunto forman una “universalidad”.

³ El día 13 de abril de 2021, el Gobierno de Japón anunció que ha decidido empezar a descargar al océano grandes cantidades de agua radiactiva que ha estado almacenada en la planta nuclear de Fukushima (LA Times, 2021).

3. Delimitando el escenario del conflicto jurídico: la Naturaleza en los tribunales

En Ecuador, el pacto social renovado por el pueblo en el año 2008, incorporó a sus valores y metas constitucionales la decisión de construir una “nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la Naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*” (Constitución del Ecuador, 2008). Es así que el pueblo, a través del poder constituyente, amalgamó los derechos ambientales que ya existían desde tiempo atrás, con los emergentes derechos de la Naturaleza, dentro de un régimen de desarrollo que se modela sobre el extractivismo y el bienestar general.

A pesar de la regulación de los sistemas de protección a los derechos humanos ambientales y los derechos de la Naturaleza, la contaminación, el cambio climático, la pérdida de bosques, las especies en peligro de extinción, entre tantas otras, siguen siendo noticia en los periódicos del día domingo, porque la expedición de una regla no cambia la realidad *ipso facto*. Solo cuando se tiene la oportunidad de realizar aquellos “viajes a lo salvaje”, a los que hace alusión Cormac Cullinan (2019), se perciben los problemas de la Naturaleza que nos dejan desconcertados por unos minutos, pero dejamos que la vida y el caos continúen.

En el campo de la justicia, y del litigio en particular, la cuestión constante es: ¿Qué es lo que busca una persona cuando decide someterse a un juicio? Para unos, la respuesta es utilitarista y dirán que lo que buscan es ganar el proceso, sin importar los medios que se usen para lograrlo, mientras que, otros, los más idealistas, buscarán seguramente, con un tinte axiológico: la justicia.

Sin embargo, en los casos en los que se ventilan derechos de otro sujeto que además es no-humano, o cuando la pretensión sobre la cual se basa el objeto de la controversia es la reivindicación del derecho a vivir en un ambiente sano, el actor del proceso pretende defender intereses que comparte con una colectividad difusa sobre el correcto funcionamiento de los sistemas ambientales (Martín Mateo, 1998).

En Ecuador, es posible instaurar procesos judiciales tanto para exigir la tutela efectiva de los derechos ambientales, como de los derechos de la Naturaleza, estos últimos a partir de la subjetivación de la Naturaleza en la Constitución expedida en el año 2008, en cuyo artículo 10 se señala que: “[...] La Naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”, mientras que la judicialización de los derechos ambientales tiene una data anterior.

Si bien el denominador común de los juicios por derechos humanos ambientales y los instaurados para exigir los derechos de la Naturaleza es la concurrencia del ambiente al proceso —el cual sin duda debe protegerse—, el carácter de bienes colectivos o de derechos *sui generis* dificulta su exigibilidad y la tutela judicial efectiva, en tanto el sistema judicial no está diseñado para tutelar abstractamente el cumplimiento de las reglas, sino para sancionar el quebrantamiento del orden jurídico formal, o, en un ámbito más principialista, el orden social establecido.

En un proceso judicial que verse sobre derechos de la Naturaleza, el juzgador está obligado a abandonar la racionalidad económica instrumental en la que se ha fundado el modelo civilizatorio de la modernidad, por la racionalidad ambiental (Leff, 2000, p. 16), para finalmente conceder la razón a una de las partes procesales.

La legislación ecuatoriana, prevé diferentes vías para tutelar los derechos de la Naturaleza, los derechos ambientales humanos, los daños ambientales y los daños patrimoniales derivados de la presencia de un daño ambiental, pero en todas estas, el juzgador está llamado a identificar y determinar de forma clara y precisa el objeto de la controversia, a efecto de encausar el litigio hacia su resolución, y de evitar incurrir en alguno de los vicios

de las resoluciones judiciales.⁴ Sin embargo, lo que parecería ser un ejercicio lógico sencillo para el juzgador, se envuelve de complejidad cuando la *litis* pende atada a cuestiones técnicas especializadas e incluso a autorizaciones o licencias administrativas y a la posición ontológica que ha de asumir el juzgador.

4. Exigibilidad de los derechos de la Naturaleza sin depender de los ambientales

En cuanto a los aspectos de protección jurídica de los derechos de la Naturaleza específicamente, la interrogante que surge es: ¿Con qué criterios enfrenta un juez un proceso en el que la Naturaleza es sujeto y parte procesal al mismo tiempo?

El espacio utópico al que han sido sometidos los derechos de la Naturaleza, desde una perspectiva pesimista de la doctrina jurídica constitucional, propone la idea de que si bien pueden ser aspiraciones deseables para implementar un cambio de paradigma, en realidad se trata de prerrogativas o derechos irrealizables, pues al parecer, no superan las condiciones del racionalismo platónico y kantiano basado en la razón humana bajo la visión antropocéntrica: sin ser humano no hay razón, dignidad, ni derechos que reconocer o respetar.

En el marco del Derecho Ambiental, autores como Mario Peña Chacón y Ricardo Crespo, abogan por la tutela del ambiente a través del fortalecimiento de las instituciones propias de esta disciplina, o de la *ecologización del Derecho Ambiental*. Crespo, señala que es el Derecho Ambiental el que se ha diseñado para hacer respetar los límites biofísicos de los ecosistemas, sobre todo como Derecho Ambiental Administrativo, el cual es un Derecho ecologizado por influencia del reconocimiento de derechos a la Naturaleza (2019, pp. 136-137).

Lo expuesto por el autor está irradiado por el contenido de los instrumentos internacionales que ponen en vigencia principios ambientales que se quedan en el *soft law* y por el discurso ambiental promovido por la Organización de las Naciones Unidas, que supone que la aplicación y el robustecimiento de las leyes y la adopción de medidas en materia ambiental posibilita la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Esta línea teórica, tiene la valía de reconocer implícitamente la ineffectividad del Derecho Ambiental para lograr el objetivo de solventar la degradación ambiental, pero su propuesta apunta a la reconstitución del derecho positivo ambiental a partir de su tecnificación y raigambre científico, más sistémico en cuanto a la estructuración institucional de la gestión ambiental y más democrático y participativo (Peña Chacón, 2016, pp. 13-20), en dirección hacia el robustecimiento del conservacionismo, dejando de lado que este se fundamenta en una interpretación antropocéntrica de la Naturaleza (Bender, 2003, p. 72) y que los instrumentos de gestión ambiental fueron la respuesta que emergió del propio modelo económico extractivista, para alivianar la resistencia social por efectos de la crisis ambiental, a la vez que mantener el *statu quo*.

Quienes abogan por los derechos de la Naturaleza, consideran que al haberla reconocido como un sujeto se trastoca los presupuestos teóricos antropocentristas, (Narváez y Narváez, 2012, p. 176) y parten de los valores intrínsecos e inherentes al ecosistema, a los procesos ecológicos o vitales -como les denomina la Constitución ecuatoriana- y al equilibrio ecológico, que son “independientes de los valores otorgados por los seres humanos” (Gudynas, 2016, p.47) (Ferry, 1992, 32); y consideran que para que un ente sea reconocido como titular de derechos legales, debe tener un valor y una dignidad reconocidos por la Ley como derecho propio, además de cumplir tres criterios: a) que la cosa pueda interponer acciones legales en nombre propio; b) que la cosa misma sea afectada del daño que se le cause; y, c) que cualquier

⁴ Los vicios de las resoluciones judiciales, a saber, son: *Infrapetita*, dejar de resolver pretensiones requeridas; *extrapetita*, resolver cuestiones distintas a las pretendidas; *ultrapetita*, resolver más allá de lo que se pretendió.

compensación judicial que se produzca sea en beneficio de la cosa misma, cuyo aporte fue una de las primeras entradas jurídicas al reconocimiento de los derechos de la Naturaleza (Stone, 2009, pp.151-153).

De lo expuesto, se deriva que existen temas de orden filosófico y teórico que se transfieren a los procesos judiciales que versan sobre derechos de la naturaleza, porque el juzgador ha de visualizar el conflicto cuestionando el imperio de una racionalidad cosificadora y objetivadora, la mercantilización de la naturaleza y la economización del mundo (Leff, 2000, pp. 170-173).

4.1. Variables a considerar por el juzgador

Las consideraciones de orden teórico y jurídico, desarraigadas del enfoque antropocéntrico de tutela ambiental que se han expuesto, generan distancias y complicaciones entre el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza y su ejercicio; la ausencia de contenidos sobre qué significan estos derechos; la vaguedad semántica de reconocerla como “sujeto de protección”; y, la dependencia al sendero antropocéntrico, son los límites epistémicos más fuertes a los que tienen que enfrentarse estos derechos y los juzgadores. Los investigadores sugieren a los operadores de justicia considerar las siguientes variables en la argumentación de sus sentencias.

4.1.1. Primera variable: el “todo”

Desde una postura filosófica naturalista, que jurídicamente encontró en los derechos de la Naturaleza una institucionalidad que quiebra la visión antropocéntrica de la tutela del ambiente, se pretende erigir un modelo de protección basado en la comprensión del ser humano como parte constitutiva de un “todo”, que se compone de elementos de igual valía para la existencia del equilibrio ecológico, que están regulados por leyes naturales que trascienden a aquellas de orden jurídico carentes de racionalidad ambiental. Al respecto, Sagot (2020) señala que, si bien los derechos humanos ambientales son vitales para un disfrute de la dignidad que como colectivo tenemos, el velar por ese bienestar, implica una situación utilitarista que conlleva a maximizar a los humanos como el centro de atención, y no tan solo como una parte de un gran ecosistema.

En la misma línea, De Sousa Santos afirma que “la concepción de la Naturaleza como parte integral de la sociedad, y no como algo separado de ella, implicaría una profunda transformación de las relaciones sociales y políticas. Entrañaría una refundación del Estado moderno. Eso fue justamente lo que intentaron hacer las constituciones de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009” (2014, p. 56). Esta sería la primera variable a considerar por los operadores de justicia en los casos en los que se ventilen los derechos de la Naturaleza, pero no la única.

4.1.2. Segunda variable: la comprensión de la razón humana no es la única racionalidad posible

El saber ambiental y la racionalidad ambiental que envuelve a los derechos de la Naturaleza, no se configuran en un sentido común fundado en el reconocimiento ideológico de lo consabido, sino en la construcción de sentidos colectivos e identidades compartidas que constituyen significaciones culturales diversas en la perspectiva de pensar lo que aún no es. La complejidad ambiental configura una globalidad alternativa, como un mosaico de diferencias, como confluencia y convivencia de mundos de vida en permanente proceso de hibridación y diferenciación (Leff, 2000, p. 50).

En este sentido, si se asume que no se puede entender nada por fuera de la Naturaleza, y que el ser humano es una parte y no el centro de todo, la razón humana no sería un elemento que permitiese elegir qué seres son protegibles o cuáles no, sino que la única forma sustentable de coexistencia sería tutelar el equilibrio ecológico en su conjunto, lo que propone el reconocimiento de derechos y límites a los potenciales excesos realizados contra la Naturaleza, que también trae efectos favorables a los seres humanos como parte de ella, aunque ese no sea su contenido esencial.

4.1.3. Tercera variable: los casos peculiares

Más allá de las características de los casos fáciles o difíciles, los jueces se enfrentan a atender casos peculiares, en los que la víctima de agresiones es “La Naturaleza”, que además, es quien plantea un problema jurídico y requiere una respuesta; por tanto, las instituciones jurídicas generadas por el Derecho que resultarían usuales para atender estos casos peculiares, se desvanecen frente a la vista del juez y el auditorio, quienes ahora desprovistos de los principios *pro-homine* o *pro libertis*, y la tan recurrente dignidad humana, más allá de la obnubilación que trae el impacto de atender un caso sobre la vida, sobre su importancia para la existencia de la humanidad y de todo su entorno, da la sensación de que las dimensiones jurídicas formalistas, positivistas o post-positivistas, se resisten a salir del estrecho estrado de la sala de juzgamiento y las reglas contenidas en extensos códigos, que a lo largo del tiempo han sometido al ser humano jurídicamente hasta el mínimo detalle, más no a la Naturaleza y el principio *pro-natura*, lo que no permite que el juzgador visibilice la dimensión e importancia de la protección de sus derechos.

¿A qué fuentes recurre un juez que piensa que todo el Derecho se reduce a la Ley? Ahora la Ley está subordinada a la norma supraordenada, que también es Ley, la cual incorpora a otras fuentes del Derecho y obliga a un ejercicio hermenéutico que incluye al bloque de constitucionalidad.

Como máximo ejercicio de transformación en el Derecho, algunos jueces arriesgados habrían de recurrir a la dignidad del ser humano como un ejercicio de aplicación de principios, pero actualmente están constreñidos a construir una respuesta epistémica que cambie el paradigma jurídico; lo otro es aferrarse a la Ley y negar el pedido.

Otros jueces, los positivistas más audaces, harán uso de la discrecionalidad y realizarán una hibridación entre el positivismo y la aplicación análoga de los derechos más cercanos a los de la Naturaleza, como son los derechos ambientales. Esto, connota la dependencia del sendero; es decir, a una institucionalidad y racionalidad arraigadas a las instituciones jurídicas que se conocen y que bloquean la posibilidad de asumir alternativas.

En cuanto a la práctica judicial, en Ecuador, los derechos de la Naturaleza tienen un reconocimiento constitucional. Sin embargo, usar la técnica de la analogía entre el Derecho Ambiental y los derechos de la Naturaleza, provoca una superposición de carácter antropocéntrico que somete a los derechos de la Naturaleza al angosto espacio jurídico del positivismo formalista de los derechos ambientales. Es una confusión que resta vida propia a los derechos de la Naturaleza, afectando su esencia y protección.

La concurrencia de categorías y criterios técnicos que revisten a los derechos ambientales, en los casos en los que el objeto de la controversia son los derechos de la Naturaleza, es una versión positivista que vacía de contenidos sustanciales a estos últimos. Si bien los derechos constitucionales requieren para su protección de un ejercicio hermenéutico de textura abierta para dotarlos de significados interpretativos, el formalismo migra a espacios más cómodos, que conllevan el rechazo a la protección de los principios del debido

proceso o la libertad, ejercicios que son insuficientes si no se consideran en el contexto. El constitucionalismo, considerado como teoría, como ideología, y como método, posibilita ese procedimiento.

4.1.4. Cuarta variable: El bien jurídico protegido

Ahora bien, los derechos de la Naturaleza requieren de un ejercicio epistémico, ontológico y axiológico correspondientes con el equilibrio ecológico, la comunidad global, y la resiliencia vinculada a la auto composición de la recreación de la vida en la Naturaleza. En ese sentido, cabe identificar criterios distintivos para discernir cuándo un juez actúa desde el enfoque antropocéntrico o desde una visión biocéntrica o ecocéntrica, como se explica en la siguiente tabla:

Categoría	Derechos de la Naturaleza	Derecho a vivir en un ambiente sano
Parte procesal	La Naturaleza como sujeto	Ser humano
Bien jurídico tutelado	Ecosistemas y procesos ecológicos (vitales), como un todo	Ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible
Objetivo	Equilibrio ecológico	Calidad de vida
Cuestiones conexas	Integralidad de la vida, equilibrio ecológico y resiliencia	Libertad, igualdad, debido proceso y seguridad jurídica
Enfoque	Biocéntrico - Ecocéntrico	Antropocéntrico
Garantía	Tutela del sujeto Naturaleza	Tutela del patrimonio natural del ser humano

Figura 1. Diferencias entre los Derechos de la Naturaleza y los Derechos ambientales humanos.
Elaboración propia.

No se ha de dejar por fuera que, tratándose de la tutela de los derechos de la Naturaleza, el juez debe considerar su valor de uso, esto es: a) la propuesta generacional de la existencia de los elementos y de la incertidumbre sobre las capacidades de supervivencia de las generaciones futuras, si no cuentan con los elementos naturales que se extinguen en el presente (Sánchez, 2019, p. 106); b) los valores hedónicos incuantificables que se conectan con la biocultura (Cristeche y Penna, 2008, pp. 26-28); c) los valores bioconexos que devienen de la interacción del ambiente con derechos humanos como la salud, la vida y la integridad (Corte Constitucional de Colombia, 2016); y, d) los valores ecológicos expresados por la diversidad de especies y elementos abióticos que cumplen un rol específico en la mantención del equilibrio ecológico (Gudynas, 2016, pp. 44-53). De estas perspectivas valorativas, las tres primeras atienden a un enfoque biocéntrico y solo la última a un enfoque ecocéntrico, como lo expone Ferry:

[...] el antiguo “contrato social” de los pensadores políticos debe ceder su lugar a un “contrato natural” en el cual el universo entero se volvería sujeto de derecho: ya no es al hombre considerado como centro del mundo al que hay que proteger en primer término de sí mismo, sino al cosmos como tal al que hay que defender de los hombres. El ecosistema -la biósfera- aparece entonces investido de un valor intrínseco, por cierto, muy superior al de esa especie, a fin de cuentas, más bien dañina, que es la especie humana (1992, p. 32).

A continuación, se presenta el análisis de la hipotética dependencia de los derechos de la Naturaleza a los derechos ambientales, así como el reto de sacarles del espacio utópico al que han sido sometidos y reconocer las buenas prácticas judiciales en el desarrollo autónomo de los derechos de la Naturaleza.

5. Estudio de caso de los derechos de la Naturaleza en Ecuador

Los derechos de la Naturaleza son asumidos en el Ecuador a partir de la existencia de conflictos que ponen en evidencia la contraposición de intereses de los actores sociales con capacidad de incidencia política, frente al derecho colectivo a vivir en un ambiente libre de contaminación, para redefinir la relación entre el ser humano y la Naturaleza como una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la Naturaleza, para alcanzar el buen vivir o *sumak kawsay*, desde la perspectiva de la sostenibilidad (Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008).

5.1. El caso del Manglar Cayapas Mataje contra la empresa Marmeza

El ecosistema donde se asienta la Reserva ecológica Cayapas – Mataje ha sido afectado por las operaciones de la empresa camaronera Marmeza, generando graves vulneraciones a los derechos de la Naturaleza, según lo refiere en su demanda el Director Provincial del Ministerio del Ambiente de Esmeraldas. Esta afirmación, parte de la comprensión de *ecosistemas* como sistemas vivos del planeta que incorporan la energía del sol, recogen y reciclan los elementos nutritivos y organizan cadenas alimenticias que pueden manifestarse en una multiplicidad de formas.

Como se verá en el siguiente análisis, la visión que guía al juzgador es que la tutela de derechos se circunscribe a la zona geográfica ecológica protegida, reduciendo el análisis a los criterios técnicos derivados del Derecho Ambiental, desnaturalizando así los contenidos esenciales y alcances de los derechos de la Naturaleza.

5.2. Hechos del caso

En el año 2010, la Dirección Provincial del Ministerio del Ambiente de Esmeraldas emitió un acto administrativo por el cual disponía el desalojo de la actividad acuícola desarrollada por la compañía Marmeza S.A., del espacio en el que la actividad acuícola de la empresa se superponía con la Reserva Ecológica Mataje Cayapas (REMACA), porque existían evidencias de que la empresa había extendido el espacio de ocupación de su actividad acuícola más allá del área concesionada y dentro de la reserva.

Marmeza S.A., propuso una acción de protección contra la Dirección Provincial del Ministerio del Ambiente de Esmeraldas, señalando que se le había vulnerado el derecho de propiedad, al ordenar el desalojo del inmueble sobre el cual tiene derecho a acceder. La empresa indicó que, el 11 de agosto de 1993 y 10 de febrero de 1994, pagó al Estado ecuatoriano por el derecho al uso y ocupación de las playas y bahías de la Armada del Ecuador, Capitanía del Puerto de San Lorenzo y que estaba habilitada a realizar actividades productivas en este territorio, ocupando 26.45 hectáreas de un total de 36.61 hectáreas, razón por la exige la tutela de sus derechos a la seguridad jurídica y la propiedad privada, considerando que la instalación y operación de la camaronera empezó con anterioridad a la expedición de la declaratoria de la Reserva Ecológica Mataje Cayapas (REMACA), reconocida en el Decreto Ejecutivo No. 052, del año 2002, y mucho antes del reconocimiento constitucional de los derechos de la Naturaleza en el año 2008.

Al respecto, el juez de primer nivel acepta la acción de protección considerando que las actividades de la empresa fueron autorizadas por el Estado antes de la declaratoria de la reserva ecológica y en un sentido similar se pronuncia la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, la cual se decanta por rechazar la apelación a la sentencia de la acción de protección No. 281-2011, porque considera que el acto administrativo violenta los derechos de propiedad y del trabajo de Marmeza, sin dedicar ni un solo razonamiento al análisis del impacto de las actividades antrópicas en los manglares que se encuentran protegidos por la declaratoria de la reserva ecológica y que han sido reconocidos como un ecosistema frágil en el artículo 406 de la Constitución de la República, con lo que excluyó la afectación a los derechos de la Naturaleza.

Finalmente, el Ministerio del Ambiente presentó una acción extraordinaria de protección, aduciendo que la Corte Provincial de Esmeraldas incurrió en una afectación al derecho al debido proceso en cuanto a la garantía de la motivación, porque el argumento de la resolución judicial no ha considerado todos los derechos que han concurrido en el conflicto y deja de pronunciarse sobre las razones por las que el juzgador optó por preponderar los derechos a la propiedad y seguridad jurídica de Marmeza sobre los derechos de la Naturaleza.

Con estos elementos, el 20 de mayo de 2015, la Corte Constitucional del Ecuador conoció el caso y revisó el derecho a la motivación de la sentencia accionada y la interrelación que tiene este derecho con los derechos de la Naturaleza.

5.3. El derecho a la motivación en las decisiones judiciales que tratan sobre los derechos de la Naturaleza

En la sentencia de acción extraordinaria de protección No. 166-15-SEP-CC, la Corte Constitucional verificó el objeto y finalidad de la garantía jurisdiccional extraordinaria de protección, y decidió resolver el siguiente problema jurídico: ¿La sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Esmeraldas, vulnera o no, el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación de las resoluciones de los poderes públicos? Para ello, procedió a identificar el contenido del derecho a la defensa y a la motivación reconocidos en el artículo 76 de la Constitución, indicando que las personas tienen derecho a varias garantías procesales básicas dentro de las cuales consta la obligación de las autoridades públicas de emitir resoluciones motivadas; es decir, que las decisiones judiciales cuenten con certeza jurídica, principalmente para quienes son los directamente afectados por las decisiones de los poderes judiciales, en tanto este derecho exige que las decisiones estén debidamente justificadas.

El derecho a la motivación no es una mera declaración de normas o principios en una sentencia, sino que exige que en sus partes: expositiva, considerativa y resolutive, deba visualizarse el resultado de la aplicación del derecho en relación a los hechos, de la lógica y argumentación jurídica.

En el caso, la Corte Constitucional de Ecuador refiere que desarrolló un *test* de motivación para verificar si una sentencia vulnera o no este derecho, y cita a la sentencia No. 227-12-SEP-CC, estableciendo como parámetro de análisis la razonabilidad, la lógica, y la comprensibilidad. Aun cuando no es parte de este artículo cuestionar la validez del *test*, este presentó varias falencias y simplificaciones realizadas por el órgano constitucional, como el hecho de que la razonabilidad se vuelve un requisito formal que verifica si un fallo es válido cuando se dicta con base en normas constitucionales y legales. Es lógico cuando las conclusiones se desprenden de las premisas, y la comprensibilidad se basa en las exigencias del uso de un lenguaje común que esté al alcance de la comunidad en general. Ciertamente, son parámetros muy amplios que afectan a la seguridad del análisis.

A partir de estos elementos, la Corte encontró que la falta de conocimiento de los derechos de la Naturaleza por parte de los jueces causaba una afectación al principio de motivación, al respecto, en la parte pertinente la Corte señaló que:

[...] los derechos de la Naturaleza constituyen una de las innovaciones más interesantes y relevantes de la constitución actual, pues se aleja de la concepción tradicional “Naturaleza-objeto que considera a la Naturaleza como propiedad y enfoca su protección exclusivamente a través del derecho a gozar de un ambiente sano, para dar paso a una noción que reconoce los derechos propios a favor de la Naturaleza. La novedad consiste entonces en un cambio de paradigma sobre la base del cual, la Naturaleza en tanto ser vivo, es considerada un sujeto titular de derechos (Corte Constitucional, 2015, p.9)

Este argumento distingue la diferencia entre el derecho a vivir en un ambiente sano (antropocéntrico) y los derechos de la Naturaleza (biocéntricos o ecocéntricos, según la convergencia o no de derechos humanos bioconexos); sin embargo, a renglón seguido, fusiona al sujeto-objeto en una sola categoría, cuando argumenta que:

En ese sentido, es importante resaltar que la Constitución de la República consagra una doble dimensionalidad sobre la Naturaleza y el ambiente en general, a concebirla no solo bajo el tradicional paradigma de objeto de derecho, sino también como sujeto, independiente y con derechos específicos propios (Corte Constitucional, 2015, p.10)

Luego, el órgano constitucional realizó un extenso argumento de cómo deben comprenderse los derechos de la Naturaleza o Pachamama, en el contexto de la Constitución, en una dimensión de los valores reconocidos en el preámbulo y el contenido propio del artículo 72 de la Constitución, que señala que “la Naturaleza tiene derecho a la restauración”, adoptando las medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas. De ahí que las obligaciones del Estado sean garantizar el efectivo goce de estos derechos, constituyendo a los jueces en quienes deben velar por su protección.

Así la cuestión, en virtud de la cual la Naturaleza y el ambiente confluyen en una zona gris, la Corte Constitucional observó que la sentencia de la Corte Provincial de Esmeraldas se enfocó en un primer momento en los derechos a la propiedad y el trabajo que generaba Marmeza, desplazando así el contenido de los derechos de la Naturaleza.

La Corte Constitucional hace dos señalamientos al respecto:

[...] la ausencia de análisis, e incluso de enunciación, respecto a los derechos que la Carta Magna consagra a favor de la naturaleza, dentro de un proceso que involucra esencialmente la protección y conservación de una reserva ecológica, revela una absoluta negación del reconocimiento de esta zona como área protegida y de forma simultánea, una negación del reconocimiento del derecho de las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado” (Corte Constitucional, 2015, p.14).

[...] al tratarse de una reserva ecológica, el lugar donde se encuentra ubicada la camaronera MARMEZA, representa un área natural patrimonio del Estado, cuya administración corresponde al Ministerio del Ambiente” (Corte Constitucional, 2015, p.15)

De lo expuesto se desprende que la Corte decidió hacer énfasis en una categoría ambiental y reduccionista de la protección de derechos de la Naturaleza, sometiendo a los actores a la voluntad del poder estatal y a límites ambientales devenidos de los mecanismos de

conservación, como son el sistema nacional de áreas protegidas y las zonas declaradas como reserva ecológica, con lo cual, la protección de los derechos de la Naturaleza quedó limitada a este espacio declarado bajo el imperio del Estado, ya que la potestad de determinar una zona ambiental protegida es competencia de la Autoridad Ambiental Nacional.

En cuanto al derecho a la motivación se evidencia otra contradicción. La Corte Constitucional consideró que no hay relación entre las premisas y las conclusiones, lo que le permitió afirmar que la decisión no se encontraba debidamente motivada en el parámetro de la lógica. Sin embargo, sostuvo que la decisión es diáfana y que cumplió con el parámetro de comprensibilidad, lo que en realidad sorprende, porque si no es lógica resulta imposible que el texto sea comprensible, lo que deja aún más dudas que certezas.

Siendo fiel con su práctica de devolución de casos, para que las instancias judiciales inferiores elaboren nuevas sentencias, la Corte Constitucional dispuso a la Sala de la Corte Provincial de Esmeraldas que realice un nuevo fallo a partir de estos confusos parámetros de la motivación, los derechos ambientales y los derechos de la Naturaleza. A la presente fecha, la sentencia dispuesta aún no ha sido expedida.

5.4. Análisis de los argumentos desarrollados de los derechos de la Naturaleza y los ambientales

Si bien, la Corte Constitucional aceptó la acción interpuesta por el Ministerio del Ambiente, y en razón de sus argumentos resolvió declarar la vulneración del derecho constitucional al debido proceso, específicamente a la motivación, por la omisión en la que incurrió la Corte Provincial al no abordar los derechos de la Naturaleza en su fallo, no es menos cierto que el razonamiento de los operadores de justicia constitucional se limitó a recurrir a instituciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico nacional en el marco del preservacionismo propio del Derecho Ambiental, que no apuntalan a nutrir el contenido esencial de los derechos de la Naturaleza, cuyos fundamentos ya han quedado expuestos, y no son los mismos sobre los que se erige “el derecho a vivir en un ambiente sano”.

Más allá del resultado positivo del caso en favor de la Naturaleza, a modo de una falacia de petición de principio, es clara la visión antropocéntrica que reviste la decisión de los jueces constitucionales, en tanto su argumentación se ancla a criterios técnicos derivados del conservacionismo del Derecho Ambiental, que tienden a la exclusión de espacios geográficos determinados de aquellos habilitados para que el ser humano ejerza actividades económicas, cuyo efecto es supeditar la vigencia de los derechos de la Naturaleza a la existencia o no de un área protegida.

A partir de aquí se pueden identificar normas constitucionales que regulan los temas de la Naturaleza desde dos perspectivas: i) las que la reconocen como sujeto de derechos (perspectiva biocéntrica o ecocéntrica); y, ii) como derechos de las personas y colectividades, constituyéndose en objetivo y límite para la actividad estatal (perspectiva antropocéntrica, de derechos humanos o ambientalistas).

Como se indica, la Corte desarrolla elementos que favorecen a la Naturaleza como sujeto de derechos autónomos, de la misma forma que desarrolla argumentos que plantean una dependencia de la Naturaleza con el derecho humano y constitucional al ambiente sano, de lo que se colige un gran desgaste retórico que inició con sendos párrafos que declararon la revolución del Derecho, propios de un cambio de paradigma, con la euforia de los nuevos Derechos, y terminó con la resignación que confirma el *status quo* del Derecho Ambiental por sobre los derechos de la Naturaleza, al declarar que nada ha cambiado; una vuelta argumentativa engañosa que define que la propiedad del Manglar pasa de las manos privadas

de Marmeza a manos del Estado, dando como resultado que el derecho de propiedad sea el que más se garantizó.

Del análisis del caso, cuyo punto final favoreció a la Naturaleza, se desprende que la Corte no fundamentó la sentencia en la efectiva vigencia de tales derechos, ni nutrió su contenido, por lo que resulta necesario librar a los derechos de la Naturaleza de la sombra del derecho de la propiedad, del trabajo y de las categorías devenidas del Derecho Ambiental. Está claro que, los entramados jurídicos tradicionales, positivistas y formalistas de una sentencia no le hacen justicia a la voluntad del constituyente, que es la voluntad del pueblo. Genera la impresión de que cualquier cambio en el Derecho tiende a diluirse por tradición y ausencia de contenidos, como ha ocurrido en el presente caso.

6. Conclusiones

La Naturaleza como sujeto, tiene derechos autónomos que no dependen de la dignidad que proclaman los derechos humanos, por lo que resultó indispensable tratar en el presente artículo las semejanzas y diferencias entre los derechos humanos ambientales y derechos de la Naturaleza, con el objeto de evitar superposiciones que anulan su contenido y eficacia.

El reconocimiento constitucional de los derechos de la Naturaleza en Ecuador ocurrió en el año 2008. Esto no fue producto de un avance del Derecho Ambiental, todo lo contrario, respondió al evidente fracaso de esta rama del Derecho para detener y contrarrestar la crisis ambiental, por lo que el constituyente ecuatoriano decidió abordar la relación del ser humano como parte de la Naturaleza, irradiada por la cosmovisión de los pueblos indígenas, a fin de legitimar un medio político y jurídico que le reconozca como un sujeto de derechos y evitar los abusos que esta sufre por parte del Estado, las empresas, y los seres humanos. No obstante, se examina que el pensamiento no hegemónico occidental también propone otros fundamentos que aúnan por la subjetivación de la Naturaleza, los cuales están a disposición de los operadores de justicia para la construcción de argumentos que se constituyen en estándares jurisprudenciales.

Se trata de un sujeto jurídico nuevo, que permite cambiar el enfoque de dominación que ha tenido el ser humano sobre la Naturaleza, la cual ha sido tratada como una cosa, propiedad, un bien dependiente del ser humano o una utopía constitucional, pasando a ser un sujeto vivo del cual dependen la vida y el equilibrio ecológico, por lo que merecen ser protegidos.

Desde un punto de vista externo al Derecho, a la Naturaleza como sujeto de derechos se le ha ridiculizado y se ha intentado desconfigurar el propósito de su existencia; mientras que, desde un punto de vista interno del Derecho, se le ha desconocido su autonomía como sujeto de derechos, se le ha tratado como una cosa u objeto de propiedad y se le ha analizado como una parte del Derecho Ambiental dependiente del ser humano o del Estado, aspecto en el que hace énfasis el presente artículo.

La Corte Constitucional del Ecuador, luego de 12 años de la vigencia de la Constitución ecuatoriana (2008), por ende, del reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos, ha seleccionado varios casos sobre estos derechos, sin que hasta el momento en el que se ha escrito este artículo se haya desarrollado ningún precedente jurisprudencial obligatorio, por lo que ha resultado complejo elegir casos para este estudio, siendo la única acción que cuenta con un pronunciamiento del Alto Tribunal el caso Marmeza, planteado como una acción extraordinaria de protección, garantía diseñada para la protección de derechos ante casos en los cuales los jueces vulneran derechos constitucionales de las partes

sometidas a un juicio y decisión. Más allá de esto, el caso permite analizar las consideraciones que han realizado los jueces sobre los derechos de la Naturaleza.

En ese sentido, el artículo aporta a identificar las diferencias entre el derecho humano y constitucional a un ambiente sano y los derechos de la Naturaleza, incluyendo los fundamentos de estos últimos. Del análisis realizado del caso Marmeza, en el cual se pretende la tutela de los Manglares Mataje Cayapas, se han cuestionado los argumentos de los jueces de primera y segunda instancia, así como los de la Corte Constitucional, concluyendo que en los juzgadores no solo existe un anclaje a la visión antropocéntrica de tales derechos, sino que se los ha reducido a la estrechez del insuficiente Derecho Ambiental y de derechos como la propiedad y la seguridad jurídica. Si bien, de un lado se reconocen los esfuerzos argumentativos de la Corte que proclaman el cambio de paradigma en el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos; de otro lado, es evidente que se ha dado un paso atrás al plantear la dependencia implícita de los derechos de la Naturaleza con la propiedad y las instituciones ortodoxas del Derecho Ambiental.

Como bien señala George Orwell en *Rebelión en la granja*, toda revolución termina en el mismo lugar donde empieza, pues en el pasaje en el que los animales declaran: “dos patas no, cuatro patas sí” (2004, p. 116), rechazando a los humanos, es sorprendente cuando el cerdo Napoleón, líder de la rebelión, se adiestra para caminar en dos patas, reunirse y hacer negocios con los humanos, toda la distinción en la que se basaba la rebelión en la granja se habría disuelto como sal en el agua, del mismo modo como ocurre en esta sentencia con los derechos de la Naturaleza que iniciaron con la declaración del cambio de paradigma de los derechos biocéntricos nacidos en la Pacha Mama distintos al ser humano, afirmación que podría ser falaz, ya que se sometería los derechos de la Naturaleza a la dependencia y dominio de los derechos ambientales y de la propiedad, procurando reducir su ámbito de protección a una mínima expresión como son los límites de la zona ecológica bajo el derecho de “propiedad” del Estado, como cualquier otro objeto y no como sujeto de derechos.

Finalmente, el presente estudio es crítico, pero no por ello es pesimista, sino que, a partir de las falencias argumentativas y confusión de los derechos de la Naturaleza con los derechos ambientales y constitucionales eminentemente humanos, se propone una separación epistémica en favor de los primeros y una forma de cambiar el tratamiento de estos casos con el fin de fortalecer el proceso argumentativo la Naturaleza como un sujeto que defiende sus derechos.

Referencias bibliográficas

- Bender, F. (2003). *The culture of extinction: Toward a philosophy of Deep Ecology*. Amherst: Rowman & Littlefield Publishers / Humanities Press.
- Crespo, R. (2019). El dilema jurídico respecto a los derechos de la Naturaleza. En M. Peña Chacón (Ed.), *Derecho Ambiental del siglo XXI* (págs. 133-172). San José: ISOLMA.
- Cristeche, E., y Penna, J. (2008). Métodos de valoración económica de los servicios ambientales. *Revista Estudios socioeconómicos de la sustentabilidad de los sistemas de producción y recursos naturales*, 3, 5-53.
- Cullinan, C. (2019). *Derecho Salvaje*. Quito: Huaponi/UASB Ecuador.
- De Sousa Santos, B. (2014). *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: Dejusticia.
- Ferry, L. (1992). La ecología profunda. *Revista Vuelta*, 192, 31-43.

- González Márquez, J. (2003). *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*. México: PNUMA
- Gudynas, E. (2016). *Derechos de la Naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Quito: Abya-Yala.
- L.A. Times (2021). *Japón verterá al mar agua almacenada en planta de Fukushima*. 13/04/2021. <https://www.latimes.com/espanol/internacional/articulo/2021-04-13/japon-vertera-al-mar-agua-almacenada-en-planta-de-fukushima#:~:text=El%20gobierno%20de%20Jap%C3%B3n%20anunci%C3%B3,habitantes%20y%20vecinos%20del%20pa%C3%ADs>.
- Leff, E. (2000). Pensar la complejidad ambiental. En E. Leff (Coord.), *La complejidad ambiental* (págs. 7-53). México: Siglo XXI editores.
- Leff, E. (2002). *Saber ambiental*. México: Siglo XXI editores.
- Martín Mateo, R. (1998). *Manual de Derecho Ambiental*. Madrid: Trivium.
- Morato, J. y Franca, F. (2019) Derechos de la Naturalez: Fundamentos y protección por el Estado ecológico de Derecho en América Latina. En M. Peña Chacón (Ed.), *Derecho Ambiental del siglo XXI* (pp.. 93-132). San José: ISOLMA.
- Narváz, I. Narváz, M. J. (2012). *Derecho Ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político)*. Quito: FLACSO Ecuador.
- Orwell, George (2004). *Rebelión en la granja*. Madrid: Destino.
- Peña Chacon, M. (2016). *Derecho Ambiental efectivo*. San José: Universidad de Costa Rica.
- Rodríguez, G. y Vargas-Chávez, I. (2019) Avances del Derecho Constitucional colombiano: Una mirada desde la interpretación jurisprudencial. En M. Peña Chacón (Ed.), *Derecho Ambiental del siglo XXI* (págs. 213-244). San José: ISOLMA.
- Sagot, A. (Julio de 2020). La nueva otredad. Los ecosistemas como sujetos reconocidos jurídicamente. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, 36.
- Sánchez, J. (2019). *Recursos naturales, medio ambiente y sostenibilidad*. Santiago: CEPAL.
- Stone, C. (2009). ¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales. En C. Crawford (Ed.), *Derecho Ambiental y justicia social*. Bogotá: Siglo del hombre editores.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia (2016) *Acción de tutela interpuesta por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” y otros contra la Presidencia de la República de Colombia y otros*. No. T-622. Sentencia de 10 de noviembre de 2016.
- Corte Constitucional del Ecuador (2015) *Acción extraordinaria de protección interpuesta por el Director provincial del Ministerio del Ambiente de Esmeraldas*. Caso No. 0507-12-EP. Sentencia No. 166-15-SEP-CC de 20 de mayo de 2015.

LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN ECUADOR A SEIS AÑOS DE LOS ODS

The Violence Against Women in Ecuador after Six Years of the SDGs

JOHANNA VILLEGAS PÉREZ¹
Investigadora independiente, Ecuador

Resumen

La erradicación de la violencia contra las mujeres y su empoderamiento es una prioridad de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. A seis años de este compromiso internacional, Ecuador mantiene una deuda pendiente con las mujeres y las niñas. A nivel internacional el Estado ha resaltado avances normativos en temas de género; sin embargo, datos recientes dejan ver que las mujeres sufren a diario diversos tipos de violencia que las coloca en una situación de permanente riesgo, tanto en los espacios públicos como privados. Este artículo busca analizar ¿cuál es la situación de violencia contra las mujeres en Ecuador a seis años de los ODS? Para responder a esta interrogante se emplea una metodología basada en el análisis de estadísticas e información de la sociedad civil ecuatoriana bajo los estándares de derechos humanos y la categoría género.

Palabras clave

Mujeres, violencia, femicidio, Agenda 2030, ODS 5.

Abstract

The eradication of violence against women and their empowerment are priorities for the 2030 Agenda and its Sustainable Development Goals. After six years of this global commitment, Ecuador has an outstanding debt with women and girls. At the international level, the Ecuadorian State has highlighted legal advances in gender issues. However, recent data show that women suffer various types of violence daily, which places them at permanent risk in public and private spaces. This article seeks to analyze the situation of violence against women in Ecuador six years after the SDGs. To do so, the article proposes a methodology based on the analysis of statistics and information from Ecuadorian civil society under the human rights standards and the gender category.

Keywords

Women, Violence, Femicide, 2030 Agenda, SDG 5.

1. Introducción

El año 2020 fue importante en el tema de erradicación de la violencia contra las mujeres porque se celebraron veinticinco años de la aprobación de la Declaración y Plataforma de

¹ Abogada graduada de la USFQ con un LLM por la Universidad de Notre Dame y una Maestría en Relaciones Internacionales por FLACSO. Ha trabajado más de nueve años como docente universitaria, abogada y consultora en temas de derechos humanos, tanto para organismos internacionales como para organizaciones de la sociedad civil. Actualmente trabaja como Oficial del Programa Legal para América Latina en el Instituto Internacional sobre Raza, Igualdad y Derechos Humanos en Washington DC. Correo electrónico: johannav_3@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2795-6371>.



Acción de Beijing² y los cinco primeros años de la adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo (en adelante Agenda 2030) y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS). La Agenda 2030 fue adoptada en septiembre 2015 por 193 Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU). Se compone de 17 objetivos con 169 metas que surgen como “un modelo para una prosperidad compartida en un mundo sostenible: un mundo en el que todas las personas puedan llevar una vida productiva, vibrante y pacífica en un planeta sano” (Guterres, 2019, p. 2). Para lograr este fin, la Agenda 2030 se ha construido sobre cinco pilares esenciales: planeta, paz, prosperidad, participación y personas (UN System Staff College, p. 1). Este último pilar está estrechamente vinculado con el ODS 5 que aborda la situación de las mujeres en el mundo y coloca a la dignidad de los seres humanos como base para el desarrollo, promoviendo un enfoque basado en derechos humanos en el que prime el principio universal de “no dejar a nadie atrás” (Naciones Unidas, 2020, p.23).

Como resultado de estos acuerdos internacionales, los estados miembros de la ONU, incluido Ecuador, se propusieron eliminar la violencia contra las mujeres en sus diversas formas y garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos. Este compromiso quedó plasmado en el ODS 5 que busca la “igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas” (Naciones Unidas, 2020, p.10). Para ello, Ecuador ha adoptado una serie de normas y planes encaminados a combatir la violencia de género entre los que se destacan: el Decreto 371 que declara política pública la adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo (2018), la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (2018), la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas (2016), el Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 “Toda Una Vida” y el Plan Nacional para la Erradicación de la Violencia de Género hacia la Niñez, Adolescencia y Mujeres 2007-2017, que actualmente no se encuentra vigente.

Estos esfuerzos han resultado insuficientes para enfrentar el problema estructural de la violencia contra las mujeres en el Ecuador. A seis años de los ODS, la realidad ecuatoriana deja ver que el país se encuentra lejos de erradicar la desigualdad de géneros entendida como la “dinámica de la dominación/sumisión” entre hombres y mujeres³ (MacKinnon, 1983, p. 635) que se fundamenta en “hechos biológicos (diferencia genital) que son proyectados en desigualdades sociales” (Salgado, 2009, p. 166). Ecuador tampoco ha logrado eliminar la violencia contra las mujeres pues el uso de la fuerza física, psicológica y sexual se ejerce de manera constante contra ellas. Según la segunda Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres realizada en 2019 por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (en adelante INEC), 65 de cada 100 mujeres han sido víctimas de algún tipo de violencia de género a lo largo de su vida (INEC, 2019, p. 7).

Al haber transcurrido seis años de la Agenda 2030 y sus ODS cabe cuestionarse si el Estado ecuatoriano ha adoptado medidas necesarias para cumplir con este compromiso internacional. A través de la presentación de estadísticas disponibles en el país, este artículo busca describir cuál es la situación actual de las mujeres en Ecuador y contrastarla con tres metas del ODS 5. Aunque este objetivo se compone de seis metas, únicamente se examinan tres de ellas por estar directamente relacionadas con la erradicación de la discriminación y violencia contra las mujeres, así como con la

² La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing es una iniciativa aprobada en 1995 por 189 estados miembros de las Naciones Unidas con el afán de promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres en el mundo.

³ Traducción personal.

promoción de su participación plena y efectiva en los espacios de liderazgo (metas 5.1,⁴ 5.2⁵ y 5.5⁶).

Este artículo busca responder la siguiente pregunta de investigación: ¿cuál es la situación de violencia contra las mujeres en Ecuador a seis años de los ODS? Para ello, se ha utilizado una metodología basada en el análisis de estadísticas e información de la sociedad civil ecuatoriana a la luz de los derechos humanos y la categoría género. Esta metodología aborda los derechos humanos y la categoría género como construcciones sociales que pueden entenderse de la mano con instrumentos nacionales e internacionales tales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer *Convención de Belém Do Pará*, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Constitución. Además, se toman en cuenta estándares fijados por organismos internacionales de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) como guías para evaluar la situación de violencia que enfrentan las mujeres y niñas en el país.

Para responder la pregunta de investigación, el artículo se ha dividido en tres secciones. Primero, se citan estadísticas sobre la violencia física, psicológica y sexual contra las mujeres incluyendo un apartado donde se discuten estos datos con base en la teoría feminista del derecho. El objeto de esta reflexión es contrastar la realidad de las mujeres en Ecuador con los compromisos internacionales asumidos por el país, destacando la brecha que existe entre las normas y la realidad cotidiana de las mujeres. Segundo, se analiza la figura del femicidio y su incremento como una de las formas más severas de violencia contra las mujeres. En estas dos secciones se evidencia por qué Ecuador está lejos de cumplir las metas 5.1 y 5.2 del ODS 5. Finalmente, se aborda la violencia política contra las mujeres para demostrar que Ecuador también está incumpliendo la meta 5.5 del ODS 5.

2. Violencia física, psicológica y sexual

La Agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible, en especial el ODS 5 exigen a los estados garantizar a sus sociedades una vida libre de todo tipo de violencia, incluida la erradicación de la violencia contra las mujeres que ha sido definida tanto en los instrumentos regionales como universales de derechos humanos. A nivel universal, la Recomendación General No. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer delimita la violencia contra las mujeres como “una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre” (1992, párr.1). Por tanto, el concepto de violencia se entiende incorporado en la definición de discriminación contra la mujer contenida en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. A criterio de CEDAW “la violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de [esta] Convención, independientemente de que en ellas se mencione expresamente a la violencia o no” (1992, párr. 6).

En el ámbito regional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer *Convención de Belém Do Pará*,⁷ ha definido la violencia

⁴ “Poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo” (Asamblea General, 2017, p.10).

⁵ “Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado [...]” (Asamblea General, 2017, p.10).

⁶ “Asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisivos en la vida política, económica y pública” (Asamblea General, 2017, p.10).

⁷ Ratificada por el Ecuador en marzo de 2004.

contra las mujeres como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (1990, artículo 1). Empleando un lenguaje similar, la Constitución del Ecuador reconoce y garantiza el derecho de las mujeres y niñas a “una vida libre de violencia en el ámbito público y privado” (2008, artículo 66 literal b).

Ecuador es Estado parte de ambas convenciones. Aunque han transcurrido cuarenta años desde la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, diecisiete años desde la ratificación de la *Convención de Belém Do Pará* y trece años desde la adopción de la Constitución vigente, la realidad que enfrentan las mujeres y niñas en el país sugiere que el Estado no ha enfocado sus esfuerzos en asegurar el cumplimiento de estos estándares. De hecho, las estadísticas recopiladas por el INEC y que se expondrán a continuación, indican que Ecuador está lejos de alcanzar las metas 5.1 y 5.2 del ODS 5.

2.1 Estadísticas

La segunda Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres realizada por el INEC en 2019 arrojó que en Ecuador la prevalencia de violencia contra las mujeres a lo largo de sus vidas es de 64.9% (2019, p. 6). De ellas el 56.9% ha experimentado violencia psicológica, el 35.4% violencia física, y el 32.7% violencia sexual (INEC, 2019, p.7). Esta realidad se agrava cuando las mujeres pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad como las afrodescendientes o indígenas. Por ejemplo, las mujeres afrodescendientes fueron las más violentadas con un 71.8% de prevalencia a lo largo de sus vidas, y un 40.8% en el 2019 (INEC, 2019, p.7).

En esta segunda encuesta, el INEC desagregó las estadísticas sobre la violencia contra las mujeres por provincia, y las dividió en prevalencia a lo largo de su vida y prevalencia en 2019. Los datos obtenidos reflejan que Azuay es la provincia con mayor violencia contra las mujeres en ambas categorías y Bolívar la menos afectada. En la siguiente tabla se detallan los valores por cada provincia:

Provincia	A lo largo de la vida (%)	2019 (%)
Azuay	79.2	46.2
Morona Santiago	78.9	46.1
Napo	77.7	29.6
Cañar	74.9	34.5
Imbabura	73.6	33.1
Pastaza	73.3	34.1
Zamora Chinchipe	72.0	35.2
Pichincha	71.6	37.8
Tungurahua	70.5	31.3
El Oro	70.2	31.5
Santo Domingo de los Tsáchilas	68.3	37.1
Esmeraldas	68.2	32.7
Loja	67.0	29.8
Sucumbíos	66.3	31.5

Cotopaxi	64.3	25.8
Guayas	63.1	32.9
Carchi	61.9	28.2
Orellana	56.5	23.3
Galápagos	55.7	21.8
Santa Elena	53.5	20.6
Chimborazo	51.9	16.4
Los Ríos	50.3	19.5
Manabí	49.7	21.5
Bolívar	48.4	16.2

Fuente: INEC, 2019, p. 7.

El antecedente de la encuesta de 2019 es la primera Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres llevada a cabo por el INEC en 2011. En ella, se concluyó que el 60.6% de las mujeres era víctima de violencia de género (INEC, 2011, p. 8). De ellas el 53.9% experimentaron violencia psicológica, el 38% violencia física, y el 25.7% violencia sexual (INEC, 2011, p. 10). El mayor porcentaje de afectación se presentó en las mujeres indígenas con 67.8%, seguido por las mujeres afrodescendientes con 66.7% (INEC, 2011, p.14). Además, en ese entonces la provincia con mayor prevalencia de violencia contra las mujeres fue Morona Santiago con 72.6% y la de menor afectación fue Santa Elena con 47.1% (INEC, 2011, p. 12).

2.2 Discusión de las estadísticas

Las cifras descritas en el punto anterior contrastan con la promesa del Estado ecuatoriano en su Examen Nacional Voluntario 2020, en el cual ofreció a Naciones Unidas que para el 2030 Ecuador sería una “sociedad heterogénea que respeta las diferencias y erradicará las desigualdades entre los géneros” (Secretaría Técnica Planifica Ecuador, 2020, p. 62). En ese documento se reportaron como avances en el desempeño del ODS 5 “la reducción de la brecha de género en el acceso educativo, así como la reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres” (Secretaría Técnica Planifica Ecuador, 2020, p. 62). Sin embargo, no se detallaron adelantos en el combate a la violencia física, psicológica y sexual, ni a la discriminación contra las mujeres. Al contrario, el Estado aceptó que en Ecuador “aún persiste la discriminación contra las mujeres” y que las cifras reportadas por el INEC “alertan sobre el gran desafío que tiene el país para generar políticas públicas que garanticen los derechos de mujeres y niñas” (Secretaría Técnica Planifica Ecuador, 2020, p. 63).

Los logros que reportó el Estado sobre los derechos de las mujeres se centraron en resaltar las normas y planes que se han aprobado hasta la fecha, tales como: la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, el Plan Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva, la Política Nacional Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes, el Plan de Acción Contra la Trata de Personas en Ecuador 2019-2030, el Plan Nacional de Convivencia Armónica y Cultura de Paz en el Espacio Escolar, y el Plan Nacional para la Erradicación de la Violencia de Género hacia la Niñez, Adolescentes y Mujeres, que como se mencionó en la introducción, ya no se encuentra vigente (Secretaría Técnica Planifica Ecuador, 2020, p. 64).

Los planteamientos del Estado dejan ver una visión limitada para enfrentar la problemática de la violencia de género en el país. Al parecer, el Estado concibe al derecho como un elemento transformador de la violencia contra las mujeres sin acompañar una reflexión más profunda que tome en cuenta que erradicar la violencia de género requiere una “transformación de la situación dominación/sumisión [...] que demanda adoptar ‘el punto de vista de la desigualdad de las mujeres en relación con los hombres’, implica aprehender la realidad de las mujeres desde dentro y desarrollar estrategias para hacer frente a las distintas manifestaciones del poder masculino” (Mendoza, 2016, p. 148). Por tanto, la teoría feminista del derecho se torna esencial para abordar la problemática de la violencia contra las mujeres desde una mirada integral. Esta teoría propone que “la transformación del estatus jurídico y social de las mujeres, las relaciones de poder entre los géneros, y la estructura misma de las sociedades, no puede depender de reformas parciales [porque] éstas podrían no tener ningún efecto incluso podrían reforzar las estructuras patriarcales” (Mendoza, 2016, p. 151).

El Estado ecuatoriano ha promovido una adecuación normativa importante, pero no suficiente para proteger a las mujeres de manera integral. En lo normativo se destacan ejemplos como el Código Orgánico Integral Penal (COIP) que ha tipificado como delitos la violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar incluyendo la violencia física, psicológica y sexual (2014, art. 156, 157 y 158). Otro ejemplo es la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (LOIPEVM), aprobada en 2018 que amplió el ámbito de protección reconociendo que existen diversos tipos de violencia a más de la física, psicológica y sexual. Esta ley reconoció la existencia de violencia económica y patrimonial, simbólica, política y gineco-obstetra, lo que permitió al INEC incluir datos estadísticos sobre estos temas en la segunda encuesta de 2019. Además, el Código Orgánico de la Función Judicial dio competencia y jurisdicción a los jueces y juezas de violencia contra la mujer y la familia para conocer este tipo de casos, y se incorporó esta temática como eje central de varios planes nacionales.

El derecho en la norma no ha logrado combatir el patriarcado, menos aún promover una política integral que “[elimine] los estereotipos y las concepciones de inferioridad de las mujeres en todas las esferas” (Facio, 2009, p. 546). Las cifras demuestran que la violencia y discriminación contra las mujeres no se han reducido, lo que es contrario a las metas 5.1 y 5.2 del ODS 5. Al comparar los datos de la segunda encuesta nacional de 2019 con las cifras presentadas por el INEC en el año 2011, se evidencia que la violencia contra las mujeres se ha incrementado en un 4.3% a nivel nacional. Además, las mujeres afrodescendientes continúan en el grupo de las más afectadas. Esto deja ver que el Estado no ha adoptado un enfoque de interseccionalidad que tome en cuenta la histórica relación entre el racismo y el patriarcado y sus efectos en las mujeres indígenas y afrodescendientes, expuestas a una situación de mayor vulnerabilidad. Al respecto, la Corte IDH al condenar a Ecuador dentro del *Caso González Lluy y otros* manifestó que “ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos” (2015, párr. 288). Por lo expuesto, un enfoque de interseccionalidad es crucial para abordar de forma integral la violencia de género en el país.

Otra cuestión crítica al analizar la violencia de género en Ecuador está relacionado con el debilitamiento de la política pública de protección de las mujeres. En lo económico se ha reducido el presupuesto del Estado para el proyecto de prevención de la violencia de género y atención a víctimas. En 2018 el monto asignado fue de USD 8'676,624 (Miranda, 2020, p.18), en tanto que en el 2019 este monto se redujo a USD 657,646.57 (Ministerio

de Finanzas, 2019). La situación para el 2020 no mejoró, el “presupuesto destinado para la implementación de la Ley que se estimaba en USD 5’408,561 fue reducido en un 84% con solo USD 876,862 para todo el año” (Surkuna et. al, 2020, p.6). Además, se ha generado un debilitamiento institucional importante debido a la eliminación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y su reemplazo por la Secretaría de Derechos Humanos que tiene un rango inferior.

3. Femicidio

El femicidio es una forma extrema de violencia contra las mujeres. Ha sido conceptualizado en la literatura como el asesinato intencional de una mujer motivado por “el odio, desprecio, placer o sentido de propiedad hacia [ella]”⁸ (Russell, 2008, p. 27). A nivel jurisdiccional, la Corte IDH ha definido al femicidio como el “homicidio de mujer por razones de género” (Sentencia CIDH, 2009, *Caso Gonzáles y Otras “Campo Algodonero vs. México*, párr. 143).

En Ecuador, el femicidio está tipificado como delito en el COIP que sanciona a toda persona que “dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género [con] pena privativa de libertad de veintidós años” (2014, artículo 141). Las cifras oficiales indican que entre agosto 2014 y mayo 2019 se registraron 335 femicidios (Fiscalía General del Estado, 2019, p. 5). En contraste, las organizaciones de la sociedad civil reportaron, durante este mismo período (2014-2019), 732 femicidios (Coalición Nacional de Mujeres, 2020, p. 7). Es decir, casi el doble.

Al parecer, las discrepancias entre las cifras oficiales y los datos recabados por la sociedad civil responden al uso de metodologías distintas. A diferencia de las organizaciones de la sociedad civil, el gobierno únicamente incluye en sus estadísticas las muertes violentas que han sido calificadas bajo el tipo penal de femicidio. Es decir, no toma en cuenta “un número relevante de casos de femicidio que son calificados con otros tipos penales como el homicidio, el asesinato o la violación con muerte” (Surkuna et al, 2020, p. 10). Estas discrepancias son importantes pues reflejan que la información oficial cuantitativa no aborda la dimensión real de este fenómeno en el Ecuador. Además, el tipo de delito va a depender de la decisión del fiscal que conozca el caso, quien no siempre cuenta con conocimientos en género y derechos humanos que le permitan abordar los casos de modo más integral.

Fundación Aldea tiene los datos más actualizados sobre femicidio en Ecuador. Esta organización ha informado que desde enero 2014 hasta marzo 2021 el país registra 870 femicidios. Del 01 de enero al 03 de marzo de 2021 se han reportado “20 muertes violentas de mujeres por razones de género, incluido 1 transfemicidio” (Fundación Aldea, 2021). De estos casos, el 40% había “reportado antecedentes de violencia a instituciones del Estado”, incluso dos de las mujeres asesinadas tenían boletas de auxilio (Fundación Aldea, 2021). Las cifras indican que el Estado no cuenta con un adecuado sistema de protección que garantice la integridad personal y vida de las mujeres víctimas de violencia. Por ello, se torna cada vez más necesario incorporar la categoría género para abordar esta problemática, pues “incluso cuando el derecho protege los intereses y necesidades de las mujeres e introduce su punto de vista, en su aplicación por instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, [se desfavorece] a las mujeres” (Jaramillo, 2009, p. 122).

La situación de violencia contra las mujeres se ha agravado en el contexto del coronavirus. La pandemia ha profundizado las desigualdades que ya afectaban a las mujeres y niñas en Ecuador. El confinamiento o cuarentena obligatoria las han expuesto a situaciones

⁸ Traducción personal.

de violencia en sus espacios familiares, dificultando la denuncia de estos hechos y el acceso a mecanismos adecuados de prevención de la violencia de género. Las mujeres están expuestas a una situación de especial vulnerabilidad al verse obligadas a convivir con sus abusadores. Los datos más recientes de femicidios en el Ecuador evidencian que en el 85% de los casos los perpetradores fueron “parejas o ex parejas” y en el 7,7% fueron “padres o padrastros” (Fundación Aldea, 2021). Desde el inicio de la pandemia hasta julio 2020, la Secretaría de Derechos Humanos atendió “3.128 mujeres en situación de violencia” lo cual es un número bastante limitado si se considera que durante el mismo tiempo el ECU 911 recibió 45.028 llamadas de denuncia (Coalición Nacional de Mujeres, 2020, p.7).

Lo expuesto permite concluir que femicidio entendido como la “manifestación más grave de discriminación y violencia contra las mujeres” (MESECVI, OEA/Ser.L/II.7.10, p.6) es un hecho latente en Ecuador. Se registra “un feminicidio cada 72 horas” (Fundación Aldea, 2021) lo que prueba que el país está lejos de alcanzar las metas 5.1 y 5.2 de los ODS. Al contrario, las estadísticas reflejan que las mujeres experimentan diversas formas de violencia que las coloca en riesgo permanente inclusive dentro de los espacios privados donde debieran estar seguras. La prevalencia de este delito muestra que Ecuador tiene una deuda pendiente con las mujeres y niñas que exige políticas integrales que enfrenten los estereotipos y el patriarcado.

4. Violencia política

Otra forma de violencia que enfrentan las mujeres en Ecuador es la violencia política, que ha sido definida por el sistema de Naciones Unidas como una violación a los derechos humanos de las mujeres que limita el ejercicio de sus derechos políticos, pues opera como “una clara disuasión para participar en la política ya sea votando, postulando o ejerciendo cargos públicos” (OHCHR, 2018, p. 4). En la misma línea, el Mecanismo de Seguimiento de la *Convención Belém Do Pará* (MESECVI) ha entendido que la violencia y el acoso político contra las mujeres “pueden incluir cualquier acción, conducta u omisión [...], basada en su género, de forma individual o grupal, que tenga por objeto o por resultado menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir sus derechos políticos” (OEA/Ser.L/II.7.10., p.2).

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por Ecuador el 9 de noviembre de 1981, obliga al Estado a “eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país” (artículo 7). En igual sentido, la Constitución exige la observancia de los “criterios de equidad y paridad de género” (2008, art. 61.7) en el ejercicio de los derechos de participación. Asimismo, esta norma obliga al Estado a promover “la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos” (Constitución, 2008, art. 65). Para ello, reconoce que el sistema electoral debe garantizar “los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres” (Constitución, 2008, art. 116). Sin embargo, en la práctica se demuestra que las mujeres que optan por participar en la vida pública y política del país son objeto de violencia de género en diversas formas: psicológica, física y sexual.

Un estudio sobre violencia política de género realizado por ONU Mujeres en 2019 destacó que la violencia psicológica ha prevalecido entre las candidatas y mujeres electas. Dos tercios de las cincuenta mujeres entrevistadas (66%) en las provincias de Pichincha,

⁹ Traducción personal.

Guayas, Morona Santiago, Esmeraldas, Carchi y Sucumbíos, indicaron que en sus espacios comunitarios o de trabajo han sido tratadas con “aires de superioridad” o con “diminutivos o palabras que las minimizan” (ONU Mujeres, 2019, p. 26). En ocasiones, este trato ha incluido expresiones discriminatorias o calificativos que las ridiculizan por su “origen, edad, conocimientos o apariencia” (ONU Mujeres, 2019, p. 26). Otras formas de violencia política con un componente psicológico o emocional que han sufrido las mujeres son: “desprestigio y campañas de rumores” (54%), “aislamiento, exclusión o marginalización” (52%), “ocultamiento de información” (46%), “agresiones verbales o insultos” (40%), y “persecución por sus opiniones o actividad política” (36%) (ONU Mujeres, 2019, p. 26).

Además de la violencia psicológica, la violencia física y sexual también forman parte de la violencia política en el Ecuador. Alrededor de 12% y 14% de mujeres políticas indican que han recibido “golpes o lesiones” y un 8% reporta que ha sido objeto de “amenazas de muerte o intento de asesinato” (ONU Mujeres, 2019, p. 26). Finalmente, 16% de las mujeres entrevistadas por ONU Mujeres indicaron haber sido víctimas de “acoso sexual como insinuaciones sexuales no deseadas, gestos, palabras o acciones de contenido sexual no consentidas” (2019, p. 27).

Las cifras citadas dejan ver que la violencia política no es un hecho aislado en el país. En contraste, es una constante que se repite en las diversas provincias. El 58% de los perpetradores de este tipo de violencia son actores políticos como dirigentes, militantes y candidatos de los partidos. El 32% son miembros de la familia y la comunidad tanto en espacios físicos como virtuales (redes sociales). Finalmente, el 10% restante son agentes estatales y funcionarios de gobierno tales como policías, militares y miembros de las cinco funciones del Estado (ONU Mujeres, 2019, p. 28).

ONU Mujeres también ha resaltado que “de 457 mujeres electas para cargos locales, al menos 100 informaron ser víctimas de diversas formas de violencia política” (2019, p. 18). Esta realidad sumada a las limitaciones institucionales desalienta la participación de las mujeres en los procesos electorales. Por ejemplo, en las “elecciones de 2014, el 57,9% del total de candidaturas fueron de hombres y el 42.1% fueron de mujeres” (2019, p. 18). Es decir, los principios de paridad y alternabilidad al parecer son una mera formalidad en el Ecuador pues, aunque están garantizados a nivel constitucional y legal, en la práctica se inobservan con frecuencia. Esto, refuerza la idea del feminismo de que la “opresión a las mujeres no es sólo una cuestión de igualdad de derechos en la norma”¹⁰ (Smart, 1989, p. 139).

Un ejemplo reciente de violencia política contra las mujeres es el caso de las vicealcaldes. De acuerdo con el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), los “consejos regionales, concejos metropolitanos y municipales procederán a elegir de entre sus miembros a la segunda autoridad del ejecutivo del correspondiente gobierno, de acuerdo con el principio de paridad entre mujeres y hombres en donde fuere posible” (2010, artículo 317). Es decir, en caso de que el alcalde electo sea hombre, la vicealcaldesa debería ser una mujer y viceversa. No obstante, luego de las elecciones de 2019, de los 221 municipios 107 incumplieron con esta disposición (Defensoría del Pueblo, 2020, p.39). Por ello, la Defensoría del Pueblo como entidad rectora de los derechos humanos en el país, presentó varias acciones de protección a nivel nacional exigiendo el “reconocimiento del principio de paridad en la elección de vicealcaldías” (2020, p. 32). De acuerdo con la Defensoría, en la primera instancia ganaron veinte casos y perdieron treinta y cuatro. De las decisiones afirmativas catorce fueron revocadas en apelación. Las

¹⁰ Traducción personal.

resoluciones judiciales evidenciaron que no existe un razonamiento unánime respecto a este tema. Por ello, la Defensoría optó por activar el proceso de selección de sentencias ante la Corte Constitucional a fin de lograr la unificación de criterios (2020, p.52).

Los ejemplos y estadísticas expuestas demuestran que la meta 5.5 del ODS 5 requiere esfuerzos adicionales para ser alcanzada. La participación plena y efectiva de las mujeres en los espacios públicos y la igualdad de oportunidades en la vida política son temas incompletos que exigen una mirada integral y un trabajo coordinado de todas las funciones del Estado. No es suficiente incorporar los criterios de igualdad y alternabilidad en las normas, pues “el derecho...construye toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen [como] real. Tan real que sólo cabe pensar, juzgar, actuar en consecuencia. Actuar como si... fuéramos libres e iguales” (Ruiz, 2009, p. 159). En definitiva, la erradicación de la violencia contra las mujeres y los estereotipos que limitan su participación en la vida pública debe ser abordada como una tarea pendiente con miras a cumplir los objetivos propuestos en el marco de la Agenda 2030.

5. Conclusiones

Las estadísticas recopiladas por el INEC y por otras entidades como ONU Mujeres prueban que los esfuerzos reportados por el gobierno en el Examen Nacional Voluntario 2020 han sido insuficientes para erradicar los diversos tipos de violencia contra las mujeres en Ecuador. El país está distante de lograr la igualdad entre los géneros y cumplir con las metas 5.1, 5.2 y 5.5 del ODS 5.

Aunque se han conseguido algunos avances normativos, la violencia estructural e institucional que afecta a las mujeres y niñas en el país trasciende los textos legales y obliga al Estado a adoptar medidas adicionales para hacer frente a esta problemática. La adecuación normativa se ha utilizado como una máscara para cubrir la realidad de desigualdad y dominación que viven a diario las mujeres. El Estado cita como logros leyes que se han incorporado a la normativa nacional; sin embargo, poco o nada ha hecho para alcanzar una verdadera transformación que enfrente los prejuicios y estereotipos sociales, lo que deja ileso al patriarcado. Ecuador debe “entender que el Derecho y los derechos humanos pueden contribuir estratégicamente a la construcción de sociedades equitativas siempre que prestemos atención en descifrar y evidenciar los mecanismos y las relaciones de poder” (Salgado, 2009, p. 176).

Además, la política pública sobre violencia contra las mujeres carece de coherencia e integralidad. Por un lado, se han creado planes nacionales para enfrentar esta problemática, pero por otro, se ha recortado el presupuesto que las instituciones estatales requieren para poner en marcha tales planes. El Estado tampoco ha adoptado un enfoque interseccional para abordar la violencia de género desde una mirada holista, de ahí que las mujeres afrodescendientes siguen siendo las más expuestas a los diversos tipos de violencia. Incorporar la interseccionalidad en la política pública permitirá reconocer cómo las “identidades, sistemas estructurales, lugares de marginación, formas de poder y modos de resistencia se cruzan en forma dinámica y cambiante”¹¹ (May, 2015, p. 82) y con ello enfrentar la violencia de género desde una visión más incluyente.

Los estereotipos y discriminación contra las mujeres también se evidencian en las limitaciones y violencia que sufren al asumir posiciones de liderazgo. Esto coarta la participación de las mujeres y el ejercicio efectivo de sus derechos. Además, no solo son

¹¹ Traducción personal.

violentadas en los espacios públicos, sino también en los espacios privados que debieran ser entornos seguros. Mientras no se conciba a la mujer como sujeto pleno de derechos y se adopten las medidas necesarias para garantizar su derecho a una vida libre de violencia, el sufrimiento físico, psicológico y sexual al que están expuestas seguirá penetrando las diversas esferas donde se desenvuelven.

En definitiva, la erradicación de los diversos tipos de violencia es una necesidad apremiante en el país. Hacer efectiva la premisa impulsada desde Naciones Unidas de no “dejar a nadie atrás” exige no solo una adecuación normativa, sino además una adecuada implementación de políticas públicas y la puesta en marcha de procesos de concientización que contribuyan al cambio de actitudes y comportamientos. Ello demanda un trabajo conjunto de diversos actores, incluidos el Estado, la sociedad civil, la academia y la comunidad. Alcanzar la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres en el Ecuador debe ser una prioridad que exige políticas integrales e inclusivas que tomen en cuenta los derechos humanos y la categoría género.

Referencias bibliográficas

- Comité de Expertas del Mecanismo de la Convención de Belém Do Pará – MESECVI (2008). *Declaración sobre el femicidio*. Disponible en <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionfemicidio-es.pdf>
- Defensoría del Pueblo (2020). *La Defensoría del Pueblo en el camino para la construcción de una democracia paritaria y libre de violencia política contra las mujeres*. Disponible en <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/2710>
- Facio, Alda (2009). El género en el derecho. Ensayos críticos. En Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (ed.). *La Carta Magna de todas las mujeres* (pp. 541 – 558). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Fundación Aldea (2021). *20 feminicidios en Ecuador desde el inicio del 2021. El 92% fueron cometidos por familiares cercanos*. 07 de marzo de 2021. Disponible en <http://www.fundacionaldea.org/noticias-aldea/primermapa2021>
- INEC (2011). *Primera Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres*. Disponible en https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/sitio_violencia/presentacion.pdf
- INEC (2019). *Segunda Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres - ENVIGMU*. Noviembre de 2019. Disponible en https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Boletin_Tecnico_ENVIGMU.pdf
- Jaramillo, Isabel (2009). El género en el derecho. Ensayos críticos. En Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (ed.). *La crítica feminista al derecho* (pp. 103 -133). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- MacKinnon, Catharine (1983). Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence. *The University of Chicago Press*, 8, (4), 635-658.
- May, Vivian (2015). *Pursuing Intersectionality. Unsettling Dominant Imaginaries*. Nueva York: Routledge.
- Mendoza, Juanita (2016). La crítica feminista al derecho: de la lucha por la igualdad al cuestionamiento de la identidad como ideal normativo. *Revista IURIS*, 1 (15), 139 – 154.

- Ministerio de Finanzas, (2019). *Proforma presupuestaria 2019*. Disponible en <https://www.finanzas.gob.ec/proforma-enviada-a-la-asamblea-nacional-2019/>
- Miranda, María de Lourdes (2020). Violencia contra las Mujeres en Ecuador, Selección de Ensayos. En: Defensoría del Pueblo del Ecuador (ed.). *Desmitificando estereotipos de género: un análisis del delito de violación en la legislación ecuatoriana* (pp. 15-31). Quito: Defensoría del pueblo.
- OHCHR (2018). *Violence against women in politics – Expert Group Meeting Report & Recommendations*. 8-9 marzo 2018. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/ViolenceAgainstWomeninPoliticsReport.pdf>
- ONU Mujeres (2019). *Estudio violencia política contra las mujeres en Ecuador*. Octubre 2019. Disponible en <https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2019/12/violencia%20politica%20baja.pdf?la=es&vs=351>
- Ruiz, Alicia (2009). El género en el derecho. Ensayos críticos. En Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (ed.). *Cuestiones acerca de mujeres y derecho* (pp. 157 -164). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Russell, Diana (2008). Strengthening Understanding of Femicide. En PATH y otros (ed.). *Femicide: Politicizing the Killing of Females* (pp. 26-31).
- Salgado, Judith (2009). El género en el derecho. Ensayos críticos. En Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (ed.). *Género y derechos humanos* (pp. 165 -177).
- Smart, Carol (1989). *Feminism and the power of law*. Nueva York: Routledge.
- Secretaría Técnica Planifica Ecuador (2020). *Examen Nacional Voluntario*. Disponible en <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/2020/07/Examen-Nacional-Voluntario-2020.pdf>
- UN System Staff College (s/f). *La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Bonn: Knowledge Centre for Sustainable Development. Disponible en https://www.unssc.org/sites/unssc.org/files/2030_agenda_for_sustainable_development_-_kcsd_primer-spanish.pdf

Legislación

- Asamblea Constituyente (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional (2010). *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Registro Oficial Suplemento 303. 19 de octubre de 2010.
- Asamblea Nacional (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento 180. 10 de febrero de 2014.
- Presidente de la República del Ecuador (2018). *Decreto Ejecutivo No. 371*. 19 de abril de 2018.

Convenciones y otros instrumentos internacionales

- MESECVI (2008). *Declaración sobre el Femicidio*. OEA/Ser.L/II.7.10. Disponible en <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionfemicidio-es.pdf>
- MESECVI (2015). *Declaración sobre la violencia y el acoso políticos contra las mujeres*. OEA/Ser.L/II.7.10. Disponible en <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracion-esp.pdf>

OEA (1990). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: Convención de Belem Do Pará*. Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1990.

ONU (1979). *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979.

Jurisprudencia, recomendaciones y resoluciones

Asamblea General ONU (2017). Resolución A/RES/71/313. *Marco de indicadores mundiales para los Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. 10 de julio de 2017. Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/71/313>

Corte IDH/ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Disponible https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Corte IDH / Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Caso González Lluy y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

Naciones Unidas (1992). Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Recomendación General No. 19. La violencia contra la mujer*.

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes

Coalición Nacional de Mujeres (2020). *Informe sombra sobre la respuesta estatal a la protección de los derechos de las mujeres y niñas en el marco de la emergencia nacional decretada por la pandemia COVID-19*. 13 de octubre de 2020. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCEDAW%2fCSS%2fECU%2f43477&Lang=es

Fiscalía General del Estado (2019). *Boletín criminológico y de estadística delictual – Femicidio*. Septiembre 2019. Disponible en <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/politica-criminal/Boletin-Criminologico-de-Estadistica-Delictual-Femicidio.pdf>

Guterres, António (2019). Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2019. En Naciones Unidas (ed.). *Prólogo* (p. 2).

Naciones Unidas (2020). *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020*. Disponible en https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020_Spanish.pdf

Surkuna et al (2020). *Informe Sombra, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*. X Informe Nacional del Ecuador 2020. 13 de octubre de 2020. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCEDAW%2fCSS%2fECU%2f43502&Lang=en

Iuris Dictio

Miscelánea

Nº 27, JUN. 2021

E-ISSN 2528-7834

m

i

s

c

e

l

á

n

e

a

.



NORMAS DE DERECHOS HUMANOS: ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS¹

Human Rights Norms: Between Principles and Rules

JULIETA A. RABANOS²
Università degli Studi di Genova, Italia

Resumen

En ocasión del 70° aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), propongo reflexionar sobre el problema conceptual relacionado a las disposiciones normativas que son usadas para reconocer y/o establecer derechos humanos. La pregunta puede ser formulada así: estas disposiciones normativas, ¿qué tipo de normas expresan? ¿Son reglas, principios o ambos, de acuerdo con las circunstancias? Responder a esta pregunta implica la solución de dos problemas diferentes. Por una parte, un problema conceptual: ¿qué tipo de teoría o enfoque puede dar mejor cuenta de las normas de derechos humanos? Por otra parte, un problema axiológico: ¿cómo deberíamos considerar a las normas de derechos humanos, de acuerdo con una determinada (correcta, mejor) doctrina o ideología? En este artículo, intento explorar y ofrecer algunas respuestas a esta pregunta central y a sus problemas conectados.

Palabras clave

Derechos humanos, normas y disposiciones normativas, reglas jurídicas, principios jurídicos, interpretación jurídica.

Abstract

On the occasion of the 70th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), I propose to reflect about the conceptual problem regarding the normative texts or sentences that are used to recognise and/or establish human rights. The question can be put in these terms: what kind of norms do these normative texts or sentences express? Are they rules, principles, or both, depending on the circumstances? Answering this question involves the solution of two distinct problems. On the one hand, a conceptual problem: what kind of theory or approach can give better account of human rights norms? On the other hand, an axiological problem: how should we consider human right norms, according a given (best, correct) doctrine or ideology? In this article, I try to explore and offer some answers to this main question and its connected problems.

Keywords

Human Rights, Norms and Normative Texts or Sentences, Legal Rules, Legal Principles, Legal Interpretation.

¹ Este artículo fue publicado originalmente en italiano, en P. Ivaldi, L. Schiano di Pepe (eds.), *I diritti umani settant'anni dopo. L'attualità della Dichiarazione universale tra questioni irrisolte e nuove minacce*, Genova: GUP, 2019, pp. 33-43. Versión traducida por la autora.

² Investigadora postdoctoral en filosofía del derecho del Departamento de Derecho de la Universidad de Génova (Istituto Tarello per la filosofia del diritto), Italia. Correo electrónico: julieta.rabanos@giuri.unige.it; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0490-3779>.



1. Introducción

Los setenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), aniversario celebrado el pasado 10 de diciembre de 2018, son sin duda una ocasión importante para reflexionar acerca de los derechos humanos.

En este breve artículo, propongo una reflexión acerca del problema conceptual relativo a las disposiciones normativas que son utilizadas para reconocer y/o establecer³ derechos humanos. La pregunta puede ser formulada en estos términos: ¿qué tipo de normas expresan estas disposiciones? ¿Son reglas, principios o bien ambos, dependiendo de las circunstancias?⁴

La respuesta a esta pregunta implica dar solución a dos problemas diferentes. Por un lado, un problema conceptual: ¿qué tipo de teoría o de enfoque puede *dar mejor cuenta* de las normas de derechos humanos? ¿Cuál teoría o enfoque se adecúa mejor a su estructura, a sus condiciones,⁵ etc.? Por otro lado, un problema axiológico: ¿cómo *deberíamos considerar* a las normas de derechos humanos, a la luz de una determinada doctrina o ideología considerada la mejor o la más correcta?

En consideración de lo anterior, la estructura de este ensayo será la siguiente. En la sección 2 se efectuarán algunas distinciones conceptuales preliminares, necesarias para el desarrollo de la temática en objeto. La sección 3 ofrece una respuesta a la pregunta acerca de qué tipo de normas expresan las disposiciones normativas utilizadas para reconocer y/o establecer derechos humanos, tanto desde el punto de vista conceptual (punto 3.1) como desde el punto de vista axiológico (punto 3.2). La sección 4 está dedicada al modo en el cual sería posible resolver las tensiones identificadas en la sección precedente. Finalmente, la sección 5 contiene una breve conclusión acerca de las reflexiones realizadas en las secciones anteriores.

Una aclaración preliminar: en el ámbito de este ensayo, las nociones de ‘derechos humanos’ y ‘derechos fundamentales’ serán consideradas como expresiones sinónimas: por tanto, toda reflexión sobre ‘derechos fundamentales’ se entiende también hecha sobre ‘derechos humanos’, y viceversa.

2. Algunas distinciones conceptuales preliminares

2.1. Disposición normativa y norma

En el lenguaje de los juristas, a menudo se usa el término ‘norma’ para hacer referencia tanto a los enunciados de las fuentes del derecho como al significado de estos (Guastini, 2018, p. 77).

Sin embargo, enunciados y significados son dos cosas que bien pueden ser distinguidas. A tal fin, siguiendo a Guastini, “(i) denominaremos ‘disposición’ a todo enunciado normativo contenido en una fuente del derecho; y (ii) denominaremos ‘norma’ no al enunciado mismo, sino a su contenido de significado” (2018, p. 78). El pasaje de una disposición a una norma se realiza a través de la interpretación, siendo así ‘norma’ una “disposición *interpretada* y por tanto reformulada” (Guastini, 2018, p. 80).

³ En el presente trabajo, no deseo tomar posición en el debate acerca del estatus de los derechos humanos, como sería afirmar que estos preexisten a la promulgación de un *corpus* normativo que los contenga (viendo, así, a esta promulgación como un reconocimiento o descubrimiento de un *quid* preexistente, y no como creación) o afirmar que estos existen solo por el hecho de haber sido promulgados (viendo, así, la promulgación como la fuente de la creación de los derechos *ex nihilo*).

⁴ Es decir, según la interpretación dada a cada disposición, en sentido amplio, por el intérprete. Véase el punto 2 del presente trabajo.

⁵ Incluso si la pregunta se formula en estos términos, de todas formas, es cierto que tanto la estructura como las condiciones dependen de la teoría elegida. En el presente trabajo, he decidido formular una pregunta en estos términos por motivos de brevedad.

Las consideraciones anteriores nos permiten, en resumen, decir que: i) puede no existir una relación unívoca entre disposición y norma;⁶ ii) una misma disposición puede expresar más de una norma (conjunta o disyuntamente); y iii) no se puede hablar de normas sino como producto de una actividad interpretativa (Guastini, 2018, p. 80).⁷

2.2. Principios y reglas: sobre su posible diferenciación

Preguntarse si una norma es un principio y/o una regla presupone: i) sostener que tanto los principios como las reglas constituyen dos tipos de normas (Guastini, 2018, pp. 209-ss);⁸ y ii.1) sostener que existe una diferencia entre principios y reglas; y, en consecuencia, ii.2) rechazar la posición según la cual se niega que exista una diferencia tal (la así llamada tesis de la no diferenciación).⁹

En relación con la primera presuposición, hay un acuerdo general entre teóricos y juristas. No así, sin embargo, en relación con la segunda presuposición, principalmente en cuanto esta “distinción depende, evidentemente, de los conceptos empleados” y subsiste una pluralidad de definiciones diferentes sostenidas por distintos autores y juristas (Guastini, 2018, p. 208).

A grandes rasgos, entre aquellos que aceptan estos dos presupuestos, pueden identificarse dos tesis generalmente sostenidas: i) la tesis de la diferenciación fuerte, en adelante TDF (según la cual la diferencia entre reglas y principios es de tipo cualitativo y estructural); y ii) la tesis de la diferenciación débil, en adelante TDD (según la cual la diferencia es de tipo cuantitativo y gradual).¹⁰

2.2.1. La TDF

Para los autores que sostienen la TDF, los principios y las reglas son ontológicamente diferentes: son entidades cuyas características esenciales no coinciden, y que funcionan de modo diferente en el marco de la dinámica jurídica y del razonamiento jurídico (Dworkin, 1989, pp. 61-ss). En general, reconstruyen las diferencias entre principios y reglas en relación con:

- 1) El modo en el cual estos regulan las conductas¹¹ o son aplicados;¹²
- 2) En modo en el cual se determina su pertenencia a un sistema jurídico;¹³ y
- 3) El modo en el cual se resuelven los conflictos entre estos (regla-regla y principio-principio).¹⁴

⁶ El modo de entender esta relación depende de la teoría de la interpretación escogida y hecha propia. Cfr. por ejemplo, (Guastini, 2018, pp. 497-ss).

⁷ Aquí, la actividad interpretativa es considerada como una actividad de decisión sobre el significado, cuyo objeto es una disposición y cuyo resultado es una norma (Guastini, 2018, capítulo I). Sin embargo, según la teoría de la interpretación elegida, la actividad de interpretación puede ser considerada una actividad decisoria o una actividad de descubrimiento o conocimiento (Guastini, 2018, capítulo V, II).

⁸ Esto no significa necesariamente que estos dos tipos sean exhaustivos del conjunto de las normas. Cfr. (Comanducci, 1998, p. 90).

⁹ Que puede ser atribuida, al menos en algunas lecturas, a H. Kelsen. Cfr. (Alonso, 2010, p. 201). Véase la nota 16 para el problema de la derrotabilidad («*defeasibility*»).

¹⁰ El mismo Alexy afirma que existen tres tesis: i) no diferenciación por no posibilidad de distinguir entre estos; ii) diferenciación de grado; iii) diferenciación cualitativa (1993, p. 85). Cfr. (Alonso, 2010; Comanducci, 1998).

¹¹ Cfr. J.P. Alonso (2010, p. 202), siguiendo a R. Dworkin (1989, pp. 61-ss).

¹² Cfr. (Alexy, 1993, pp. 98–101). Este autor también agrega una diferencia en cuanto al «diferente carácter *prima facie*» de las reglas y de los principios, criticando a Dworkin.

¹³ Cfr. J.P. Alonso (2010, p. 202), siguiendo a R. Dworkin (1989, pp. 61-ss).

¹⁴ Cfr. (Alexy, 1993, pp. 87–98).

Alexy, por ejemplo,¹⁵ sostiene que: a) las reglas son órdenes definitivas y los principios son mandatos de optimización; b) las reglas se aplican *a-todo-o-nada*; los principios se aplican gradualmente, según consideraciones relativas a las posibilidades factuales y normativas; y c) en los conflictos regla-regla, o se introduce una excepción implícita a una de estas o se declara su invalidez; en los conflictos principio-principio, la solución es utilizar la técnica de la ponderación (Alexy, 2010, pp. 21–23). Dworkin, el primer exponente de esta tesis, está de acuerdo: solo hace mayor hincapié en las diferencias estructurales entre reglas y principios, y afirma que la solución a los conflictos principio-principio debe obtenerse tomando en consideración aquello que es requerido por razones de tipo moral (Alexy, 2010, p. 23; Dworkin, 1989, pp. 61-ss).

2.2.2. La TDD

Los autores que sostienen la TDD critican a la TDF bajo diversos aspectos. Fundamentalmente, sostienen que los principios y las reglas no tienen una calidad, estructura u ontología diferente sino que comparten las mismas características, aunque: i) las tengan en diferente grado y/o ii) cumplan funciones diferentes en el marco del sistema jurídico.

En general, la característica que consideran común, pero presente en diferente grado, es la especificidad o determinación de cada norma. En este sentido, sostienen que las reglas y los principios tienen la misma estructura lógica:¹⁶ ambos son enunciados que correlacionan un antecedente con un consecuente.¹⁷ La diferencia residiría entonces en el hecho de que, mientras que las reglas tienen antecedentes y consecuentes muy precisos (“cerrados”), los principios tienen antecedentes y consecuentes muy vagos e indeterminados (“abiertos”), a partir de los cuales no pueden identificarse *prima facie* ni los casos en los cuales estos se aplican ni las soluciones normativas concretas para estos.¹⁸

Así, puede decirse que la TDD sostiene que:

- 1) Principios y reglas no son ontológicamente diferentes;
- 2) Principios y reglas tienen la misma estructura lógica, y las diferencias son relacionales y/o graduales; y
- 3) El hecho de que una norma sea un principio o una regla es meramente contingente, y depende de una decisión del juez o del intérprete; en otras palabras, sostiene que es falso que una norma sea, original y netamente, una regla o un principio (Comanducci, 1998, p. 94).

Los principios aparecen, por tanto, como normas más genéricas, indeterminadas y/o jerárquicamente superiores en relación con las reglas. Por ejemplo, C. Alchourrón y E. Bulygin sostienen que los principios son simplemente generalizaciones obtenidas a partir de un conjunto de reglas (Alchourrón & Bulygin, 2015, pp. 123–124). P. Comanducci, por otra parte, sostiene que la diferencia es relacional y jerárquica: en un determinado momento, una norma superior N1 puede ser configurada como principio respecto a normas inferiores,

¹⁵ Para una mirada de otros autores que sostienen la TDF, pero con una definición tripartita, cfr. (Atienza & Ruiz Manero, 2007).

¹⁶ Normas hipotéticas.

¹⁷ El antecedente es un conjunto de propiedades relevantes, cuyo acaecimiento es necesario para volver aplicable una norma; el consecuente es, en cambio, la consecuencia normativa que debe seguirse una vez acaecido el antecedente.

¹⁸ Un problema particular es el de la derrotabilidad («defeasibility») de las reglas, i.e. que estas puedan no ser aplicables a un caso concreto por excepciones no explicitadas en sus antecedentes. Si se admite la derrotabilidad de las reglas, entonces la idea del antecedente cerrado como diferencia entre reglas y principios parece caer. Abordaré esta problemática en otra sede, limitándome aquí a señalar su existencia. Para una síntesis de esta problemática, cfr. (Alonso, 2010, pp. 211–213).

configuradas como reglas; pero, en otro momento, N1 puede ser configurada como regla respecto de una norma N2 superior a esta (Comanducci, 1998, pp. 97-ss).

3. Normas de derechos humanos: ¿principios o reglas?

3.1. La teoría: ¿reconstrucción como principios o reglas?

3.1.1. Rechazo de la TDF

Comparto la opinión¹⁹ de aquellos que sostienen que la TDF debe ser, por razones conceptuales, rechazada.²⁰ Y esto, sobre todo, por dos motivos: por un lado, por aquello que la TDF asume respecto de la naturaleza de las normas; por el otro, por las tesis que la TDF contiene acerca del modo de aplicación de reglas y principios.

En relación con el primer motivo, concuerdo con Comanducci cuando señala que el considerar a la TDF como una tesis teórica no parece superar el test de verificación empírica, respecto de las características atribuidas a los principios y a las reglas (Comanducci, 1998, p. 95). Además, el mismo test de verificación empírica podría también mostrar que la “identificación” de una norma como regla o principio depende de la práctica de una comunidad jurídica de referencia. Allí, de forma contingente, puede existir una práctica establecida y aceptada de identificar a las normas (por ejemplo) sobre derechos humanos como principios. Sin embargo, nada impide –jurídicamente, como mínimo, pero sin duda también socialmente– que en el futuro esta práctica pueda cambiar.

En relación con el segundo motivo, hay dos críticas fuertes relacionadas con el modo de aplicación de reglas y principios: 1) no es verdad que, en un conflicto regla-regla, necesariamente se deba declarar la invalidez de una de estas; y 2) es incompatible afirmar que i) las reglas tengan una aplicación *a-todo-o-nada* (conociéndose desde el inicio, por tanto, todas sus posibles excepciones) y que, al mismo tiempo, ii) las reglas puedan ser “excepcionadas” por los principios (de los cuales no se conocen *ab origine* todas las excepciones posibles).²¹

Por estos dos motivos, entiendo que las TDD permiten entender mejor el fenómeno de las normas en general, y de las normas de derechos humanos en particular, especialmente en lo que respecta a las diversas dificultades relacionadas con su aplicación e interpretación, además de su uso en el razonamiento jurídico.²²

3.1.2. La estructura lógica de los derechos humanos

Ahora bien, se puede decir que generalmente las normas de derechos humanos son consideradas como principios por dos razones: 1) la indeterminación que las caracteriza; y 2) el rol que cumplen en el razonamiento jurídico (un rol “fundamental”).²³

En relación con el antecedente, la mayor parte de los derechos humanos, así como han sido positivizados, no identifica precisamente los casos a los cuales se aplican: esto es, tienen un antecedente abierto. De esta forma, dejan al intérprete la decisión de si,

¹⁹ Sostenida, por ejemplo, por P. Comanducci (1998) y J.P. Alonso (2010).

²⁰ Por razones de espacio, aquí sostendré de modo axiomático el rechazo de la posición de la no diferenciación.

²¹ Cfr. (Alonso, 2010, p. 175), citando a J.C. Bayón (1991).

²² Esta también es la opinión de P. Comanducci (1998). Hacer propia esta posición, sin embargo, no significa afirmar sin más que los derechos humanos sean principios y no reglas: significa solamente afirmar que una TDD permite hacer un mejor análisis del estatus de los derechos humanos (en particular, si estos deban ser considerados principios o reglas), también considerando las características particulares que normalmente se atribuyen a estas normas.

²³ De hecho, estas dos características son aquellas identificadas por R. Guastini en su caracterización de los principios. Cfr. (Guastini, 2018, p. 218).

en un determinado caso específico, se encuentran o no presentes las propiedades relevantes necesarias para volver invocable al derecho humano en análisis.²⁴

En relación con el consecuente, sin embargo, este generalmente no es completamente indeterminado:²⁵ adscribe consecuencias normativas del tipo “facultativo *X*” o “obligatorio proveer *X*” o “prohibido interferir en *X*”. Estas consecuencias pueden ser indeterminadas en relación con cuáles sean las conductas que deben ser materialmente realizadas (para proveer o para no interferir), pero no son igualmente indeterminadas en relación con la obligación o la prohibición dispuestas.

En definitiva, es posible afirmar que, si se conciben a las normas de derechos humanos como principios, su estructura sería antecedente abierto/consecuente cerrado.²⁶

3.2. Más allá de la teoría: ¿cómo considerar a las normas de derechos humanos?

Dar una respuesta a esta pregunta tiene mucho que ver con, por ejemplo, consideraciones ideológicas (Alexy, 2010, p. 21). La elección entre considerar las normas de los derechos humanos²⁷ como reglas, como principios, o como ambos, se transforma de una cuestión de hechos –como *pueden* ser entendidos los derechos humanos– a una cuestión de valores –como *deben* ser entendidos, según la función que estén llamados a desempeñar en el ámbito del derecho, según una determinada ideología–.

Considerar a los derechos humanos como reglas implica concebir a los tratados en materia de derechos humanos como espacios rígidos pero delimitados, un ámbito reservado (*coto vedado*)²⁸ en el cual los derechos humanos se consideran atrincherados, para su protección. Las condiciones de aplicación son muy claras y no extensibles, y las consecuencias normativas son fácilmente identificables para todos los casos allí comprendidos. En este sentido, los derechos humanos funcionarían de modo *todo-o-nada*: una vez identificado un caso susceptible de ser subsumido en alguno de estos derechos, la norma correspondiente sería aplicada sin considerar otras circunstancias factuales o normativas. Cualquier otro caso, no subsumible, no podría dar lugar a la aplicación de estas normas ni, por tanto, de los derechos humanos. De esta manera, los derechos humanos podrían ser considerados como derechos en sentido “estándar”, esto es, algo que puede reivindicarse, pues la determinación de su contenido no sería (completamente) dependiente de la voluntad del intérprete.

La concepción (o modelo) de los derechos humanos como reglas, en principio, parecería tener dos problemas. Por un lado, la así llamada aplicación *todo-o-nada* implicaría la realización de una ponderación preliminar, así como sucede cuando los derechos humanos son considerados principios (y, por tanto, concretizados para poder ser aplicados). Por otro lado, e incluso si se rechaza la conclusión precedente relativa a la ponderación preliminar, permanece la circunstancia de que las normas de derechos humanos son el producto de una actividad interpretativa: y, por lo tanto, dependientes de un acto de decisión del juez/intérprete.

²⁴ Aceptando que sea necesario concretizar los principios antes de su aplicación, puede afirmarse que el intérprete tiene que tomar dos decisiones: la primera en relación con las propiedades relevantes que componen el antecedente (para así “cerrarlo” y establecer el caso genérico de la norma); la segunda, en relación con el juicio positivo o negativo de subsunción del caso particular en el caso genérico. Sobre la concretización de los principios, véase el punto 4 del presente trabajo.

²⁵ Acerca de esta línea de pensamiento, cfr. (Atienza & Ruiz Manero, 2007).

²⁶ (Atienza & Ruiz Manero, 2007).

²⁷ En adelante, por cuestiones de brevedad, abreviaré la expresión y usaré “derechos humanos” para referirme tanto a la noción en abstracto como a las normas de derechos humanos en concreto.

²⁸ Utilizando terminología de E. Garzón Valdés. Para un desarrollo de este concepto específico, véanse por ejemplo (Garzón Valdés, 1989, 2000).

Considerar a los derechos humanos como principios, en cambio, delinea un modelo más cercano a las doctrinas del neoconstitucionalismo (Pietro Sanchís, 2004), en las cuales los tratados de derechos humanos no son simplemente *corpus* normativos aislados de los diferentes sistemas jurídicos y/o colocados en una posición jerárquica superior y aislada. En realidad, según esta perspectiva, estos derechos-principios atraviesan transversalmente a todas las normas, *constitucionalizando* el sistema y los contenidos jurídicos, además de la interpretación que se haga de estos. La caracterización de los derechos humanos como principios volvería así posible su así llamado *efecto horizontal*: esto es, que puedan ser usados en cada parte del sistema jurídico de referencia, como máxima de interpretación de todas las relaciones allí contenidas. Los conflictos no serían una cuestión de *aplicación-o-no* drástica, sino de ponderación.

Sin embargo, esta segunda concepción no está exenta de problemas. El problema más evidente es el hecho de que, considerados como principios (cuyo antecedente, así, no es preciso), los derechos humanos no podrían –en cuanto tales– formar parte del razonamiento judicial, entendido como silogismo.²⁹ Para superar tal obstáculo, hay al menos dos alternativas: o bien los derechos humanos son entendidos como “guías interpretativas” para elegir una determinada regla³⁰ que cumpla la función de premisa mayor del razonamiento; o bien se recurre a la “transformación” de los principios en reglas, es decir, una “transformación” que los vuelva más específicos o más concretos.

Cualquiera de las alternativas precedentes podrían sin embargo, según algunos autores, abrir la puerta a la discrecionalidad judicial en sentido fuerte,³¹ a la arbitrariedad y/o volvería imposible el control racional de las decisiones de los tribunales (Moreso, 2006); y todo esto podría resultar claramente dañoso en lo que respecta a la protección y garantía de los derechos humanos.

4. Una vía intermedia: principios entre concretización y regularización

4.1. Concretización

Como fue dicho anteriormente, es posible afirmar que los derechos humanos son principios que, sin embargo, para poder ser considerados como aplicables a un caso, deben ser “especificados” o “concretizados” (ya sea por el legislador infra-constitucional como por el juez al momento de la decisión). Esto en cuanto su indeterminación –especialmente, aquella de su antecedente– no les permite funcionar como premisa normativa de un razonamiento judicial (Guastini, 2018, p. 244).

Esto es particularmente evidente no sólo en el ámbito internacional, con los diferentes tratados de derechos humanos (como la DUDH), sino también en el ámbito nacional, con las diversas normas constitucionales que establecen derechos fundamentales. En este caso, «los casos genéricos que regulan son necesariamente muy amplios y, por lo tanto, la reconstrucción –el paso de los principios a las reglas– se hace imprescindible» (Moreso, 2006, p. 25).

La concretización de un principio “es un razonamiento –usualmente, no deductivo y, por ende, no vinculante– que (a) tiene entre sus premisas al principio en cuestión y (b) tiene como conclusión una regla (inexpresa)” (Guastini, 2018, p. 247). Esta regla inexpresa, que

²⁹ Sobre el razonamiento judicial, véase la bibliografía citada en (Guastini, 2018, p. 283, nota 12).

³⁰ Se hace aquí referencia a ‘regla’ en sentido estricto, y no a ‘regulación’ en sentido amplio, porque el punto es señalar que solo las reglas así entendidas pueden ser utilizadas como premisas mayores/premisas normativas de un razonamiento de este tipo.

³¹ Según la terminología de R. Dworkin; cfr. (Dworkin, 1989, pp. 61-ss).

tiene un antecedente relativamente determinado o cerrado, será adecuada para ser utilizada como premisa normativa en un razonamiento judicial.

En el caso en el cual haya un conflicto entre principios, este razonamiento incluirá una ponderación –la fijación, esto es, de una jerarquía entre estos, que permita aplicar uno y no el otro– cuya conclusión será, justamente, una regla inexpressa. El método consta de tres pasos:

- 1) Realizar una ponderación (esto es, fijar una jerarquía);
- 2) Extraer de esta ponderación una regla (inexpresa); y
- 3) Evaluar la posible subsunción del caso particular en análisis en la regla obtenida en el paso 2.³²

Sin embargo, dado el carácter que generalmente se les atribuye a las jerarquías producidas con tal ponderación –esto es, carácter axiológico y móvil–, y dada la caracterización que se puede hacer de tales conflictos entre principios –antinomias en concreto de tipo parcial bilateral–, esta regla inexpressa resultante podría ser considerada como adecuada para regular únicamente ese caso particular en análisis (Guastini, 2018, pp. 249–250). Esto significaría adoptar una concepción particularista y, en este sentido, puede dudarse de su idoneidad para afrontar las críticas desarrolladas en el punto 3.2.

4.2. Regularización

Una forma posible de reducir este particularismo señalado en los casos de conflictos entre principios es a través de la así llamada “regularización” (Moreso, 2006, p. 22).

La “regularización” tiene tres diferencias importantes con respecto al método anterior: i) no considera a la jerarquía establecida por la ponderación como completamente “móvil”, ya que ii) la regla inexpressa resultante debe ser precisa, es decir, tener antecedente y consecuente claros y cerrados (debe, por tanto, seleccionar todas las propiedades relevantes que estructuran el ámbito normativo del supuesto de hecho o caso); y, en consecuencia, iii) luego de un caso donde se haya seguido el método mencionado y, por tanto, haya sido establecida una regla, el nuevo caso en análisis no debe ser considerado como implicando un conflicto entre principios –el cual requeriría una nueva ponderación– sino como un caso regulado por esta regla.³³

De esta forma, la regularización transforma también el análisis: de una concepción particularista a una concepción más sustantiva o universalista (Moreso, 2006, p. 24), manteniendo la idea de que las normas de derechos humanos sean consideradas principios y, al mismo tiempo, reduciendo las críticas señaladas en el punto 3.2.

5. Conclusión

El presente artículo ha analizado brevemente las normas de derechos humanos y, principalmente: 1) las nociones de regla y de principio; 2) las evaluaciones que considero que se encuentran subyacentes a una y otro, junto con sus correspondientes problemas y críticas. Finalmente, ha sido propuesto un modo posible de volver compatibles: i) la visión de las normas de derechos humanos como principios (siendo así indeterminadas y fundamentales); ii) una concepción no (completamente) particularista de los principios y, por tanto, de los

³² Este último paso es la continuación del razonamiento: los pasos 1 y 2 se refieren a la elección de la premisa mayor.

³³ A menos que no se sostenga que haya una propiedad relevante previamente no considerada como tal y, por tanto, que la regla ya obtenida no deba ser aplicada: es decir, que exista una laguna axiológica. Cfr. (Alchourrón & Bulygin, 2015, pp. 157-ss). Sin embargo, tal conclusión debe ser justificada por el juez.

derechos humanos así considerados; y iii) la atenuación de aquellos elementos que pueden resultar dañosos para la protección y garantía los derechos humanos.

Adoptar esta posición, como he sostenido arriba, volvería posible, por un lado, ilustrar más adecuadamente aquello que sucede en la práctica jurídica. Por el otro, permite realizar un análisis racional más preciso y profundizado en relación con las decisiones judiciales que tienen como objeto uno de estos derechos, para poder así garantizar –de la forma más amplia e igualitaria posible– los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C. E., & Bulygin, Eugenio. (2015). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (2da ed.). Astrea.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés, Trans.). Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2010). The Construction of Constitutional Rights. *Law and Ethics of Human Rights*, 4(1), 21–32. <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1042>
- Alonso, J. P. (2010). *Interpretación de las normas y derecho penal* (1st ed.). Editores del Puerto.
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2007). *Las Piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel.
- Bayón Mohino, J. C. (1991). *La Normatividad del derecho: Deber jurídico y razones para la acción*. Centro de estudios constitucionales.
- Comanducci, P. (1998). Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21-v2, 89–104. <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.07>
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del «coto vedado». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6, 209. <https://doi.org/10.14198/DOXA1989.6.12>
- Garzón Valdés, E. (2000). El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías. *Isonomía*, 12, 7–34. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n12/1405-0218-is-12-00007.pdf>
- Guastini, R. (2018). *Interpretar y argumentar*. Ediciones Legales.
- Moreso, J. J. (2006). Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales. *Revista Direito GV*, 2 (2), 13–30. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35139/33908>
- Pietro Sanchís, L. (2004). El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71, 47–72. <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/48325>

Convenciones, tratados y conferencias

ONU (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos: DUDH*. Adoptada y proclamada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.

EL PRINCIPIO *QUIEN CONTAMINA PAGA* APLICADO A LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS DEL ECUADOR, ¿ES EFICAZ?

The “Polluter Pays” Principle Applied to Micro, Small and Medium Enterprises in Ecuador, is it Efficient?

MANUELA CÁRDENAS CIFUENTES¹

JOSÉ GABRIEL CORNEJO RAMÓN²

Investigadores independientes, Ecuador

Resumen

Uno de los pilares que conforman el derecho ambiental es el conocido principio *quien contamina paga*, que en el derecho nacional se encuentra favorecido por la Constitución (dada su concepción biocéntrica del derecho), explicitado en el Código Orgánico del Ambiente y desarrollado por normas de inferior categoría en el ordenamiento jurídico. En la presente investigación se examina la finalidad de este principio, y su incorporación en la legislación nacional. Adicionalmente, se determina qué es lo que se entiende por micro, pequeñas y medianas empresas. El objetivo del artículo consiste en analizar la conveniencia de la aplicación del principio *quien contamina paga* aplicado a las MIPYMES del Ecuador. Estas se han visto afectadas por la aplicación de este principio a causa de la falta de recursos económicos y técnicos que las caracteriza, generándose así un problema tanto para dichas empresas como para la eficacia de la norma. Para este fin, se realizará un análisis general de la situación de estas empresas en el Ecuador y también, sobre su posición frente a las exigencias de la legislación ambiental ecuatoriana y la aplicabilidad del principio *quien contamina paga*.

Palabras clave

Contaminación, principio *quien contamina paga*, gestión ambiental, legislación ambiental, MIPYMES.

Abstract

One of the foundations of environmental law is the well-known “polluter pays” principle. In the national legal system, this principle is favored by the Constitution (given its biocentric conception of law), also recognized in the *Código Orgánico del Ambiente*, and developed by rules of inferior hierarchy. This research examines the purpose of this principle, and its incorporation into national legislation. Additionally, it determines what is meant by micro, small and medium-sized enterprises (MSME’s). The objective of the article is to analyze the convenience of applying the “polluter pays” principle to MSME’s in Ecuador. These have been affected by the application of this principle due to the lack of economic and technical resources that characterizes them, thus generating a problem both for these companies and for the effectiveness of the norm. To this end, a general analysis of the situation of

¹ Abogada por la Universidad San Francisco de Quito, Editora Asociada de USFQ Law Review. Correo electrónico: manucardenas818@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8696-8412>.

² Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, asistente de cátedra de Derecho Constitucional. Correo electrónico: jgcornejo96@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8839-4507>.



these companies in Ecuador will be carried out, as well as their position in relation to the requirements of Ecuadorian environmental legislation and the applicability of the “polluter pays” principle.

Keywords

Pollution, “Polluter Pays” Principle, Environmental Management System, Environmental Legislation, MSME’s.

1. Introducción

Dentro de los principios rectores de la legislación ambiental en varios países del mundo, se encuentra el principio *quien contamina paga*. Dicho principio exige que las industrias incorporen a sus costos de producción todas las medidas necesarias para evitar, prevenir o reducir la contaminación. La preservación, como técnica para tutelar al ambiente, involucra un grado de tolerancia muy reducido en cuanto a la permisividad de actividades que puedan contaminar el ambiente (Pastorino, 2005, pp. 21-22). Es por esta razón, que los estándares de protección, precaución y cuidado deben ser mayores y más estrictos, porque el principio *quien contamina paga* lo amerita y exige. Tanto el Código Orgánico del Ambiente en su artículo 243, como su Reglamento en el artículo 667, incluyen normas que fomentan buenas prácticas ambientales en las fases de producción y consumo de bienes y servicios para prevenir, en el mayor grado posible, el daño al ambiente. Ambos artículos son importantes porque enfatizan en la necesidad de contar con patrones de producción y consumo que reduzcan el impacto ambiental negativo acostumbrado. En esta tarea de reducción, la Autoridad Ambiental Nacional tiene un papel protagónico, ya que además de establecer los lineamientos para un consumo y producción sostenibles y amigables, hace un seguimiento a dichas prácticas. Cabe recalcar que los artículos no solo se enfocan en el aspecto regulatorio, puesto que el último inciso del artículo 243 del Código Orgánico del Ambiente, prescribe que al implementar patrones responsables se recompensará con el otorgamiento de sellos verdes o certificados, para impulsar y fomentar de esa manera, un mejor y mayor cuidado del medioambiente.

En consecuencia, la aplicación de este principio es vital tanto para grandes como micro, pequeñas y medianas empresas (en adelante MIPYMES), porque abarca aspectos adicionales a lo regulatorio, ya que involucra incentivos y beneficios que tienen como consecuencia un mejor posicionamiento en el mercado. Si bien esto tiene por objeto un beneficio socioambiental y económico, la falta de una cultura eco-amigable y de presupuestos dirigidos exclusivamente al cuidado del ambiente, en especial dentro de las micro, pequeñas y medianas empresas, ocasiona un conflicto en el desarrollo de sus actividades productivas. Este tipo de industrias quedan expuestas a una posición de vulnerabilidad, debido a que sus presupuestos son limitados, y no les permiten contar con buenos sistemas de gestión ambiental que favorezcan la aplicabilidad del principio.

El problema jurídico planteado, radica en un análisis sobre cuán eficiente resulta ser el principio *quien contamina paga* para disuadir a micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES), a que no contaminen y generen una huella ecológica negativa.³ Para ejemplificar la problemática, algunas situaciones que las empresas enfrentan son: 1) insuficiente conocimiento técnico de las normas; 2) dificultad de contar con buenos programas para

³ En consideración al lector, se manifiesta que el presente artículo es tan solo una aproximación preliminar y modesta para analizar la problemática planteada. En ese sentido, quedan caminos por recorrer y materias por ahondar en futuras investigaciones. Se espera que este trabajo sirva como una base para ulteriores consultas.

el manejo de desechos; 3) carencia de sistemas de tratamiento de aguas residuales; entre otros. Esto se evidencia, *i.e.*, en las plantas procesadoras de alimentos, las cuales necesitan contar con instalaciones capaces de gestionar una adecuada disposición final de aguas negras y efluentes industriales; al tiempo que los sistemas diseñados para el efecto deben prevenir la contaminación de los cuerpos receptores, conforme lo exige la normativa técnica vigente, contemplada en la Resolución No. 67 de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA). Sin embargo, en la práctica las empresas no siempre dan cumplimiento a estos requisitos a causa de las dificultades antes mencionadas.

Con respecto a la metodología, el presente trabajo incorpora diferentes técnicas de investigación científica. Se utiliza, el método analítico para exponer el significado de los conceptos de derecho ambiental que se manejan a lo largo del artículo. De manera paralela, se recurre al uso del método teórico, por cuanto permite examinar el objeto y alcance tanto de instituciones como de principios jurídicos claves en el fenómeno ambiental. Además, la metodología normativa es un requisito *sine qua non* para analizar un marco jurídico, como sucede en este caso. Finalmente, en virtud del problema abordado, se recurre al método crítico.

Para aproximarse al problema jurídico planteado, la investigación se centra en: primero, otorgar una breve contextualización de los principios del Derecho ambiental (sec. 2); segundo, determinar el contenido del principio *quien contamina paga*, así como su evolución histórica en el ámbito internacional (sec. 3.1); tercero, un recorrido por la normativa nacional en referencia a este principio, donde se hace un análisis dentro del marco constitucional que reconoce los derechos de la naturaleza (sec. 3.2); cuarto, un abordaje de las características de las MIPYMES (sec. 4.1), y su situación frente al derecho ambiental nacional (sec. 4.2); finalmente, la exposición de conclusiones acerca de la ineficacia del principio *quien contamina paga* aplicado a las MIPYMES en el Ecuador, y la necesidad de fortalecer ciertos aspectos complementarios a la esfera jurídica ambiental.

2. Sobre los principios del derecho ambiental

De acuerdo con Ricardo Lorenzetti, autor del libro Principios e instituciones de Derecho Ambiental, un principio es un enunciado normativo general que no define un supuesto de hecho, puesto que “constituye un mandato para la realización de un valor en su nivel óptimo” (2019, p. 118). Por otro lado, para Robert Alexy, los principios son disposiciones que mandan realizar algo en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes (Zárate, 2016).

El derecho ambiental cuenta con una extensa lista de principios autónomos. A continuación, se presentarán los más relevantes en el contexto ecuatoriano. La Constitución de 2008, señala al menos los siguientes: conservación o preservación (art. 71), sustentabilidad (art. 395.1), transversalidad de las políticas ambientales (art. 395.2), participación (art. 395.3), *in dubio pro natura* (art. 395.4), responsabilidad (art. 396), precaución (art. 396), restauración (art. 397) y prevención (art. 397.2).⁴

Adicionalmente, la doctrina considera como principios informadores del derecho ambiental, los siguientes: congruencia, progresividad, subsidiariedad, equidad intergeneracional, solidaridad y cooperación (Lorenzetti, 2016, p. 115). Los principios de derecho ambiental funcionan para cumplir objetivos como: 1) colmar lagunas dentro del ordenamiento; 2) servir como guía para el legislador al momento de crear normas; 3) aclarar dudas presentes en disposiciones legales; 4) delimitar acciones permitidas tanto en el ámbito

⁴ Para una lista extensiva de principios informadores del derecho ambiental, se recomienda dirigirse a la Decisión V/6 de la Convención de Diversidad Biológica.

judicial como en el legislativo; y, finalmente, 5) para darle un sentido al ordenamiento jurídico especializado en la materia (2016, pp. 124 - 125).

3. El principio *quien contamina paga*

3.1. Noción básica y antecedentes históricos

El principio *quien contamina paga* tiene un papel principal en la doctrina y legislación del derecho ambiental. Históricamente, su primera aparición notoria tuvo lugar en Founex-Suiza en el año 1971. En ese entonces, se llevó a cabo una reunión de expertos convocados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), quienes, preocupados por la situación ambiental de la época, elaboraron el Informe Founex, con el fin de contribuir al diálogo y sana convivencia del ser humano con el medioambiente. Dicho Informe establecía lo siguiente respecto al principio *quien contamina paga*:

La idea fundamental del cálculo de los costos sociales es la de hacer que la empresa asuma una responsabilidad al respecto del medio frente a la sociedad en general. La sociedad sufre cuando una determinada entidad no asume todos los costos sociales que origina. En el caso de una empresa, el medioambiente es un bien sin costo que puede ser explotado y contaminado a voluntad por la rápida obtención de utilidades máximas o cuotas de producción planeadas de antemano. Para la sociedad en conjunto, el medioambiente es parte de su patrimonio y no puede ser tratado como si fuera un recurso de libre disponibilidad. Esta es la razón de que el análisis original de costos-beneficios sea insuficiente [...] Un individuo puede prescindir de estos costos, pero la totalidad de la sociedad no puede hacerlo, y le asiste todo derecho en insistir que se calculen cuidadosamente estos costos y que se adopten decisiones deliberadas sobre quién debe pagarlos y en qué proporción (Informe Founex, 1971, Consideración No. 3.7).

La noción del Informe se dirige clara y directamente a las empresas respecto de las actividades que estas realizan. En su afán de proteger al ambiente, el Informe recalca que las empresas no pueden contaminar el medioambiente indiscriminadamente, puesto que, si se siguen permitiendo prácticas contaminantes no reguladas, seguirán surgiendo costos que reflejarán el perjuicio socioambiental.

Un año después de la reunión de expertos de Founex de 1971, se convocó a la Conferencia de Estocolmo, de la cual surgió la *Declaración de Estocolmo* que contiene 26 principios para que las sociedades trabajen conjuntamente en beneficio del medioambiente. El principio número 22 de dicha Declaración determina:

Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción (Declaración de Estocolmo, 1972).

Dicho principio no se dirige específicamente a las empresas, como sucedía con el Informe Founex de 1971. Sin embargo, sí especifica y hace énfasis en la necesidad de contar con políticas estatales claras, a fin de poder establecer responsables frente a la contaminación y daño ambiental, para, finalmente, indemnizar a las víctimas. Adicionalmente, en el ámbito internacional, el Principio 13 de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* del año 1992, remarca la importancia del principio *quien contamina paga*, al establecer para los Estados la obligación de adecuar el ordenamiento jurídico nacional de acuerdo con

los parámetros de responsabilidad e indemnización a víctimas de contaminación y daños ambientales. De igual manera, la Declaración insta a los Estados a colaborar activamente para elaborar normas internacionales sobre dicha materia.

Si bien es muy similar al Principio número 22 de la *Declaración de Estocolmo de 1972*, el Principio número 13 de la *Declaración de Río de 1992*, otorga igual o mayor importancia a la legislación nacional de cada país en miras de ampliar y mejorar su desarrollo normativo. De esta manera, se pretende minimizar el daño ambiental y facilitar la posterior determinación de responsabilidades, así como la futura indemnización o compensación de quienes resultaron afectados en sus derechos.

Desde un punto de vista económico, encontramos distintas aproximaciones frente al principio *quien contamina paga*. En la Cumbre de Johannesburgo del año 2002 se hace referencia a dicho principio, pero no de forma implícita, sino vinculándolo a una norma internacional, según la cual, un Estado se obliga voluntariamente a asumir los costos ambientales derivados de la producción de determinados bienes. De igual manera, resulta pertinente destacar que el principio *quien contamina paga* no siempre ha tenido por objeto principal la preservación del medioambiente puesto que también busca el “impedir la competencia desleal entre empresas de países diferentes” (Pérez, 2008, p.76). Se busca evitar esta práctica al tratar, en lo posible, de no distorsionar el mercado, el comercio, o las inversiones internacionales para que los operadores económicos no puedan hacer uso de prácticas generadoras de distorsión de las normas del mercado.

3.2. El principio en la normativa nacional⁵

El Código Orgánico del Ambiente, publicado en el año 2017, contempla este principio en el artículo 9 numeral cuarto, que prescribe:

Art. 9.- Principios ambientales [...]

4. El que contamina paga. Quien realice o promueva una actividad que contamine o que lo haga en el futuro, deberá incorporar a sus costos de producción todas las medidas necesarias para prevenirla, evitarla o reducirla. Asimismo, quien contamine estará obligado a la reparación integral⁶ y la indemnización a los perjudicados, adoptando medidas de compensación a las poblaciones afectadas y al pago de las sanciones que correspondan. [...]

En el Ecuador, el enfoque de las normas relativas al medio ambiente debe examinarse bajo la lupa que nos proporciona la Constitución Política de 2008. El artículo 10 prescribe: “[...] La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. Sin duda, el fin último que se persigue al modificar la calidad de la naturaleza, de objeto de derechos a sujeto de derechos, es un reflejo de la necesidad de preservar y mantener la integridad del medioambiente y todos los elementos que lo conforman. Adicionalmente, al incluir a la naturaleza como sujeto de derechos, no solo se busca su preservación y mantenimiento;

⁵ Es importante señalar que el derecho ambiental ha tenido un desarrollo preminentemente convencional y comunitario. Ha sido en un segundo momento en el cual los Estados han incorporado normativa ambiental en su legislación interna. Sin embargo, para efectos de esta investigación, resulta conveniente acudir inmediatamente a la normativa ecuatoriana -sin perjuicio de que en el capítulo 3.1 se hace referencia, de todos modos, al Principio “quien contamina paga” en el marco internacional-, puesto que la autoridad ambiental nacional se rige a partir de estas disposiciones. No obstante, cabe recalcar que, en materia ambiental, el derecho interno se ha formado en parte a causa de la influencia de normas supranacionales.

⁶ La conservación y la reparación integral son aspectos clave con relación al Principio “quien contamina paga”. De hecho, la finalidad negativa de este (porque obliga a una conducta de abstención) es precisamente la de conservar la naturaleza, mientras que su finalidad positiva (porque obliga a una prestación) es la de reparar el daño que ha sido causado.

se pretende también generar la noción de que, frente al daño ambiental, el causante tiene responsabilidades y obligaciones de reparación y regeneración (Parraguez, 2015, p. 51). Como bien observa Farith Simon, el enfoque jurídico con el que en Ecuador se trata a la naturaleza apunta a que “la ‘armonía con la naturaleza’ es un elemento de una nueva forma de ‘convivencia ciudadana’, condición necesaria para alcanzar el ‘buen vivir’ o ‘sumak kawsay’, uno de los ejes de la Constitución del 2008” (2013, p.12). Dicho eje está reflejado en el artículo 14 de la Constitución, el cual, resumido de manera breve, prescribe que las personas son titulares del derecho a vivir en un ambiente sano. No obstante, así como las personas tienen ese derecho, es también suya la obligación de conservar y preservar el medioambiente y, en caso de daño, recuperar y reintegrar el equilibrio de la naturaleza, según el precepto 10 del mismo texto constitucional.

Es así, que en nuestra legislación el principio *quien contamina paga* no nace únicamente del antropocentrismo,⁷ en donde “todas las medidas y valoraciones parten del ser humano, y los demás objetos y seres son medios para sus fines” (Gudynas, 2011, p.270). Por el contrario, el principio *quien contamina paga* tiene también una inspiración eco-céntrica, cuyo enfoque y punto de partida es el medioambiente y su protección. De esta manera, el principio pretende funcionar como un mecanismo disuasivo hacia los sujetos, en especial empresas cuya actividad productiva puede poner en riesgo al entorno ambiental, para que sean responsables en el manejo de labores potencialmente contaminadoras y eviten ser causantes de daño.

Finalmente, en el año 2018, entró en vigor en la legislación ecuatoriana el Código Orgánico del Ambiente, que busca fortalecer el derecho ambiental haciendo que este se integre en un solo cuerpo, prevaleciendo así por sobre las leyes ordinarias. Como se mencionó, la norma sobre *quien contamina paga* se encuentra recogida en el artículo 9 numeral cuarto, dentro del Título II, sobre los Derechos, Deberes y Principios Ambientales. No obstante, esta norma debe leerse de manera conjunta con los dos artículos subsiguientes del mismo Código, i.e. los arts. 10 y 11, en donde consta el régimen de responsabilidad ambiental. A continuación, se citan los artículos:

Art. 10.- De la responsabilidad ambiental. El Estado, las personas naturales y jurídicas, así como las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, tendrán la obligación jurídica de responder por los daños o impactos ambientales que hayan causado, de conformidad con las normas y los principios ambientales establecidos en este Código (Código Orgánico del Ambiente, 2017, Artículo. 10).

Art. 11.- Responsabilidad objetiva. De conformidad con los principios y garantías ambientales establecidas en la Constitución, toda persona natural o jurídica que cause daño ambiental tendrá responsabilidad objetiva, aunque no exista dolo, culpa o negligencia.

Los operadores de las obras, proyectos o actividades deberán mantener un sistema de control ambiental permanente e implementarán todas las medidas necesarias para prevenir y evitar daños ambientales, especialmente en las actividades que generan mayor riesgo de causarlos (Código Orgánico del Ambiente, 2017, Artículo. 11).

En estos artículos se establece la obligación jurídica de responder por los daños ambientales causados, independientemente de que no haya existido dolo ni culpa. Para que se configure la responsabilidad ambiental basta que exista: 1) una acción u omisión imputable al Estado,

⁷ Desde una interpretación antropocéntrica de la Constitución, es posible determinar la existencia de un interés público de conservar la naturaleza y de explotar recursos naturales (artículo 407 de la Constitución de 2008).

persona natural o jurídica, comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad; 2) que se verifique un daño o impacto ambiental; y, finalmente, 3) que haya un nexo de causalidad entre el daño y la conducta. Por último, para reforzar la aplicabilidad de las normas ambientales, la Constitución reviste de legitimación activa para ejercer las acciones legales pertinentes ante órganos jurisdiccionales y administrativos a toda persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano “[...] sin perjuicio de su interés directo para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio” (Constitución de la República, 2008, Artículo 397).

Como se ha podido apreciar, la legislación ecuatoriana en materia ambiental incorpora textualmente el principio *quien contamina paga*, con la finalidad de establecer obligaciones y responsabilidades frente al daño ambiental, imponiendo el deber no solo de reparación al medioambiente, sino también el de indemnización a los afectados directamente por ese daño. La naturaleza tiene el derecho a que su existencia sea preservada y reparada en caso de daño ambiental, pero además el artículo 14 de la Constitución reconoce que las personas tienen el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado.

4. Las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES)

4.1. Definición y características

MIPYMES es un acrónimo comúnmente utilizado para hacer referencia a la pequeña y mediana empresa, aunque su concepto también comprende a las microempresas. De acuerdo con la Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2019-0009, de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, se entenderán micro, pequeñas y medianas empresas las compañías que cumplan las siguientes condiciones: 1) monto de activos menor a cuatro millones de dólares; 2) valor bruto de ventas anuales de hasta cinco millones de dólares; y, 3) tengan menos de 200 trabajadores. Adicionalmente, según el Reglamento de Inversiones al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), artículo 106, se considerarán MIPYMES las empresas que se configuren de acuerdo con el siguiente cuadro:

Variables	Microempresa	Pequeña Empresa	Mediana Empresa
Personal ocupado	De 1 - 9	De 10 - 49	De 50 - 199
Valor de ventas o ingresos brutos anuales	≤ USD 300.000	USD 300.001 - USD 1.000.000	USD 1.000.001 - USD 5.000.000

Figura 1. Clasificación de las MIPYMES. Elaborado por el autor (2020).

Las MIPYMES están presentes en casi todos los sectores productivos de la economía del país. Sin embargo, en mayor medida se concentran en el sector del comercio. El Ecuador, al ser un país de tamaño intermedio en términos económicos, orienta la labor de las MIPYMES hacia sectores alimenticios, producción de químicos y plásticos (Zúñiga, Espinoza, Campos, Tapia, y Muñoz, 2016, p.5). No obstante, para realizar un análisis global que exceda el sector del comercio, la actividad de las MIPYMES representa por cada tipo de industria: “39,4% de las empresas están en servicios, 37,1% en comercio, 11,6% en agricultura, en ganadería, silvicultura y pesca, 7,9% en manufacturas, 3,5% en construcción y 0,5% en explotación de minas y canteras” (Pavón, 2016, p. 13).

En el país, según datos recientes tomados hasta el año 2019 por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, existen 91.370 compañías activas en el Ecuador, de las cuáles el 95% son MIPYMES y solo el 4% aproximadamente, son grandes empresas (Ortiz, 2020). Dado el rol fundamental evidente que tienen en la economía, es muy importante que estas puedan fortalecerse y mejorar su desempeño en el mercado. Si bien estas empresas ayudan a dinamizar la economía debido a sus bajos costos de inversión, eso mismo provoca que se caractericen por un reducido capital, baja capacidad de producción, de ahorro, de división de trabajo, mucha utilización de mano de obra y poco uso de tecnología (Yance, Solís, Burgos y Hermida, 2017, p.8). Sin embargo, pese a los aspectos mencionados, las MIPYMES continúan siendo fundamentales para la economía de los países, porque sobreviven a los cambios súbitos en el mercado, lo que las convierte en agentes estables dentro de la economía (2017, p.8). Si no se tiene en cuenta la realidad de estas empresas, se corre el riesgo de que toda normativa que se relacione a ellas carezca de efectividad y se convierta en generadora de problemas.

4.2. La situación de las MIPYMES frente al derecho ambiental

Dado que gran parte de la actividad productiva está a cargo de las MIPYMES, y a causa de su contacto diario con materias primas y el medio ambiente, se vuelve necesario repasar su situación frente al derecho ambiental.⁸ Michael Porter planteó la existencia de una relación entre el cumplimiento de las normas ambientales y la competitividad, según la cual se sostiene que, si las empresas toman en cuenta estos parámetros al realizar sus actividades, obtendrán beneficios para la conservación del ambiente, y al mismo tiempo, para su crecimiento económico (Galarza y Santana, 2016, p.1). Entre las actividades de mayor impacto ambiental está la industria textil, por ejemplo, en la producción de pantalones tipo jean, que requiere la utilización de una cantidad considerable de químicos como disolventes, ácidos, cloruros, o algunos tipos de metales que no necesariamente cuentan con procesos adecuados de desecho en sus líneas de producción. Adicionalmente, aparte del uso indiscriminado de químicos, esta industria consume aproximadamente el 25% de toda el agua potable (Jaque y Pérez, 2015, p. 47). Esta actividad genera contaminación directa, en su mayoría a cuerpos de agua o al sistema de alcantarillado, dada la ausencia de sistemas previos de tratamientos de aguas residuales. Al respecto, y de conformidad con la información presentada, expertos en la materia han manifestado que la gestión ambiental no ha sido una prioridad ni un tema de relevancia para las MIPYMES. González, Alaña y Gonzaga, haciendo referencia a Néstor Bercovich y Andrés López, proponen las siguientes causas:

La falta de información y desconocimiento de la normativa vigente y los estándares que les corresponde cumplir, sus requisitos y plazos; las dificultades de tipo económico ya que las empresas son reacias a enfrentar los costos que supone todo el proceso de auditoría ambiental, así como la identificación de tecnologías que deben ser incorporadas; se presentan dificultades de acceso a financiamiento, en particular a líneas específicas para gestión ambiental o producción limpia, aunado a que los bancos, en general, no poseen ni líneas específicas ni personal capacitado para entender proyectos en el área ambiental, además, las firmas necesitan apoyo para preparar y presentar solicitudes de financiamiento de proyectos ambientales (González, Alaña y Gonzaga, 2007, p.2).

En Ecuador, el principio *quien contamina paga* tiene una intención preventiva, pues busca que las empresas incorporen a sus costos de producción todas las medidas para evitar, prevenir o

⁸ Es importante notar, que hay mucho campo de investigación respecto de las MIPYMES y su relación en otras áreas productivas que no tienen una vinculación inmediata con el derecho ambiental.

reducir la contaminación, tal como se colige del artículo del Código Orgánico del Ambiente. Sin embargo, si bien tiene una finalidad o intención preventiva, lo que sucede en la práctica es muy diferente. A diario, los daños ambientales se siguen suscitando pese a que existe normativa que sanciona dichas prácticas; por lo que, en la realidad, la norma ambiental no resulta del todo preventiva y/o disuasiva. Por ello, el panorama ideal sería uno en el que las empresas cuenten con sus respectivos permisos ambientales, y con un área encargada de la gestión ambiental dentro de su estructura organizacional interna. No obstante, y sin ninguna duda, queda todavía camino por recorrer. Por poner otro ejemplo, al año 2016, el 40% de empresas del sector curtiembre en Ambato no contaba con un Sistema de Gestión Ambiental, y el 80% de ellas aceptaba tener un conocimiento parcial de las normas ambientales (Galarza y Santana, 2016, pp. 8-10). De esta manera, demostrarían que efectivamente existe una preocupación por prevenir el impacto, o que al menos realizan el intento de contaminar en la menor medida posible. Si el contar con un área determinada dentro de la estructura organizacional de la empresa no es factible, una alternativa viable sería la asesoría de consultores externos que ejerzan la misma función. El hecho que las empresas consideren la normativa ambiental es importante por dos razones: primero, porque evitan sanciones frente al incumplimiento de la normativa respectiva; y segundo, porque las empresas podrían generar políticas propias que se conviertan en una herramienta para mejorar sus estrategias de marketing y competitividad, para, de esa manera, permanecer en el mercado (2016, p. 15).

Lamentablemente, la realidad es opuesta a esta concepción, porque si bien existe una normativa ambiental que castiga conductas dañinas contra el ambiente, cifras del año 2015 demuestran que “el 79% de las pequeñas, el 63% de las medianas y el 40% de las grandes empresas, no cuentan con ningún permiso ambiental [y] en Ecuador de una muestra de 10.646 empresas, 2.734 empresas (26%) tienen algún tipo de certificación ambiental, mientras que el resto (7.912) no poseen ningún tipo (74%)” (2016, p.6). Frente a estas cifras tan altas en cuanto a falta de regulación, surge la noción de que el control por parte de las instituciones gubernamentales se queda corto en relación con la cantidad de MIPYMES existentes en el país. Volviendo a los números proporcionados por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, existen, al 2019, casi 87 mil empresas activas que constituyen MIPYMES (Ortiz, 2020). Si en una muestra de casi 8 mil empresas, más del 70% no cuenta con los permisos ambientales suficientes para operar, queda en duda si el control de la Autoridad Ambiental es suficiente, o si la normativa es verdaderamente aplicable dada la realidad de las MIPYMES del Ecuador.

Y, ¿cuál es la situación de las micro, pequeñas y medianas empresas cuando se verifica su responsabilidad por daño ambiental? No se discute la justicia del principio *quien contamina paga*, y menos aún la urgencia de tomar medidas que cambien el modo en que las industrias operan; sin duda, es necesario llegar a un sistema de producción eco-amigable. No obstante, las reglas generadas a partir del principio *quien contamina paga*, pueden generar un grave perjuicio a la micro, pequeña y mediana empresa, sin perjuicio de que conceptualmente estas reglas estén planteadas sin error. Generar esta situación de peligro para la subsistencia de las MIPYMES, provocaría un considerable perjuicio a la economía del Ecuador, porque casi la totalidad de empresas existentes en el mercado son MIPYMES. Si se pone en riesgo su permanencia en el mercado, en un país en vías de desarrollo como el Ecuador, se generará una cadena de afectación que involucraría la producción, la generación de empleo y la estabilidad económica.

Para ejemplificar lo antes mencionado, el Acuerdo Ministerial número 061 regula los procedimientos, actividades y responsabilidades de entidades públicas y privadas para

mantener una adecuada calidad del ambiente. Para establecer un estándar de prácticas prohibidas sujetas a sanción, el Acuerdo introduce una categoría que se denomina “Las No Conformidades”. Estas pueden ser menores si es que es la primera vez que la empresa comete algún tipo de infracción; o mayores si reinciden en la infracción o si cumplen otras condiciones especificadas en la norma. La situación de las MIPYMES, dado su presupuesto limitado frente a las multas por incumplimiento de normas técnicas ambientales, o frente a la presencia de No Conformidades, es complicada. El artículo número 279 del Acuerdo Ministerial número 061 establece que:

Cuando la Autoridad Ambiental Competente, mediante los mecanismos de control y seguimiento, constate que el sujeto de control no cumple con las normas ambientales o con su plan de manejo ambiental y esto tiene repercusiones en la correcta evaluación y control de la calidad ambiental o produce una afectación ambiental, adoptará las siguientes acciones:

- a) Imposición de una multa entre las veinte (20) y doscientos (200) remuneraciones básicas unificadas, la misma que se valorará en función del nivel y el tiempo de incumplimiento de las normas, sin perjuicio de la suspensión de la actividad específica o el permiso ambiental otorgado hasta el pago de la multa o la reparación ambiental correspondiente
- b) Si debido al incumplimiento de las normas ambientales o al Plan de Manejo Ambiental se afecta a terceros, o se determina daño ambiental, se procederá a la respectiva indemnización y/o compensación de manera adicional a la multa correspondiente [...]

Respecto al monto de las multas, es pertinente monetizar las cifras para tener una concepción más clara del perjuicio que generarían a la subsistencia de las MIPYMES. Tomando en cuenta que el Salario Básico Unificado (SBU) al 2020, es de USD \$400, una multa de 20 SBU, se traduce en USD \$8.000; mientras que una multa de 200 SBU, constituyen USD \$80.000. Si se miran los ingresos anuales de cada tipo de MIPYME, según la tabla que recoge la clasificación nacional de umbrales, se puede ver que la sanción impuesta es bastante significativa. Una multa de 20 SBU, representaría un ingreso mensual de una micro o pequeña empresa. Esto significaría que, por un mes, esa empresa no puede pagar sueldos, no puede pagar cuentas, incrementa sus pasivos y, además, la multa representaría un 10% de las ganancias alcanzadas durante el año en curso. La situación es más dramática si se incrementa el valor de la multa. Por ello, resulta relevante ahondar en la gravedad que implica para una MIPYME el ser sujeto de una sanción por parte de la Autoridad Ambiental Nacional correspondiente.

Tomando en cuenta que las empresas en cuestión cuentan con poco capital y que a menudo invierten casi todos sus recursos para realizar proyectos, los montos de multa antes previstos pueden incluso llevarlas a la quiebra. Por ejemplo, en una situación hipotética, una microempresa que necesitó USD \$10.000 de inversión para una determinada actividad, en caso de responsabilidad por daño ambiental sin ser reincidente, recibirá una carga de mínimo USD \$7.720 de multa (el equivalente a 20 remuneraciones básicas unificadas), lo que es excesivamente alto tomando en consideración su limitada capacidad tanto económica como de producción. Además, no existe una difusión adecuada por parte de los organismos de control, en lo referente al establecimiento de procesos y mecanismos que coadyuven a la mejor gestión ambiental en estas empresas. Si a esta cuestión se agrega el hecho de que dichas empresas tienen baja capacidad de autogestión y actualización en temas de buenas prácticas ambientales, entre otras cosas, por falta de recursos, el resultado es mínimo o inexistente en cuanto al cumplimiento de las normas.

5. Conclusiones

Toda vez que se ha realizado la investigación referente a la finalidad del principio *quien contamina paga*, a continuación, se presentan las conclusiones pertinentes una vez analizado el tema. El principio *quien contamina paga* ha sido objeto de algunas críticas, puesto que, su definición y características otorgan vía libre para que las personas, y en especial las empresas, contaminen. Esto es así ya que ciertas empresas, ejercen actividades económicas potencialmente contaminadoras y dañinas para el ambiente, y a causa del desconocimiento de la normativa técnica, falta de recursos y carencia de planes de manejo ambiental adecuados, terminan por generar un impacto ambiental negativo. Según los críticos, el defecto de este principio consiste en incentivar a las empresas a contaminar siempre y cuando paguen y reparen los daños causados. Otra crítica que recibe este principio es que se fomenta a proteger al ambiente solo por evitar ser víctima de una sanción pecuniaria, es decir, reduce el cuidado al ambiente a un factor económico y no a uno de bienestar social (Larrea y Cortez, 2008, p. 123), ni tampoco se interesa en la protección de los derechos de la naturaleza. Sin embargo, tal y como se ha analizado en el artículo, la situación económica de las MIPYMES les sitúa en una posición desfavorable a causa de las multas o sanciones pecuniarias por daño ambiental. Precisamente, a causa de la desproporcionalidad de las sanciones previstas por la norma, las MIPYMES hacen un esfuerzo por evitar incurrir en algunas de las causales que generan dichas sanciones. En aquellos casos, en que estas incurran en alguna causal de incumplimiento de la normativa o frente a un supuesto de daño ambiental, la excesiva onerosidad de las sanciones genera un desbalance en la estabilidad de estas empresas. De lo expuesto anteriormente, se puede concluir que, en base a la realidad de las micro, pequeñas y medianas empresas, no se puede garantizar en la práctica que este tipo de empresas cumplan con los requerimientos técnicos ambientales en sus actividades.

El principio *quien contamina paga* es muy importante porque tiende a la generación de responsabilidad hacia el entorno social y ambiental. Es indispensable que se genere esa conciencia en la sociedad porque solo de esta manera se podrá garantizar la vigencia efectiva de los derechos a los que este principio está llamado a proteger: derecho a la salud, a vivir en un ambiente sano, libre de contaminación, y en armonía con la naturaleza en conformidad con la Constitución; que a su vez vela por el respeto a los derechos de la naturaleza en tanto a su calidad de sujeto de derechos. No se pone en duda la necesidad de aplicar sanciones frente a un menoscabo a la naturaleza; sin embargo, al aplicar este principio (que visto en abstracto aparece como justo), en la práctica no siempre produce resultados equitativos, debido a que la mayoría de las MIPYMES, no cuentan con especialistas en materia de control ambiental dentro de la empresa a causa de sus escasos o muy ajustados recursos. En este sentido, sería lógico que este tipo de empresas cuenten con mayor apoyo local, tanto municipal como gubernamental, especialmente en lo que se refiere a la difusión de normas técnicas ambientales, buenas prácticas de manufactura, procedimientos de producción limpia, entre otros, que les permita desarrollar de mejor manera sus actividades productivas. De tal forma que, una vez que las MIPYMES cuenten con este soporte, el principio *quien contamina paga* podría ser más equitativo para ambas partes, ambiente y empresarios, y finalmente alcanzar el objetivo por el cual tiene su razón de ser. Si bien el desconocimiento de la norma no exime de responsabilidad, es necesario un mejor mecanismo de difusión de la normativa ambiental con la finalidad de impulsar su observancia.

Los principios ambientales, particularmente el *quien contamina paga*, deben propender a un mejor y mayor cuidado del medioambiente, así como los derechos relacionados a este, no solo en *pro* de la naturaleza, sino en miras de precautelar un bienestar social. El

principio *quien contamina paga* se explica por sí solo en cuanto a su definición y objetivo. Sin embargo, este, y los demás principios en materia ambiental, deben ser reforzados para que puedan cumplir su fin a cabalidad. Siendo para esto, de primera importancia, fomentar una mayor educación ambiental no solo a nivel académico, sino a nivel estatal a través de la difusión de información y normativa en sus instituciones. Esa educación ambiental, debe “fomentar valores éticos, económicos y estéticos que, al constituir la base de la autodisciplina, favorecerán el desarrollo de conductas compatibles con la preservación y mejoramiento del medioambiente” (Sánchez, 2016, p.106). El derecho por sí solo es un instrumento que necesita de un aparato social que le revista de eficacia, sino su normatividad se queda plasmada solamente en la teoría. Por lo que, es necesario replantearse de forma permanente si las normas que componen el ordenamiento jurídico están o no cumpliendo la finalidad para la que fueron originalmente creadas.

A lo largo de la presente investigación, se ha tratado de poner en evidencia la carencia de eficacia del principio *quien contamina paga* en cuanto a su capacidad de impedir el menoscabo del medioambiente y de los derechos vinculados a este. Para llegar a dicha conclusión, se analizó la noción básica y antecedentes históricos de este principio. Después se revisó su aplicación en la normativa nacional. Posteriormente, se definió y caracterizó a las MIPYMES para determinar su situación frente al derecho ambiental ecuatoriano. Finalmente, con esta información, se puede dar una respuesta al problema jurídico planteado en un inicio, y afirmar que, el principio *quien contamina paga* no cumple con los parámetros necesarios como para considerar que tiene la eficacia suficiente para proteger el medioambiente y garantizar los derechos constitucionales que está llamado a proteger.

Referencias Bibliográficas

- Cámara de Comercio de Quito (2017). *Boletín Jurídico*. http://www.ccq.ec/wp-content/uploads/2017/06/Consulta_Societaria_Junio_2017.pdf
- Galarza, J. y Santana, A. (2016). Normas Ambientales y Competitividad en las Pymes del Sector Curtiembre de Ambato-Ecuador. *Revista Digital de Medio Ambiente “Ojeando la agenda”*, (44), 8-10.
- González, I., Alaña, T. y Gonzaga, S. (2007). La Gestión Ambiental en la Competitividad de las Pymes del Ecuador. *INNOVA Research Journal*, 2 (8.1), 236-248.
- Gudynas, E. (2011). *Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política*. Quito: Editorial Abya-Yala.
- Informe Founex sobre el Desarrollo y el Medio Ambiente (1971), Consideración No. 3.7 relativa a la formulación de políticas ambientales.
- Jaque, M. y Pérez, A. (2015). *Prediseño de la mejor alternativa de tratamiento de las descargas líquidas generadas en la industria “Textiles María Belén” Quito -2014*. (Tesis de Grado. Universidad Central del Ecuador. Quito, Ecuador).
- Larrea, M., y Cortez, S. (2008). *Derecho Ambiental Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.
- Lorenzetti, R. (2019). *Principios e instituciones de derecho ambiental*. Madrid: Editorial Wolters Kluwer.
- Morán, S. Basura: los números rojos de Ecuador. *Plan V*. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/basura-numeros-rojos-ecuador>

- Ortíz, E. (2020). *Conferencia: La Sociedad por Acciones Simplificada*. Quito: Universidad San Francisco de Quito Colegio de Jurisprudencia.
- Parraguez, L. (2015). *El Régimen Jurídico de los Bienes*. Quito: Ediciones Iuris Dictio.
- Pastorino, L. (2005). *El Daño al Ambiente*. Buenos Aires: LexisNexis.
- Pérez, E. (2008). *Derecho Ambiental. Introducción*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Sánchez, D. (2016). *Estudio Introductorio del Derecho Ambiental Nacional e Internacional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Simon, F. (2013). Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político? *Revista Iuris Dictio*, 13 (15), 9-38.
- Yance, C., Solís, L., Burgos, I., y Hermida, L. (2017). La importancia de las PYMES en el Ecuador. *Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana*, (232), 8.
- Zárate, A. (2016). Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 17, 365-375.

Legislación

- Acuerdo Ministerial No. 061*. Registro Oficial Edición Especial N. 316 de 04 de mayo de 2015.
- Código Orgánico del Ambiente*. Registro Oficial Suplemento N. 983.12 de abril de 2017.
- Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial N. 449. 20 de octubre de 2008.
- Normativa Técnica Sanitaria para Alimentos Procesados*. Resolución N. 67. Registro Oficial Suplemento N. 681 de 01 de febrero de 2016.
- Reglamento al Código Orgánico del Ambiente*. Decreto Ejecutivo N. 752, Registro Oficial Suplemento N. 507 de 12 de junio de 2019.
- Reglamento de Inversiones del Código Orgánico de la Producción*. Decreto Ejecutivo N. 757, Registro Oficial Suplemento N. 450 de 17 de mayo de 2011.

Sentencias y Resoluciones

- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. (2019). Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2019-0009.

Convenciones, Tratados y Conferencias

- CAN / Comunidad Andina de Naciones (2008). Decisión número 702.10 de diciembre de 2008.
- ONU / Organización de las Naciones Unidas. (1972). Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano.
- _____. (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
- _____. (2002). Cumbre de Johannesburgo.

*TODO O NADA: ¿ABARCA LA CLÁUSULA PENAL
AL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL CONTRACTUAL?
All or Nothing: does the Penalty Clause
Cover Contractual Non-Monetary Damages?*

PAÚL R. CARRERA¹
Robalino Abogados, Ecuador

Resumen

El análisis de la naturaleza de la cláusula penal lleva a cuestionarse qué tan amplio es su ámbito de resarcimiento. Tomando en consideración al debate que ha surgido en los últimos años en lo tocante al resarcimiento de los daños extrapatrimoniales contractuales, ambas discusiones parecen estar interconectadas. Así, es pertinente dilucidar lo que respecta a la procedencia del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales contractuales dentro de la cláusula penal. El presente artículo estudiará lo referente a la naturaleza de ambas instituciones y determinará si es que la cláusula penal resarce, o no, a los daños extrapatrimoniales contractuales.

Palabras clave

Cláusula penal, daño extrapatrimonial, valuación anticipada, daño extrapatrimonial contractual, resarcimiento.

Abstract

The analysis of the nature of the penalty clause leads to the question of how broad its scope of compensation is. Taking into consideration the debate that has arisen in recent years regarding the compensation of non-monetary contractual damages, both discussions seem to be interconnected. Thus, it is pertinent to elucidate on the applicability of the contractual non-monetary damages within the penalty clause. This article will study the nature of both institutions and will determine whether the penalty clause compensates contractual non-monetary damages.

Keywords

Penalty Clause, Non-monetary Damages, Anticipated Valuation, Contractual Non-monetary Damage, Compensability.

1. Introducción

La institución de la cláusula penal, a pesar de tener cambios menores desde su inserción en el Código de Bello, y —por lo tanto— en el Código Civil ecuatoriano, ha presentado varias discusiones, sobre todo en lo respectivo a su naturaleza y su ámbito indemnizatorio. Complementariamente, en Ecuador, como en varios otros ordenamientos de la región,

¹ Abogado Asociado del estudio jurídico Robalino Abogados, miembro del área de litigio y arbitraje. Abogado Magna Cum Laude por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: pcarrera@robalinolaw.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6717-496X>.



el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales contractuales ha sido objeto de un largo desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario.

Empatando estos temas se centrará el análisis del presente artículo, al responderse, positivamente, la pregunta: ¿abarca la cláusula penal compensatoria una indemnización anticipada por daños extrapatrimoniales?

2. La cláusula penal y su naturaleza esencialmente indemnizatoria de perjuicios

El desarrollo del estudio del Derecho Civil ha permitido que se analice a profundidad la naturaleza de la cláusula penal en virtud de sus funciones. Lo que inicialmente fue concebido como una penalidad civil (Corral Talciani, 2014, pp. 35-37), y luego evolucionó en una garantía para el cumplimiento de obligaciones contractuales (Gatica Pacheco, 1959, pp. 321-322), con el paso del tiempo se ha ido consolidando como una institución más apegada a la practicidad: una evaluación anticipada de daños.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Chile —cuya legislación respecto de la materia es idéntica a la ecuatoriana— ha establecido: “[s]e considera, por regla general, que [la cláusula penal] constituye una forma de evaluar convencional y anticipadamente los perjuicios provenientes del incumplimiento de una obligación” (Corte Suprema de Justicia de Chile, 2010, p. 1). Mientras, el Código Civil ecuatoriano, en su artículo 1551, define a la cláusula penal como “[...] aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento” (Código Civil, 2005, artículo 1551). De la sola lectura de este artículo surge el cuestionamiento sobre la función esencial de esta cláusula.

2.1. De la función resarcitoria como la función principal de la cláusula penal

La doctrina ha concluido que la cláusula penal cumple tres funciones: (i) la garantizadora o de caución, (ii) la resarcitoria o indemnizatoria, y, (iii) la punitiva (Corral Talciani, 2008, p. 8). La función garantizadora es aquella por la que la cláusula penal funge como una caución personal y en virtud de la cual el deudor, al verse forzado al pago de una pena, se disuade de incumplir con sus obligaciones contractuales (Abeliuk, 1993, p. 567). Por otro lado, la cláusula penal como una evaluación anticipada de los perjuicios que se originen del incumplimiento o del cumplimiento retardado de una obligación (Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga, y Vodanovic, 1971, p. 224) es lo que usualmente se considera como la función indemnizatoria. Finalmente, también se sostiene que la cláusula penal cumple con una función punitiva, porque la pena se establece meramente para castigar una conducta antijurídica (Kemelmajer, 1981, p. 3).

De la lectura sistemática del Código Civil debe concluirse que la legislación ecuatoriana ha incorporado plenamente a la función indemnizatoria dentro de la naturaleza de la cláusula penal y es, realmente, la que mayor practicidad y prevalencia tiene en la actualidad.

El artículo 1559 —sobre el cual se volverá posteriormente— prescribe que no se permite al mismo tiempo solicitarse la pena y la indemnización por perjuicios salvo estipulación en contrario, confiriéndole al acreedor un derecho alternativo respecto de estas dos opciones (Código Civil, 2005, artículo 1559). Lo anterior permite inferir que el Código trata a la cláusula penal como una evaluación convencional que funge como resarcimiento, y evita una doble indemnización salvo acuerdo entre las partes. Esto porque la pena ha sustituido, prácticamente, a la indemnización judicial por perjuicios, entendiéndose que su

finalidad resarcitoria es idéntica a la cual surgirá de la indemnización por perjuicios judicial.

La doctrina ha optado por tener en cuenta a esta función como la que mejor responde a la naturaleza de la cláusula penal. Meza Barros la define como “una evaluación anticipada que hacen las partes de los perjuicios a que puede dar lugar el incumplimiento de la obligación” (Meza Barros, 2007, p. 146). Mientras, Abeliuk establece:

Si en el estudio de la indemnización de perjuicios algo ha quedado en claro, es la dificultad con que el acreedor tropieza para justificarlos... con la cláusula penal el acreedor evita este grave inconveniente, porque de antemano quedan fijados los perjuicios que deberá indemnizarle el deudor si no cumple la obligación principal (Abeliuk, 1993, p. 567).

La evaluación anticipada de daños en esta cláusula —en principio— libera al acreedor de probar judicialmente que han existido perjuicios (Corral Talciani, 2014, pp. 50-51). Además, permite a los contratantes fijar, con la mayor exactitud posible, cuál es el monto que consideran que resarciría los daños sobrevinientes de un incumplimiento contractual, sin dejar esta evaluación al arbitrio del juez (Meza Barros, 2007, pp. 144-145). El carácter indemnizatorio de la cláusula penal, por lo tanto, presenta ventajas prácticas que hacen que su estipulación contractual sea considerablemente conveniente.

La estipulación de una cláusula penal responde a la piedra angular del Derecho Civil: la autonomía de la voluntad de las partes. Así, los efectos de la estipulación de esta cláusula no son corrientes, y parecerían ser excepcionales. La regla general en cuanto a la indemnización por daños es no pactarla (Contreras, 2010, p. 15), y que se indemnice el daño después de probar judicialmente que quien lo generó ha incurrido en una conducta culposa o reprochable (Diez-Picazo, 2011, p. 22). Es un ejercicio precavido, pero de alta sofisticación contractual, que las partes decidan evaluar la indemnización por daños y perjuicios y abstenerse de someter esta consideración ante un tribunal (Abeliuk, 1993, p. 566). La legislación mira positivamente a la previsibilidad de los daños, como bien puede observarse en el artículo 1574 del Código Civil (2005).

Enfrentar a la naturaleza de la cláusula penal como una resarcitoria de daños liquidados exige prestar profundo análisis a los artículos que el Código Civil dedica a ella, y en especial al derecho alternativo que los artículos 1553 y 1559 presentan, comparándolo con el derecho alternativo predeterminado en los contratos bilaterales: la condición resolutoria tácita.

La evaluación convencional de daños en la cláusula penal modifica reglas generales, cobijándose con la autonomía de la voluntad de las partes. Una de estas modificaciones es la respectiva al régimen general de los contratos bilaterales al momento de generarse un incumplimiento. La opción predeterminada que tiene el contratante a quien se le ha incumplido, es la de exigir el cumplimiento de la obligación o solicitar la resolución del contrato más indemnización de perjuicios (Código Civil, 2005, artículo 1505; Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga y Vodanovic, 1971, p. 73).

La cláusula penal modifica este régimen: (i) permite exigir el cumplimiento de la obligación principal, dejando insubsistente a la exigibilidad de la pena (Código Civil, 2005, artículo 1553); (ii) permite solicitar la indemnización por daños y perjuicios en sede judicial, dejando insubsistente la exigibilidad de la pena (2005, artículo 1559); y, (iii) permite exigir la pena, dejando insubsistente la exigibilidad del cumplimiento de la obligación principal y a la solicitud judicial de indemnización por daños y perjuicios (2005, artículo 1559).

Está claro que la cláusula penal reemplaza a la indemnización de perjuicios judicial por una indemnización convencional (Meza Barros, 2007, p. 138). Lo anterior es así porque,

acorde a las disposiciones del Código Civil, los efectos generales de la cláusula penal son idénticos a los que se tendrían si se optase por la resolución del contrato en la condición resolutoria tácita: la insubsistencia de la obligación principal y el derecho de exigir una indemnización (2007, p. 147), sea convencional o no.

Es evidente que la naturaleza de la cláusula penal, como regla predeterminada, es la de ser indemnizatoria, y es solo mediante la voluntad de las partes que esta deja de lado dicha naturaleza y se convierte en algo más (como en los casos de acumulación expresa de la obligación principal y la pena, o de la indemnización judicial y la pena). Cuando se acumula, no se quiere llegar a un punto de equilibrio entre los perjuicios sobrevinientes del incumplimiento y el resarcimiento. En realidad, el hecho de que la obligación principal o la indemnización judicial aún sean plenamente exigibles permite evidenciar que lo que quiere hacer el deudor es presentar un valor que no resarce perjuicio alguno, sino que quiere imponer una multa por no haber cumplido con la obligación en los términos inicialmente establecidos (Corral Talciani, 2008, p. 16).

Lo enunciado anteriormente no significa que la función garantizadora de la cláusula penal no sea pertinente o no tenga cabida en la práctica. No hay inconveniente con la coexistencia de estas dos funciones. La estipulación de una cláusula penal bien podría tener un carácter de caución como uno indemnizatorio. Sin embargo, el hecho de que a la función garantizadora solo pueda verificársele efectos *ex ante*, y a la función indemnizatoria tanto los efectos *ex ante* como *ex post*, muestra cómo esta última tiene mayor sentido práctico en la cláusula penal. Es decir, si es que se incumple con un contrato que incluye esta cláusula, la función garantizadora no hubiese surtido efectos, e incluso si es que se cumpliera el contrato, probar que se cumplió en virtud de la función disuasiva de la cláusula penal y no por buena fe contractual —o por cualquier otro motivo cuya razón siempre estará en el fuero interno del contratante—presentaría enormes dificultades. En contraste, la función indemnizatoria de la cláusula penal siempre surte efectos prácticos. La evaluación tiene utilidad tanto en el momento de su estipulación como en el momento en el cual se incumpla con las obligaciones contractuales. Tendrá utilidad tanto en la normalidad como en la patología.

2.2. Lo concerniente al ámbito indemnizatorio de la cláusula penal

Entonces, ¿qué indemniza la cláusula penal? Esta pregunta obliga a realizar un análisis del artículo 1559. El derecho alternativo que surge de este artículo no es de poca importancia, y debe interpretarse de la manera más precisa posible. Este establece:

No podrá pedirse a un tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena (Código Civil, 2005, artículo 1559).

La interpretación de este artículo lleva a pensar que el optar por la indemnización convencional es una decisión, al menos predeterminadamente, definitiva. Si es que el contratante opta por solicitar la pena entonces no podrá solicitar indemnización de perjuicios. Es la autonomía de la voluntad de las partes la que permitiría modificar esta regla. Si es que quisiese excluirse el resarcimiento de algún tipo de daño con la cláusula penal, entonces tendría que hacerse expresamente (Contreras, 2010, pp. 20-21). Así, la regla predeterminada es que al pactarse una cláusula penal los contratantes hayan analizado todos los daños previsibles e indemnizables que podrían sobrevenir del incumplimiento de las obligaciones contractuales y los han avaluado anticipadamente.

Es así como las disposiciones referentes a la cláusula penal no son expresas en excluir una clase de daño que esta avalúa. Los daños evaluados son todos aquellos que la ley considera indemnizables al momento de la celebración. Bajo esta premisa, en principio no parecería existir excepción respecto de la inclusión de los daños extrapatrimoniales en la evaluación de la cláusula penal. El artículo 1559 no hace distinciones entre los tipos de daños que se avalúan, y ciertamente parecerían incluirlos en la opción definitiva entre la pena o la indemnización.

3. De los obstáculos que presenta el resarcimiento del daño extrapatrimonial en la cláusula penal

A pesar de lo anterior, sostener que la cláusula penal avalúa también a los daños extrapatrimoniales encuentra tres obstáculos que se abordarán en las siguientes secciones: *primero*, la procedencia o improcedencia del daño extrapatrimonial contractual; *segundo*, el aparente anacronismo entre la institución del daño extrapatrimonial y la de la cláusula penal; y, *tercero*, la aparente imprevisibilidad y la dificultad de calcular los daños extrapatrimoniales.

3.1. Daños extrapatrimoniales contractuales en Ecuador: una discusión en boga que parece superada

La discusión respecto del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales contractuales en el régimen ecuatoriano ha sido de gran importancia; sin embargo, parecería que la tesis que favorece a la procedencia de este tipo de daños —al igual que en otros ordenamientos con similar discusión— es la que debe ser aplicada en la actualidad.

Al respecto, el artículo 1572 del Código Civil ecuatoriano prescribe:

[...] La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptuándose los casos en que la ley la limita al daño emergente.

Exceptuándose también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código (Código Civil, 2005, artículo 1572).

El anterior artículo ha sido abordado por dos interpretaciones que se estudiarán a continuación.

3.1.1. La interpretación que niega la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales en el Ecuador

La interpretación clásica del anterior artículo niega el resarcimiento del daño extrapatrimonial contractual por la —aparente— literalidad de las palabras en la norma y su ubicación en el Código Civil. Se ha establecido que el tercer inciso exceptúa al daño extrapatrimonial de las indemnizaciones por incumplimiento contractual y que el hecho de que las normas referentes a los daños extrapatrimoniales se encuentren en el título XXXIII del libro IV del Código Civil, y no en la sección en la que se encuentra el precedente artículo (de los efectos de las obligaciones contractuales), confirma que la intención del legislador ha sido negar la indemnización de los daños extrapatrimoniales sobrevinientes del incumplimiento contractual (Paez Salgado, 2015, p. 70).

La interpretación que niega la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales se basa, mayoritariamente, en la apreciación clásica que se le ha dado a la naturaleza de los contratos. En este sentido, se establece que su naturaleza es la de velar por intereses netamente económicos (2015, p. 67), y que el incumplimiento de obligaciones

contractuales, si bien genera una serie de conmoción o desequilibrio psíquico, no es causa ilícita suficiente para determinarla como daño resarcible (Mosset Iturraspe, 1986, pp. 75-76).

A pesar de que la anterior ha sido una interpretación aceptada, sobre todo al comienzo de la aplicación del daño extrapatrimonial en el Ecuador (Larrea Holguín, 1998, pp. 217-220), su dogmática va perdiéndose con el paso del tiempo por el surgimiento de una tesis que tiene mayor recepción con el contexto actual. Es que la interpretación clásica parte desde el precepto de que los daños sobrevinientes de un incumplimiento contractual no son, realmente, un hecho ilícito suficiente, y que bajo ningún concepto se podrían indemnizar daños extrapatrimoniales por el incumplimiento de obligaciones que son —supuestamente por naturaleza— patrimoniales. Esta tesis resulta algo caduca. La patrimonialidad de los contratos como fin único de estos se ha desmitificado, y la consideración de que el incumplimiento contractual no es causa ilícita suficiente se ha ido desmintiendo al nivel de incorporar expresamente, en diversos ordenamientos, el resarcimiento del daño extrapatrimonial contractual.

Esta interpretación centra la discusión respecto de la improcedencia de los daños extrapatrimoniales en la intención del legislador al prescribir el artículo 1572, más que —realmente— en motivos que se pueden sostener sólidamente en cuanto a un análisis jurídico. Es por esto por lo que es fundamental revisar el análisis del artículo previamente mencionado, y así, un breve repaso a la incorporación del daño extrapatrimonial en la legislación civil ecuatoriana.

3.1.2. La interpretación que acepta la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales en el Ecuador

Gran parte de la discusión sobre la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales en nuestro sistema proviene de la palabra *exceptuánse* en el artículo 1572, y sobre a qué hace referencia.

Contrario a la interpretación anteriormente enunciada, parecería ser que cuando el legislador utilizó la palabra *exceptuánse*, no lo hizo para deslindar a los daños extrapatrimoniales de cualquier tipo de resarcimiento contractual, sino que lo que ha hecho es exceptuarlos de la clasificación clásica que se comprende en los daños patrimoniales: el daño emergente y el lucro cesante, por su inaplicabilidad a los perjuicios extrapatrimoniales (Darquea, 2014, p. 85). Esta es la interpretación que considero aplicable. Esta interpretación no desprovee de eficacia al artículo, sino que delimita su exclusión a un estándar lógico: el hecho de no contener a los daños extrapatrimoniales en el cálculo del lucro cesante y daño emergente.

Excluir a los daños extrapatrimoniales de sede contractual llevaría a concluir que el sistema jurídico no sigue el principio esencial de reparación integral del daño (Parraguez y Darquea, 2016, pp. 105-106), y se daría demasiada importancia a la consideración de una minucia: la fuente de la cual nace la obligación de indemnizar. Es por esto por lo que tiene más sentido centrarse en el hecho antijurídico (Ospina Fernández, 2008, pp. 122-123), que ya daría —al menos— un elemento para considerar a un daño como resarcible.

Bustamante Alsina establece que "...la culpa en el incumplimiento contractual se manifiesta por el daño causado al acreedor con negligencia o imprudencia en la observancia del específico deber jurídico establecido convencionalmente" (Bustamante Alsina, 2008, p. 96). El incumplimiento contractual constituye un hecho antijurídico convencional que no debería ser menospreciado por haber nacido de la voluntad de las partes y no de la ley, del delito o del cuasidelito. En este caso, también, el contrato es ley para los contratantes. Así, la

ley a la que se han sometido voluntariamente las partes puede ser menoscabada con hechos contrarios a esta con el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Las diversas reformas al Código Civil respecto de la incorporación de preceptos de daño extrapatrimonial demuestran que el legislador procuró ampliar progresivamente el ámbito de aplicación de los daños extrapatrimoniales. El artículo 1572 no debería ser considerado como excepción a esta amplia aplicación. La intención del legislador de ahondar sobre lo respectivo a los daños extrapatrimoniales —y no restringirlos— puede evidenciarse desde la incorporación en 1970 del concepto de ‘daño moral’, que introdujo el —ahora— artículo 2231 (Reforma al Código Civil ecuatoriano, 1970), como en los demás artículos introducidos con la Ley 171 de 1984 que amplían la aplicación del daño extrapatrimonial e introducen la categoría del daño reputacional (Ley 171, 1984).

La introducción del artículo 1572 con el resto de los preceptos ya permite crear indicios de que se hizo en aras de profundizar sobre el ámbito de los daños extrapatrimoniales, no para palearlos de resarcimiento en el foro contractual (Darquea, 2014, pp. 89-92).

La jurisprudencia ecuatoriana coincide con la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales, como se ha visto en distintas sentencias. En la primera, la empresa Hotel Boulevard y Predial Nueve de Octubre S.A. demandó por perjuicios a Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada. La parte actora estableció que la terminación contractual le había generado tanto perjuicios patrimoniales, como un detrimento a su reputación, ya que el abandono intempestivo de las actividades administrativas había generado reclamos y descontento de los huéspedes, proveedores, y trabajadores. La Corte Nacional de Justicia ratificó la sentencia del juzgado de primera instancia y ordenó el pago de la indemnización por daños extrapatrimoniales.

Así, la Corte Nacional de Justicia declara, respecto de los daños extrapatrimoniales sufridos por la parte demandada, lo siguiente:

[...] De acuerdo con nuestro ordenamiento legal la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado... es claro que la empresa Londohotel S.A. y su garante solidaria la Sociedad Comercial Hoteles Limitada incumplieron el contrato de administración y operación del Hotel Casino Boulevard... tal incumplimiento ha causado daños y perjuicios materiales, y perjuicios morales a las empresas demandantes (Corte Nacional de Justicia, 2010, p. 9).

La Corte hace bien en no demarcar una diferencia respecto de la fuente de la obligación de indemnizar, sino que es clara en establecer que la reparación por daños extrapatrimoniales vendrá de la acción u omisión ilícita del demandado, y que el incumplimiento contractual se debe enmarcar dentro de este tipo de acciones ilícitas que generan perjuicios extrapatrimoniales.

Cinco años después de la sentencia anterior, la Corte Nacional hace referencia expresa al artículo 1572, aceptando nuevamente la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales. En dicho caso, el Doctor Bernardo Blum, ginecólogo que celebró con la señora María Augusta Aguirre un contrato de servicios médicos para asistirle en el periodo de gestación, incumplió sus obligaciones contractuales al no haber comunicado a la paciente que padecía de citomegalovirus, y que su hijo nacería con síndrome de Down. Más adelante, el niño fallecería en labor de parto. Sobre esto, la Corte Nacional se pronunció en los siguientes términos:

Si bien es cierto que es discutible que quepa daño moral en sede de responsabilidad contractual, por la literalidad del artículo 1572, creemos que en este caso dada la naturaleza

del contrato de asistencia médica si cabe considerar que del incumplimiento de un contrato entre médico y paciente se produzcan daños morales. La cuantificación de dicho daño moral quedaría al buen criterio del juzgador según el artículo 2232 del Código Civil. Ahora bien, para asignar una indemnización por daño moral debería en la demanda constar una petición por daño moral. La demanda es suficientemente clara en este sentido, por lo que no vemos mayor inconveniente en reconocer daño moral en la madre por los padecimientos sufridos ... (Corte Nacional de Justicia, 2015, p. 33).

La Sala reconoce que el artículo 1572 del Código Civil no es absoluto y que presenta discusión, resuelve aceptando la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales y avalúa los daños según lo establecido en el artículo 2232. Es evidente, entonces, que el Foro anteriormente mencionado se suma a la evolución jurisprudencial respecto del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales en sede contractual.

Si bien en varios ordenamientos jurídicos han surgido dudas acerca del resarcimiento del daño extrapatrimonial contractual, la tendencia ha sido, más y más, aceptar su aplicación. La jurisprudencia chilena, por ejemplo, ha interpretado favorablemente, en reiteradas sentencias, la procedencia del daño extrapatrimonial contractual (Parraguez y Darquea, 2016, pp. 99-100). El reconocimiento del daño extrapatrimonial no está establecido expresamente su Código Civil, pero la interpretación jurisprudencial no solamente integró esta categoría, sino que fue ampliándola hasta lo que la profesora Carmen Domínguez llama: “la plena reparación del daño extrapatrimonial derivado del contrato” (Hidalgo Domínguez, 2006, p. 231).

El resarcimiento del daño extrapatrimonial contractual en el artículo 1332 del Código Civil peruano, situado en el título que se refiere a los efectos de la inexecución de las obligaciones contractuales, reitera que los daños extrapatrimoniales sobrevinientes de estas también pueden ser indemnizados. Así, se evidencia otro ordenamiento en el que la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales se ha admitido expresamente (Código Civil peruano, 1984, artículo 1332).

Agregándose a los sistemas en los que se acepta la procedencia del daño extrapatrimonial contractual está el español, en el que la jurisprudencia ha fallado favorablemente en numerosas sentencias (Marín García y Milá Rafel, R., 2017, pp. 212-224). Así el autor Josep Solé Feliu ha establecido: “[e]n la actualidad, no existe duda alguna sobre la posición favorable de los tribunales españoles con respecto a la indemnización del daño moral causado por un incumplimiento contractual” (Solé Feliu, 2009, p. 18).

A pesar de haber una cándida discusión acerca del ámbito indemnizatorio de los daños extrapatrimoniales contractuales, tanto la evolución doctrinaria como la jurisprudencia ecuatoriana llevan a pensar que de ninguna manera los daños extrapatrimoniales contractuales dejan de ser resarcibles, por lo que no deberían presentarse como un limitante a lo que la cláusula penal indemniza. Este, aunque en principio deba ser discutido y estudiado, no es realmente un límite. Los daños extrapatrimoniales contractuales están dentro del ámbito de daños que se resarcen en sede contractual, y comprendidos como están en el Código Civil, deben englobarse dentro de lo que la ejecución de la cláusula penal indemniza.

3.2. La cláusula penal y los daños extrapatrimoniales: instituciones que requieren ser mutuamente armónicas

Los artículos referentes a la cláusula penal son tan originales ahora como lo fueron cuando inicialmente se insertaron en el Código Civil, en 1860 (Código Civil, 1860, artículos

1520-1529). A diferencia de lo anterior, la tipificación de los daños extrapatrimoniales en el Ecuador es, más bien, nueva. Estos daños se introdujeron al Código Civil en 1971, y la Ley 171 de 1984 incorporó y amplió su ámbito de aplicación. Sin embargo, alegar que los daños extrapatrimoniales no existieron en el régimen civil ecuatoriano hasta su inserción expresa en 1970 es impreciso.

Al igual que en el régimen chileno, el Código Civil ecuatoriano cuenta —y ha contado desde el Código de Bello— con el artículo 2229, que prescribe lo correspondiente al régimen general de resarcimiento por daños. El artículo es claro en establecer que *todo daño* que haya sido causado por malicia o negligencia de otro debe ser reparado (Código Civil, 1860, artículo 2304). No hace referencia, ni excluye a una clase de daño en específico y su apertura permite inferir que los daños extrapatrimoniales bien pueden enmarcarse en las disposiciones generales y ser resarcidos por estas.

Por lo anterior, es impreciso señalar que el legislador no tomó en cuenta al daño extrapatrimonial. El legislador ha incorporado un artículo suficientemente amplio para dejar a discreción judicial la indemnización de esta especie de daños. La tipificación del daño extrapatrimonial en la década de los setenta, y la ampliación de este en los ochenta, no presupone la inexistencia de estos previamente, sino su demarcación exacta en el Código Civil.

Ahora, respecto de la inserción expresa de la institución de los daños extrapatrimoniales en el Ecuador, cabe considerar que, al momento de incorporarse nuevas normativas dentro de un cuerpo legal, es fundamental que las normas tengan una interdependencia y coherencia entre sí para que tengan sentido sistemático y no estén aisladas unas de otras (Diez-Picazo y Gullón, 2015, p. 169).

En este sentido, Ricardo Guastini ha establecido: “...las normas que componen un ordenamiento no están recíprocamente desconectadas y son entre sí independientes sino que, por el contrario, tienen relaciones las unas con las otras” (Guastini, 2004, p. 259). Así, si la intención del legislador fuese la de desconectar una institución de otra, o limitar la aplicación de una institución introducida del resto del ordenamiento, deberá establecerse expresa o tácitamente (Kelsen, 1960, pp. 39-40), porque de no existir esta exclusión, se entenderían a las instituciones como armónico con el resto del ordenamiento.

Lo que es cierto es que, con unas precisiones, fácilmente puede entenderse como ambas instituciones presentan puntos de conexión fundamentales, que aportarían a la teoría de la armonización y coexistencia de estas, sobre todo en cuanto al carácter pecuniario que el legislador les ha conferido a los daños extrapatrimoniales en el ordenamiento ecuatoriano. Así, el artículo 2232 del Código Civil prescribe: “En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales...” (Código Civil, 2005, artículo 2232).

Lo anterior es de suma importancia porque demuestra que el legislador ha decidido que, a pesar de que desde el punto de vista emocional de la víctima el daño extrapatrimonial es inconmensurable, es mejor resarcirlo con dinero a dejarlo sin indemnización alguna (Barros Burie, 2006, p. 288).

Así es como debe entenderse a la coexistencia de estos regímenes. La diferencia entre los momentos en los cuales se incluyeron ambas instituciones poco tiene que ver con su conexión, porque se asume —y es así en efecto— que ambas coexisten sistemáticamente y funcionan como un todo, sin excluirse y comprendiéndose entre sí de ser necesario.

3.3. La supuesta imprevisibilidad y la dificultad de evaluar los daños extrapatrimoniales

El último de los aparentes obstáculos que parece surgir en contra de la evaluación anticipada de los daños extrapatrimoniales es el que establece que estos son, en principio, imprevisibles e incalculables. El hecho de que los daños extrapatrimoniales carezcan del carácter objetivo del que están provistos los daños patrimoniales no los vuelven una institución etérea que no puede ser sujeta a previsibilidad o evaluación alguna, y la legislación así lo reconoce.

Un análisis detenido del Código Civil demuestra claramente que las únicas categorías de daños que se consideran predeterminadamente imprevisibles son los causados por fuerza mayor o caso fortuito.

El artículo 1574 hace referencia a esta categoría de daños que el Código considera como imprevisibles. Pero incluso la mora o el incumplimiento causados en consecuencia de estas categorías se pueden considerar como indemnizables, ya que el artículo prevé que: “las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”. Así, si es que los contratantes desearan que los daños causados por fuerza mayor o caso fortuito sean resarcibles, tendría que establecerse expresamente (Código Civil, 2005, artículo 1574). Este último es el límite de las reparaciones contractuales en cuanto a la imprevisibilidad.

De esta manera, son solo las categorías mencionadas con anterioridad las que el Código considera, abstractamente, como imprevisibles. Nunca considera que el daño extrapatrimonial sea imposible de prever anticipadamente en una evaluación, y no lo nombra como excepcional en el artículo 1574, porque ya los considera dentro de los daños enunciados en su primer inciso: aquellos que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Esto significa que, si es que quisiese dejarse de lado a la indemnización por daños extrapatrimoniales con la ejecución de la cláusula penal, tendría que establecerse una excepción a la regla general y excluirse a los mismos expresamente.

Ahora, puede sostenerse que no es procedente la evaluación de daños extrapatrimoniales en la cláusula penal porque esta es una categoría incalculable. Este argumento se desvirtúa por dos motivos: *primero*, porque transferir la evaluación de daños extrapatrimoniales a un juzgador no sanearía la dificultad que se tiene en cuanto a su evaluación, ya que esta liquidación, incluso si proviene de la sana crítica de un juez, siempre será una tarea de suma dificultad que recae en criterios subjetivos (Gómez Liguierre, 2017, pp. 51-53); y, *segundo*, que la incertidumbre y la dificultad de calcular anticipadamente a los perjuicios es algo que acompaña a varios tipos de daños y no solamente al extrapatrimonial. En principio, la evaluación convencional tiene prevalencia, incluso si es que esta se hace sobre criterios subjetivos (Corte Suprema de Justicia de Chile, 2008, p. 10).

A pesar de lo anterior, bien podría suceder que el acreedor considere que la indemnización convencional no es suficiente por algún motivo, y es por eso por lo que el Código brinda a los contratantes el derecho de opción del artículo 1559 por el cual, en todo momento, podría optar por someter la evaluación de perjuicios a consideración judicial, eso sí, sacrificando la liberación de la carga de la prueba de los daños causados.

Se puede observar cómo: (i) el primer límite propuesto no es realmente tal, ya que tanto la evolución jurisprudencial como doctrinaria han favorecido a la interpretación de que los daños extrapatrimoniales son resarcibles en sede contractual; esto los vuelve daños indemnizables, y por lo tanto, calculados de manera predeterminada por la evaluación en la cláusula penal; (ii) el segundo obstáculo no tiene fundamento, ya que la institución del daño extrapatrimonial es absolutamente armónica con la de la cláusula penal; y (iii) la subjetividad que acompaña a la evaluación de los daños extrapatrimoniales no es motivo suficiente para

establecer que estos son incalculables o imprevisibles, por lo que bien podrían evaluarse anticipadamente en la cláusula de daños liquidados.

4. La cláusula penal como evaluación de todos los perjuicios

Como se mencionó anteriormente, las opciones presentadas por el artículo 1559 del Código Civil son claras, definitivas y solo podrían limitarse expresamente. El artículo mencionado permite solicitar la pena como indemnización convencional, o la indemnización de perjuicios judicialmente. La regla general, siguiendo lo establecido en los artículos correspondientes a la cláusula penal, es que al momento de su ejecución se entiendan ejecutados todos los daños que podrían sobrevenir del incumplimiento contractual, y que la legislación conoce, impidiéndole solicitar perjuicios judicialmente a menos que se haya pactado así de manera expresa.

En este orden, Meza Barros establece: “[l]e está vedado [al acreedor] reclamar la pena e intentar, en la forma ordinaria, un cobro de perjuicios suplementario, salvo expresa estipulación en contrario” (Meza Barros, 2007, p. 148). Sobre los daños que la legislación considera como indemnizables, debe usarse como guía al ya mencionado artículo 2229 del Código Civil. Este prescribe que, como regla general, *todo daño* al que pueda imputársele malicia o negligencia de una persona a otra debe ser reparado por la persona maliciosa o negligente (Código Civil, 2005, artículo 2229).

Excluir predeterminadamente a los daños extrapatrimoniales de la evaluación anticipada de perjuicios desnaturalizaría a la cláusula penal y perdería su conveniencia para los contratantes. La utilidad que la cláusula presenta para no tener que probar los daños causados es altísima, y es por eso que, excepcionalmente, el Código brinda la posibilidad de someter los daños a consideración judicial solamente si es que así se ha querido. Esto es: (i) expresamente, por haber estipulado la posibilidad de solicitar la indemnización conjuntamente con la pena; (ii) en los casos en los cuales las partes han estipulado cuáles son los daños que no se evaluarán en la cláusula; o (iii) al momento de ejecutar el derecho de opción por la indemnización judicial.

5. Conclusiones

Todo lo que se ha considerado a lo largo del presente trabajo lleva a las siguientes conclusiones:

Primero, la cláusula penal es, en su sentido más práctico, una cláusula de daños liquidados. Si bien se han reconocido doctrinariamente una serie de funciones que engloban a la cláusula penal; es en su sentido resarcitorio donde mayor utilidad y efectos tiene.

Segundo, es deseable mantener los beneficios sobrevinientes de la estipulación de la cláusula penal, a menos que la voluntad de las partes quiera modificarlos. El hecho de evaluar anticipadamente los daños y perjuicios por medio de una cláusula penal tiene efectos deseables para los contratantes, como son la consideración justa de la indemnización por incumplimiento contractual, y la ‘liberación’ de la carga de la prueba del daño. Estos efectos son vitales para los contratantes, y la naturaleza misma de la cláusula penal debe mantenerse bajo estos.

Tercero, la indemnización convencional establecida en la cláusula penal, como regla predeterminada, sustituye a la indemnización judicial. Como bien puede interpretarse del artículo 1559, la opción que se da entre la exigibilidad de la indemnización por perjuicios judicial y la pena, permite inferir que ambas se sustituyen al optar por una u otra, y esta decisión dejaría a la opción no elegida como insubsistente.

Cuarto, La indemnización convencional abarca todos los daños que se abarcarían en la indemnización judicial. Al prescribir una opción absoluta, y no establecer excepciones, del artículo 1559 claramente se puede interpretar que optar por la pena (indemnización convencional) conllevaría consigo optar por todos los daños indemnizables en sede contractual. Esta opción no prescribe exclusiones de manera normativa, y la única manera de excluir cierto tipo de daños de ser o no indemnizados es haciéndolo expresamente.

Quinto, los daños extrapatrimoniales contractuales son resarcibles y se abarcan en la cláusula penal. Tanto la jurisprudencia como la doctrina ha considerado que la discusión respecto de la indemnización de los daños extrapatrimoniales en sede contractual ha sido superada. Por lo tanto, la procedencia de estos daños en sede contractual conlleva consigo la aceptación de que estos serán evaluados en la cláusula penal.

Sexto, la institución de la cláusula penal y la del daño extrapatrimonial son interdependientes y armónicas entre sí. A pesar de que ambas instituciones se incorporaron al Código Civil con más de doscientos años de diferencia, ambas instituciones se complementan, y la obligatoriedad de que el Código sea sistemáticamente coherente hace que ambas encuentren cabida. De la misma manera, no se ha encontrado antinomias o exclusiones normativas entre ambas normas, haciendo que su interdependencia sea armónica y válida.

Séptimo, la subjetividad de los daños extrapatrimoniales no es fundamento para establecer que su evaluación en la cláusula penal es imposible. Si bien la evaluación de los daños extrapatrimoniales ha presentado dificultades, esta no es distinta a las evaluaciones sobrevinientes, por ejemplo, del lucro cesante, y es de plena aplicación que las partes son los liquidadores óptimos para considerar cuál es el monto que resarciría al daño extrapatrimonial sobreviniente del incumplimiento del contrato.

Octavo, la ejecución de la cláusula penal conlleva la indemnización de todos los daños contractualmente indemnizables. A partir del estudio anterior, se concluye que la ejecución de la cláusula penal conlleva la indemnización por cualquier tipo de perjuicio que surja del incumplimiento del contrato, y la única manera de excluir a algún tipo de daños es hacerlo así expresamente. Las partes deben ser sofisticadas al momento de pactar una cláusula penal y definir su ámbito de aplicación, sus exclusiones y los casos en los cuales la pena se entenderá exigible.

Referencias bibliográficas

- Abeliuk, R. (1993). *Las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M., y Vodanovic, A. (1971). *Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.
- Barros Burie, E. (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Bustamante Alsina, J. (2008). *Teoría de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Contreras, J. A. (2012). La tasación de perjuicios mediante cláusula penal en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, núm. 48, pp. 1-28. <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.48.2012.03>
- Corral Talciani, H. (2009). La cláusula penal en la resolución del contrato. En E. Alcalde y H. Fábrega (coords.). *Estudios Jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez*, vol. 8 (pp. 331-360). Santiago: Ediciones Universidad del Desarrollo.

- Corral Talciani, H. (2014). *La "Cláusula Penal": función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Darquea, J. C. (2014). Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano: Análisis del Artículo 1572 del Código Civil. *Tesis de Pregrado, Universidad San Francisco de Quito*. <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/3872>
- Díez-Picazo, L. (2011). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: la responsabilidad civil extracontractual*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters.
- Díez-Picazo, L., y Gullón, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.
- Gatica Pacheco, S. (1959). *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Gómez Liguere, C. (2017). Concepto de daño moral. En F. Gómez Pomar y I. Marín García (ed.). *El daño moral y su cuantificación* (pp. 29-71). Barcelona: Walter Kluwer.
- Guastini, R. (2004). Proyecto para la voz "ordenamiento jurídico" de un diccionario. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27, pp. 247-282. <https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.09>
- Domínguez Hidalgo, C. (2006). La reparación del daño moral derivado de contrato en el Derecho Civil chileno: realidad y límites. En G. Íñigo de la Maza (ed.). *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado III* (pp. 227-244). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales Escuela de Derecho.
- Kelsen, H. (1960). *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. Ciudad de México: UNAM.
- Kemelmajer, A. (1981). *La Cláusula Penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Larrea Holguín, J. (1998). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo XV. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Marín García, I. y Milá Rafel, R. (2017). Daño moral contractual. En F. Gómez Pomar y I. Marín García (ed.). *El daño moral y su cuantificación*. (pp. 201-254) Barcelona: Walter Kluwer.
- Meza Barros, R. (2007). *Manual de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Mosset Iturraspe, J. (1986). *Responsabilidad por daños: El daño moral*. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar.
- Ospina Fernández, G. (2008). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Paez Salgado, D. (2015). ¿Daño moral por incumplimiento de contrato? Comentario a Sentencia de Corte Nacional de Justicia de Ecuador de 8 de septiembre de 2010. *Juris Dictio*, vol. 14 (16) , pp. 55-78. <https://doi.org/10.18272/iu.v14i16.729>
- Parraguez, L., y Darquea, J. C. (2016). La arbitrabilidad del daño moral. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, núm. 8, pp. 93-114. <https://doi.org/10.36649/rea8>
- Solé Feliu, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español. Indret: *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, pp. 1-42. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124352/172325>

Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2005). *Código Civil* (CC). Codificación No. 2005-010. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio del 2005.
- Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil (1984). *Código Civil del Perú*. Decreto legislativo No. 295 de 25 de junio de 1984.

- Congreso Nacional de la República del Ecuador (1860). *Código Civil* (CC). Registro Auténtico 1860 de 3 de diciembre de 1860.
- Congreso Nacional de la República del Ecuador (1970). *Código Civil* (CC). Registro Oficial No. 446 de 4 de junio de 1970.
- Congreso Nacional de la República del Ecuador (1984). *Ley 171*. Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984.

Sentencias

- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia (2015). Sentencia de 7 de septiembre de 2015. No. 17711-2014-0158.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia (2010). *Hotel Boulevard y Predial Nueve de Octubre S.A. c. Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada*. Sentencia de 8 de septiembre de 2010. No. 019-2007-Ex 3ra k.r.
- Corte Suprema de Justicia de Chile (2008). Sentencia de 24 de marzo de 2008. Rol No. 136-2006.
- Corte Suprema de Justicia de Chile (2010). Sentencia de 2 de marzo de 2010. Rol No. 4626-2008, LP No. 43469.

LA TRATA DE PERSONAS COMO AMENAZA A LAS REDES TRANSNACIONALES
DE MIGRACIÓN DEL PUEBLO KICHWA OTAVALO
Human Trafficking as a Threat to the Transnational Migration Networks
of the Kichwa Otavalo People

ANDREA CAROLINA SUBÍA CABRERA¹
Universidad de Otavalo, Ecuador

Resumen

El objetivo de la investigación fue analizar la trata de personas con fines de explotación laboral como amenaza a las redes transnacionales de migración en el pueblo kichwa otavalo. Se utilizó una investigación de tipo mixta bajo el enfoque intercultural, se aplicaron encuestas dentro del cantón Otavalo a población kichwa otavalo y se analizó un caso de trata de personas a la justicia indígena. La emigración del pueblo kichwa otavalo inicia a edades tempranas, muchos adolescentes y jóvenes viajan, a modo de un comerciante itinerante, por su economía familiar y personal, sin embargo, pueden caer en redes de trata de personas con fines de explotación laboral. Finalmente, la intervención de la justicia comunitaria y estatal bajo los principios de cooperación, coordinación, diversidad, garantiza la defensa a los miembros de la comunidad que han sido víctima de este delito.

Palabras clave

Movilidad humana, interculturalidad, justicia indígena, trata de personas.

Abstract

The objective of the research was to analyze human trafficking for the purposes of labor exploitation as a threat to transnational migration networks in the Kichwa Otavalo people. A mixed type investigation was used under the intercultural approach, surveys were applied within the Otavalo canton to the Otavalo Kichwa population and a case of human trafficking to indigenous justice was analyzed. The emigration of the Kichwa Otavalo people begins at an early age, many adolescents and young people travel, as an itinerant merchant, for their family and personal economy, however, they may fall into networks of human trafficking for the purpose of labor exploitation. Finally, the intervention of community and state justice under the principles of cooperation, coordination, diversity, guarantees the defense of community members who have been victims of this crime.

Keywords

Human Mobility, Interculturality, Indigenous Justice, Human Trafficking.

¹ Abogada de la República del Ecuador. Magister en Relaciones Internacionales y Diplomacia. Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional Mar del Plata. Docente investigadora de la Carrera de Derecho, Universidad de Otavalo. Correo electrónico: asubia@uotavalo.edu.ec; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2896-1287>.



1. Introducción

Un Estado intercultural (De Sousa Santos y Exeni, 2013) reconoce y celebra la diversidad social con un enriquecimiento recíproco entre las varias culturas. En este escenario de diversidad e interculturalidad, la emigración de la población indígena kichwa otavalo empieza a edades tempranas. Como lo señala Torres (2005) los jóvenes son parte del movimiento transnacional de redes migratorias, factor identitario del pueblo indígena kichwa, a modo del empresario viajero que comercia artesanías y música denominado “mindaláe” (p. 438), o aquel comerciante itinerante (Caicedo, 2010).

Para Sarabino (2007) el origen del término mindaláe se remonta al año 1600, antes y durante la colonia un grupo de personas residentes en la ciudad de Quito, estuvieron vinculados al intercambio de productos, conocidos como mercaderes kichwa otavalo. Con este antecedente, se ha construido un proceso histórico desde hace varias décadas de migración que vincula a jóvenes indígenas procedentes de comunidades del pueblo kichwa otavalo que han creado redes transnacionales de migración.

En esta movilidad humana han surgido fenómenos sociales como la trata de personas que afecta a población vulnerable, se identifican factores estructurales que inciden como altos índices de pobreza, desempleo, estereotipos de los roles femenino y masculino, analfabetismo, desescolarización, altos índices de necesidades básicas insatisfechas, lo que ha perpetuado su naturalización e invisibilidad. Es así, la población en mayor riesgo de caer en redes de trata de personas con fines de explotación laboral mayoritariamente son niñas, mujeres, niños y adolescentes (Coloma, 2012).

Con ese antecedente, surge la necesidad de responder si ¿existen formas de movilidad humana, como la trata de personas con fines de explotación laboral, que amenazan el movimiento transnacional de redes migratorias característica cultural del pueblo kichwa otavalo?

Por otra parte, Ecuador, un Estado pluralista (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 1) legitima el derecho consuetudinario, siendo una forma en la que se regulan las relaciones sociales la justicia indígena, constituye un derecho de autodeterminación y autonomía de los pueblos y nacionalidades conocer y resolver los conflictos que aquejan a sus comunidades, como el delito de trata de personas, en este punto, corresponde responder: ¿qué desafíos enfrenta la justicia indígena cuando aborda el delito de trata de personas?, ¿resultaría adecuado que exista una coordinación entre justicia ordinaria e indígena como garantía de protección a los miembros de su comunidad?

En este sentido, el objetivo de la presente investigación fue analizar los distintos fenómenos vinculados a la movilidad humana, como la trata de personas, dentro del pueblo kichwa otavalo que amenazan el movimiento transnacional de redes migratorias característica cultural de dicha población.

La investigación responde al proyecto de investigación que se trabajó durante el año 2019 por la Carrera de Derecho en la Universidad de Otavalo titulado “Tráfico y trata de personas desde la perspectiva intercultural del pueblo kichwa otavalo”.

Es una investigación mixta (López, 2014), teórica y de campo cuyo enfoque intercultural va más allá de interrelación, comunicación y cohesión social, pues se centra en la construcción de procesos de conocimiento y de la práctica política de los unos y los otros, del poder social del Estado y de una sociedad con otra, que emerge fuera de los centros políticos del conocimiento académico, es decir, la unidad en la diversidad (Walsh, 2007).

Se usaron los métodos analítico y etnográfico (Guardián, 2007); en la fase de recolección de datos se aplicaron encuestas a población kichwa otavalo en los meses

abril a mayo del 2019, además, se realizaron entrevistas a dos mujeres kichwa otavalo expertas en la temática y se analiza el caso 10282-2014-0129 que llegó a judicializarse en el sistema de justicia ordinaria y que fue resuelto mediante declinación de competencia en la justicia indígena.

Se utilizó un muestreo no probabilístico por cuotas (Palella y Martins, 2012), la muestra se seleccionó tomando en cuenta varios aspectos como la actividad comercial (comercio de artesanías) y los lugares de encuentro: sectores comerciales que vinculan la actividad productiva en la compra-venta de artesanías, de vestimenta manufacturada, de alimentos, de animales, entre ellos: la Plaza Centenario o Plaza de Ponchos, el Mercado de Animales, el Mercado Copacabana y el sector comercial urbano de la ciudad de Otavalo.

Sobre la investigación de campo aplicada, el total de mujeres indígenas kichwa otavalo encuestadas fue de 172 frente a 171 hombres (343 personas), el rango etario en las mujeres 21 años a 58 años y de los hombres de 21 años a 59 años. Una limitante fue que la población se veía condicionada en responder la encuesta ya que muchos no sabían leer o escribir en español.

Las personas encuestadas provenían de comunidades rurales y del sector urbano del cantón Otavalo, al igual que de Cotacachi y Cayambe.

2. Movilidad humana en el pueblo kichwa otavalo

Ecuador ha suscrito y ratificado tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del *ius cogens* como normas imperativas que no admiten acuerdo en contrario, aplica los principios de cláusula abierta, aplicabilidad directa, pro ser humano y no restricción de derechos (Constitución de la República de Ecuador [CRE], 2008, Art. 417), y garantiza dentro del territorio nacional que la normativa internacional forme parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano de directa e inmediata aplicación por su rango supraconstitucional.

A nivel internacional se encuentra la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares del año 1990, se afirma que se reconoce al trabajador migratorio itinerante, quien reside en un Estado de forma temporal y viaja a otro Estado por periodos breves debido a su ocupación.

La Ley Orgánica de Movilidad Humana (2017) reconoce el derecho a la libre movilidad humana de forma circular o permanente, individual, familiar o en grupo (Art. 2); además se reconoce que una familia transnacional se forma por aquellos miembros hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad que viven en dos o más países, uno de los cuales es el Ecuador, y que mantienen vínculos: afectivos, económicos, sociales y culturales. (Art. 5). En relación a la promoción de la identidad cultural ecuatoriana la ley asegura que el Estado ecuatoriano en el exterior debe garantizar la transmisión y promoción de su identidad cultural (Art. 10).

En el caso del pueblo kichwa otavalo de nacionalidad indígena la característica de emigrar, fuera de los territorios de origen, data de hace cientos de años, el *mindaláe* o aquel comerciante itinerante se movilizaba con el objetivo de comercializar sus productos y artesanías.

Para varios autores (Céleri, Kyle, Caicedo, Maldonado, Torres, Ordoñez) que han investigado el fenómeno migratorio en el pueblo kichwa otavalo destacan que el inicio del movimiento transnacional de redes migratorias inicia en la segunda década del siglo XX (Ordoñez y Colmeranes, 2017).

En lo referente a esta movilidad, Caicedo (2010) considera que es un factor cultural identitario del pueblo indígena kichwa otavalo característico de una cadena migratoria

familiar que data de los años 1940 hasta la actualidad; jóvenes kichwa otavalo inician un proceso emigratorio circular en interconexión con las comunidades de origen y de destino, entre los países de destino se encuentran Colombia, Chile, Brasil, República Dominicana, México, Estados Unidos, Bélgica, España, Italia, entre otros (Subía, 2018).

Torres (2005) resalta que en este contexto existe una relación de emigración en una construcción social permanente de identidad indígena en movilidad. Emigrar constituye una particularidad del pueblo kichwa otavalo, forma parte de su identidad, se les caracteriza como mercaderes itinerantes de música, vestimenta, artesanía, etc., a través de redes familiares y sociales (Subía, 2018).

El Observatorio Jurídico para la protección y promoción de derechos colectivos de la Universidad de Otavalo en la fase de investigación con las encuestas aplicadas durante el año 2019 analizó las características de la emigración indígena kichwa otavalo de redes transnacionales de migración, entre ellas, edad de inicio del proceso migratorio, motivo de viaje y experiencia migratoria familiar:

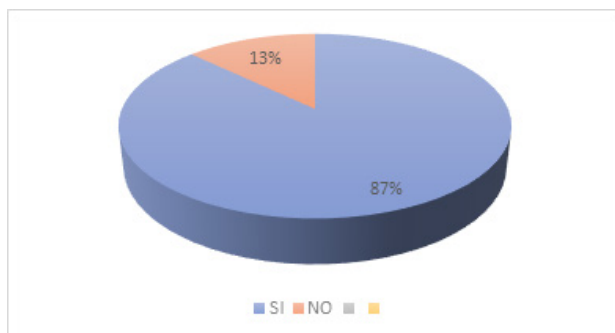


Figura 1. Migración transnacional familiar del pueblo kichwa Otavalo. Encuestas del Observatorio Jurídico para la vigilancia y protección de derechos colectivos de la Universidad de Otavalo (2019).

En este sentido, se determina que es un aspecto cultural movilizarse fuera del país para la población kichwa Otavalo, cuando se pregunta a las personas si algún miembro de su familia ha emigrado fuera del país, de las 343 personas encuestadas 299 respondieron SI, lo que representa el 87%, y únicamente 44 personas respondieron NO (12, 82%).

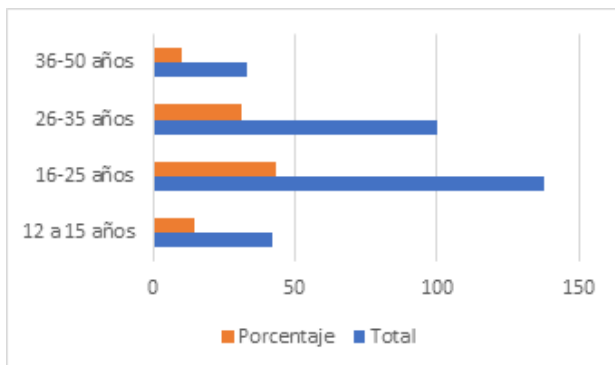


Figura 2. Edad promedio del primer viaje. Encuestas del Observatorio Jurídico para la vigilancia y protección de derechos colectivos de la Universidad de Otavalo (2019).

De la población encuestada, 313 personas señalan que la edad en la que salen de su lugar de origen es de los 16 años en adelante, el 14,4% (42 personas) realizaron el primer viaje siendo menores de los 15 años de edad. El rango de la emigración transnacional generalmente se realiza a edades de entre los 16 años y los 34 años, lo que refleja en general que la mayoría de la población kichwa otavalo en el cantón Otavalo inicia su vida migratoria en su etapa de la adolescencia y juventud.



Figura 3. Documentos Migratorios. Encuestas del Observatorio Jurídico para la vigilancia y protección de derechos colectivos de la Universidad de Otavalo (2019).

En relación a las 299 personas encuestadas que afirmaron haber viajado al extranjero o sus familias, la mayoría (250 personas 83%) respondió que la migración se realizó de forma regular, es decir, los documentos de viaje usados fueron los requeridos por los Estados de destino, como son pasaporte y visa, o en el caso de niños, niñas y adolescentes, la emisión de la autorización de salida del país de sus representantes; por el contrario, un 17% de personas respondió que su migración no contó con documentos de viaje, podrían haber migrado de forma irregular.

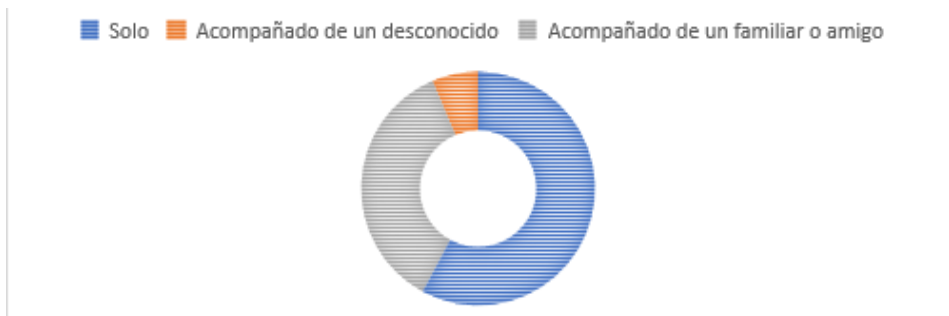


Figura 4. Redes Transnacionales. Encuestas del Observatorio Jurídico para la vigilancia y protección de derechos colectivos de la Universidad de Otavalo (2019).

De la población encuestada, 165 personas (56%) afirma que en el lugar de destino le esperan cónyuges, familiares, amigos o vecinos, se desarrollan redes transnacionales de movilidad dentro de la población kichwa migrante.

En este sentido, de acuerdo a Subía (2018) la población indígena kichwa otavalo se caracteriza por mantener una cultura de movilidad ancestral, a través de redes transnacionales que crea lazos de apoyo entre el lugar de origen del viaje y el lugar de destino.

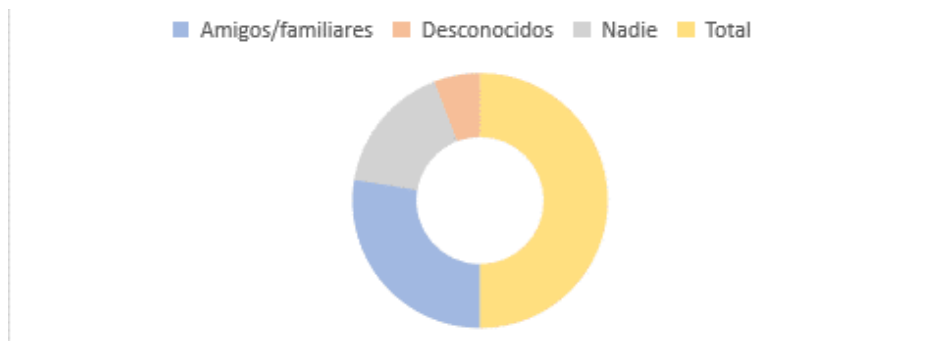


Figura 5. Redes Transnacionales de Migración. Encuestas del Observatorio Jurídico para la vigilancia y protección de derechos colectivos de la Universidad de Otavalo (2019).

Por otra parte, 99 personas (33%) responden que a su llegada no le esperaban amigos, conocidos o familiares, y 35 personas (11%) aseguraron que en el lugar o país de destino les esperaba un desconocido, siendo un viaje de aventura que en ocasiones puede resultar positivo, ya que las ganancias obtenidas responden en gran medida a la temporada comercial en la que viajan.

Sobre el motivo de viaje la población kichwa otavalo en su mayoría (43%) señala a los motivos laborales para mejorar su situación socioeconómica; seguido del comercio, negocio y artesanía 36% que es característica una característica del pueblo kichwa otavalo en su calidad de comerciantes itinerante. Y, fomentar la música el 11%, conocer otras culturas 6%, como tradición familiar el 2% y estudiar 2%.

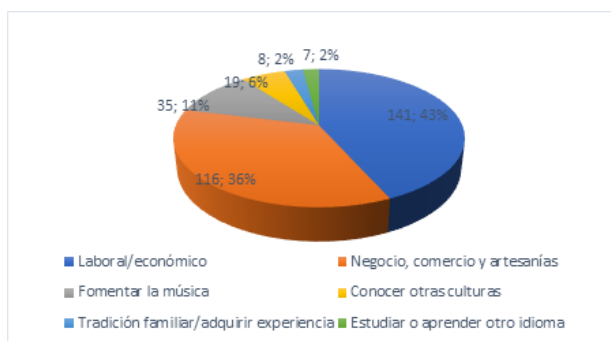


Figura 6. Motivaciones de la emigración. Encuestas del Observatorio Jurídico para la vigilancia y protección de derechos colectivos de la Universidad de Otavalo (2019).

Las personas encuestadas consideran que su principal motivación es mejorar su situación económica, al conseguir un trabajo que responda a sus necesidades, e igualmente, al emprender un comercio o negocio como es el de artesanías.

En relación al segundo motivo de viaje de la población kichwa otavalo encuestada, se resalta el factor identitario, se considera que, en su tradición cultural, el mindaláe es aquel comerciante itinerante de música y artesanía. Esto último es característico del factor cultural del emigrante de comercio, negocios, música y artesanía desde épocas anteriores a la

colonia hasta la actualidad. Además de que concurren motivos económicos, existen factores identitarios, sociales y culturales que influyen en la emigración.

En el pueblo kichwa otavalo la teoría migratoria que permite la comprensión de esta clase de movilidad se denomina redes migratorias transnacionales (Arango, 2003), definidas como aquel conjunto de relaciones interpersonales de emigrantes de un mismo lugar de origen unidos por factores en común, entre ellos, amistad, compañerismo, parentesco, ayuda económica, apoyo, experiencia y confianza lo que les permite reducir riesgos y costos al momento de emprender el viaje (Kyle, 2000).

3. La trata de personas como amenaza a las formas de movilidad humana del pueblo kichwa Otavalo

La trata de personas, desde las teorías migratorias de sistema mundo de Sassen (1988) y de Wallerstein (2006), es un fenómeno que data de inicios de la historia de la humanidad. A través del sistema feudal la esclavitud había penetrado en todas las esferas sociales, una persona podía ser sometido a esclavitud, vendido como objeto de comercio.

Con posterioridad, el sistema capital dentro del marco de negocios e intercambio de mercancías ha generado una estructura social con una distribución desigual del poder económico (sociedades en situación económica de pobreza, desempleo, analfabetismo, necesidades básicas insatisfechas) mediante el cual se permite la explotación laboral desregularizada de la mano de obra barata de seres humanos, como lo señala Calderón (2014):

Obtener mano de obra barata privándole de cualquier beneficio que puede implicar alguna “pérdida” económica por parte del tratante [...] mientras haya demanda de mano de obra a bajo costo, sin regularización e inexistencia o inaplicabilidad de instrumentos legales que castiguen la práctica de trata y explotación laboral, el negocio seguirá siendo viable y por ende lucrativo. (p. 238).

La ONU, en el año 2000, emite la Convención de la Organización de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional cuyos instrumentos internacionales conexos se vinculan con delitos en materia de movilidad humana como es el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños al mismo que se le denomina Protocolo de Palermo. Instrumentos vinculantes que fueron suscritos y ratificados por Ecuador en el año 2002 (Hidalgo, 2017).

En el Protocolo de Palermo se define el tipo penal de trata de personas como aquel por el cual una persona es captada a través de la amenaza, uso de la fuerza, engaño, abuso de poder o cualquier situación de vulnerabilidad; y, es trasladada y acogida para finalmente ser explotada. En el caso de que la víctima sea un niño, niña o adolescente (NNA) establece que, incluso sin que exista ningún medio de coacción, uso de la fuerza o amenaza, cuando un NNA es captado, traslado, acogido y explotado, se considera trata de personas: “La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados.” (Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, 2000, Art. 3).

En el año 2008, se promulga la vigésima Constitución ecuatoriana, enuncia que todas las personas nacen libres en igualdad de derechos y dignidad, por lo cual se prohíbe toda clase de esclavitud, explotación, servidumbre, tráfico y trata de personas (2008, Art. 66).

Como política nacional, desde el año 2006, en Ecuador se puso en vigencia el Decreto Ejecutivo No. 1823 sobre el Plan Nacional para combatir la trata de personas, explotación sexual, laboral y otros medios de explotación de personas, en particular mujeres, niños, niñas y adolescentes, actualmente está vigente el Plan de acción contra la trata de personas en Ecuador 2019 – 2030 (Ministerio de Gobierno, 2019).

El instrumento que tipifica el delito de trata de personas es el Código Orgánico Integral Penal del año 2014 (COIP). En materia de movilidad humana, se pone en vigencia desde el 2017 la Ley Orgánica de Movilidad Humana con su Reglamento. Dentro del capítulo V, la Ley contempla los delitos de trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes y se enfoca en el eje de protección de las víctimas de los delitos.

A nivel local, en el año 2016 el Gobierno Provincial de Imbabura, junto a las delegaciones de organizaciones e instituciones públicas que conforman la mesa de lucha anti trata, emiten la Ordenanza para la Promoción y Protección de Derechos de Personas en Movilidad que se enfoca en los ejes de prevención y protección de derechos en base a principios de corresponsabilidad, interculturalidad, género, diversidad, solidaridad, no devolución, no discriminación.

En el año 2015, el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Otavalo, en base al estudio realizado en el cantón en el año 2013 por parte de FLACSO-Ecuador y la Organización Internacional de Migraciones (OIM), emite la Ordenanza cantonal Trata de Personas, Identificación y Protección Integral de las Víctimas de este delito. Identifica que en Otavalo los tipos de trata de personas son con fines de explotación laboral, mendicidad y operaciones delictivas que afectan mayoritariamente a mujeres, niñas, niños y adolescentes.

Caicedo (en Subía, 2018) identifica:

[...]la migración transnacional kichwa comenzó en los año 40 y tuvo a Colombia como primer país de destino; poco a poco se amplió a otros países de Latinoamérica, Caribe, Norteamérica, Europa y Asia; en el caso de Colombia en especial, señala que existen dos grupos de emigrantes que viajan a Colombia, los empresarios y los laborales, el último grupo está conformado por adolescentes y jóvenes kichwa otavalo (hombres y mujeres), esta migración tiene el significado de aventura, audacia y éxito económico, no obstante, se identifican casos de abuso y explotación de niños, niñas y adolescentes que emigran y se encuentran a merced de la familia que los contrató, mientras menos edad y experiencia mayor vulnerabilidad y posibilidad de control, ya que se encuentran fuera de sus lazos familiares y de su comunidad de origen. La situación de NNA que son llevados a Colombia con el fin de trabajar bajo condiciones de explotación, perjudiciales para su desarrollo e integridad, constituyen trata infantil con fines de explotación laboral (p. 123).

Las características sociales estructurales, como pobreza y desequilibrio en la distribución social de la riqueza, se observan en varias de las comunidades rurales indígenas del cantón Otavalo; por ejemplo, Buitrón (2011) señalaba que 45,74 % de la población indígena sufría de necesidades básicas insatisfechas (NBI) al año 2007 y en el año 2008, del 45,13%.

En el año 2015 dentro de la Actualización del Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Cantón Otavalo (PDOT) se señala que la pobreza por NBI en el cantón Otavalo es del 36,7% por NBI. (Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Otavalo, 2015).

Sobre la trata de adolescentes con fines de explotación laboral, existen algunos factores que inciden en la problemática como:

El sector rural no está siendo atendido en servicios básicos, educación; existen inequidades entre el sector urbano y rural a nivel educativo. El nivel de deserción afecta a la escolaridad especialmente al iniciar el octavo año de educación básica. El analfabetismo en las comunidades especialmente en las mujeres. Ingreso de población inmigrante e involucramiento en el tráfico de drogas, mercancías. Trata de adolescentes con fines laborales. (Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Otavalo, 2015, pp. 75-77).

De la entrevista a Marta Arotingo en representación de la UNORCAC (Unión de Organizaciones Campesinas e indígenas de Cotacachi), como principal actor social en la lucha antitrata en la provincia de Imbabura (entrevista 17 de septiembre del 2017), afirma que las principales causas de la existencia de este fenómeno:

a) Existe falta de recursos y presupuesto cantonal muy limitado frente a este tipo de fenómenos sociales. b) Existe un sistema de víctimas y testigos que analiza el perfil de una víctima, no se han creado a nivel cantonal casas de acogida para las víctimas, constituye la ausencia de un sistema de reintegro efectivo y rehabilitación de la víctima, por las repercusiones en su proyecto de vida. c) Existen muy pocos casos denunciados, en el registro de la Fiscalía de la provincia de Imbabura, solo 10 casos en Otavalo han sido denunciados, 1 caso en Cotacachi y ningún caso judicializado, a diferencia de lo que señala la Fundación Terra de Hombres junto a UNORCAC, se han encontrado aproximadamente 60 víctimas y recogido 19 testimonios de población indígena de nacionalidad kichwa de las comunidades rurales del cantón Cotacachi.

Uno de los riesgos de caer en el delito de trata de personas con fines de explotación laboral para Calderón (2014) es el vínculo con el trabajo infantil, ya que existe la creencia de considerar que todos los miembros de un núcleo familiar deben apoyar a la economía y que el trabajo prepara a los NNA en su vida de adultos.

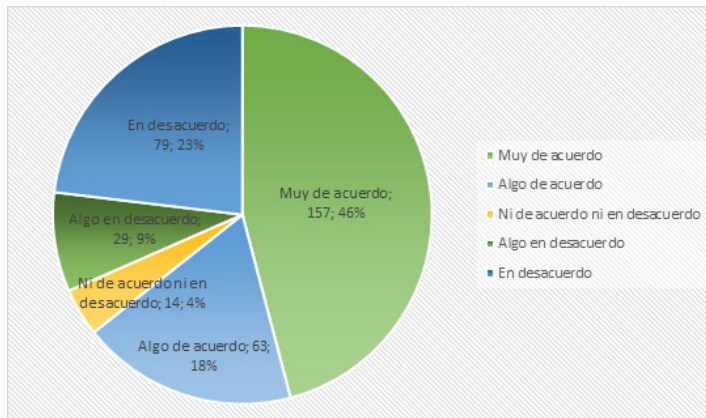


Figura 7. Trabajo a edades tempranas (12 a 16 años) Encuestas del Observatorio Jurídico para la vigilancia y protección de derechos colectivos de la Universidad de Otavalo (2019).

En relación a la temática, un total de 157 personas, que corresponde al 46% de la muestra aplicada, está muy de acuerdo y un 34% (63 personas) está algo de acuerdo en que niños, niñas y adolescentes trabajen a edades tempranas. Frente a 43% (79 personas) está en desacuerdo en el trabajo a edades tempranas de NNA.

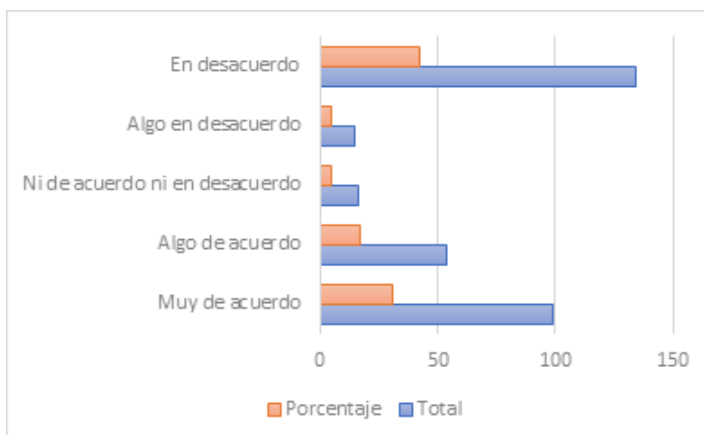


Figura 8. Viaje vinculado a la economía familiar. Encuestas del Observatorio Jurídico para la vigilancia y protección de derechos colectivos de la Universidad de Otavalo (2019).

Cuando se pregunta a las personas encuestadas si está de acuerdo en enviar a sus niños, niñas y adolescente de viaje para ayudar a la economía familiar, aplicándose la escala de Likert existe una posición dividida, entre, muy de acuerdo, de acuerdo, y, algo en desacuerdo y en desacuerdo: 1) mientras 134 personas que corresponde al 41,94% de la muestra considera que no está de acuerdo en enviar de viaje a niños, niñas y adolescentes a trabajar para ayuda familiar; 2) el 30,98% (99 personas) considera que está muy de acuerdo en que NNA viajen con el fin de ayudar a sus padres a trabajar; y 3) 16,9% (54 personas) está de acuerdo que NNA viajen a trabajar para ayudar a la economía familiar.

Otra de las preguntas que se incluyó fue si los niños, niñas y adolescente debían realizar actividades domésticas en el hogar fuera del horario de clase con un total del 99% de acuerdo (340 personas).

Es importante, además considerar que el Ministerio del Trabajo del Ecuador (2015) en base al objetivo nacional para la erradicación del trabajo infantil implementó la Resolución Ministerial No. MDT-2015-0131 en la cual establece un listado de actividades peligrosas de trabajo en adolescentes, entre 15 a 17 años de edad, se define lugares peligrosos como minas, construcciones, zonas fronterizas, etc. La excepción que se establece en nuestro Estado, de forma específica en el Código de la Niñez y Adolescencia, artículos 85 a 87, se vincula con las actividades ancestrales formativas que realizan niños, niñas y adolescentes menores de los 15 años que pertenecen a pueblos y nacionales indígenas o afrodescendientes.

Entre las actividades que contribuyen al proceso formativo de NNA vinculado a su grado de pertenencia étnica el Código de la Niñez y Adolescencia (2003) señala que se debe asegurar el desarrollo integral de los adolescentes, las tareas deben estar acorde a sus capacidades y su edad, así como, contribuir a su desarrollo y adquisición de destrezas que les permitan transmitir sus valores culturales. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 86, núm. 1).

Para García (2009) el trabajo infantil en población indígena es un fenómeno social que debe analizarse bajo el enfoque de interculturalidad ya que en la cosmovisión indígena el trabajo no es nocivo, sino que se obtienen habilidades y destrezas que los preparan en su vida adulta.

En relación a actividades domésticas, agrícolas o ganaderas que se les asignan como ayuda familiar, García (2009) resalta que las actividades que realizan niñas y niños inician a la edad de 6 años con un máximo de dos horas diarias. En el caso de que un NNA salga en búsqueda de trabajo solo o acompañado, generalmente es una decisión que es consentida por la familia, a edades tempranas, desde los 12 años, lo cual concuerda con respuestas obtenidas en la investigación de campo.

Con lo anterior, se debe precisar que por su grado de vulnerabilidad cuando un NNA emigra, como parte de su identidad cultural kichwa otavalo, fuera de su hogar, a realizar actividades laborales que constituyan trabajos peligrosos sin los estándares adecuados; por ejemplo, trabajos en horarios extenuantes, se pone en riesgo de que un NNA sea víctima de trata de personas con fines de explotación laboral.

Sobre el fenómeno migratorio en el pueblo kichwa otavalo, según Caicedo (2010) existe una idea contradictoria en la emigración transnacional en la que se aprende a viajar viajando, insiste en una desigualdad social, en la que NNA del pueblo kichwa otavalo que han sido llevados a ciudades como Cali y Bogotá, en Colombia, han permanecido en condiciones de explotación laboral, realizando actividades en horarios extenuantes, engañados con promesas de pagos que muchas veces no llegan; aun así, asegura que de los testimonios de los adolescentes y jóvenes kichwa otavalo, un viaje es perjudicial únicamente cuando no existe el pago pactado, a pesar de que hayan vivido en condiciones de explotación y maltrato.

Concuerda Ordoñez (2008) que, aunque dicha migración ha generado beneficios a migrantes indígenas con posición económica estable existe el riesgo de que se generen desigualdades sociales en la población que no ha migrado o que lo hace con grandes dificultades.

Es así que, cuando los NNA emigran lejos de sus hogares a trabajar en actividades nocivas, peligrosas o que menoscaban sus derechos, existe trata de personas fines de explotación laboral, por el aprovechamiento injusto de la mano de obra y trabajo de NNA, en situaciones precarias y sin los estándares necesarios.

En el contexto del pueblo kichwa otavalo la trata de NNA con fines de explotación laboral constituye una amenaza al movimiento transnacional de redes migratorias característica cultural del pueblo kichwa otavalo, ya que al llegar a naturalizarse produce invisibilidad social.

4. La justicia indígena en el juzgamiento de trata de personas

En el año 2013, dentro del pueblo kichwa otavalo se conoce un caso de trata de personas con fines de explotación laboral, siendo las víctimas mujeres adolescentes kichwa otavalo provenientes de comunidades rurales del cantón Cotacachi y, los agresores indígenas provenientes de comunidades urbanas del cantón Otavalo (Consejo de la Judicatura, 2016).

Al inicio de la investigación del caso, la Fiscalía de la ciudad de Otavalo conoció de las denuncias presentadas por parte de familiares de las víctimas, quienes se encontraban en República Dominicana. Se realizaron las diligencias necesarias con la finalidad de establecer la existencia del tipo penal de trata de personas.

La investigación duró 6 meses, tiempo en el cual se recabaron todos los elementos de convicción y pericias necesarias con el fin de dar inicio a la instrucción fiscal, momento en el que intervienen las autoridades de las comunidades de las cuales provienen víctimas y agresores solicitando se decline el caso a la justicia indígena.

La jueza de la Unidad Judicial Penal del cantón Otavalo declina la competencia del caso número 10282-2014-0129 en base a los principios pro jurisdicción indígena, diversidad y non bis in idem (Consejo de la judicatura, 2016).

La Constitución Ecuatoriana del 2008 caracteriza al Estado ecuatoriano como plurinacional e intercultural, el artículo 56 sobre derechos colectivos establece la posibilidad de que las autoridades de las comunidades indígenas ejerzan su derecho propio en base a sus costumbres y tradiciones, con respeto a los derechos humanos; se reconoce un Estado pluralista que respeta la autodeterminación de los pueblos y comunidades ancestrales (CRE, 2008, Art. 171).

Walsh (2007), considera que el objetivo de la interculturalidad alude a la “construcción de un proyecto social, cultural, político, ético y epistémico orientado a la descolonización y a la transformación” (p. 54). El Estado plural e intercultural “implica que el Estado valore e incorpore las diferentes visiones culturales, concepciones de bienestar y desarrollo de los diversos grupos étnico-culturales para la generación de servicios con pertinencia comunitaria” (Balbuena, 2016, p. 9).

López (2014) afirma que desde 1930 aparece el concepto de pluralismo jurídico cuyo principal cuestionamiento es el monismo estatal en la producción de normas jurídicas; a las diversas formas de derecho se les denominó *folk law*, por ser informales ya que el monopolio de la producción del Derecho lo mantenía el Estado.

En el año 1989, la Organización Internacional del Trabajo a través del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes, reconoce que existen pueblos y nacionalidades con diversas culturas, lenguas, tradiciones y distintas formas de administrar justicia.

En el año 2008, la Constitución ecuatoriana afirma el derecho colectivo de pueblos y nacionalidades indígenas a crear, aplicar, promover y practicar su derecho propio o consuetudinario, guardando el respeto a los derechos humanos en casos que se susciten en sus comunidades (Arts. 57, 171).

Hernández (2011) cita a Guartambel para resaltar que la justicia indígena dentro de los Estados plurinacionales permite la convivencia de preceptos y normas jurídicas milenarias, de transmisión intergeneracional en base de la cultura cósmica que vincula su armonía con la madre tierra, como lo señala, De Sousa Santos (2012) cuya finalidad es eliminar una mala conducta dentro de la sociedad y reestablecer el orden espiritual.

Con base a lo citado, se explican las características del caso a fin de responder sobre la importancia de la competencia y resolución de casos de trata de personas bajo el enfoque intercultural en la jurisdicción indígena:

4.1. Características del caso

Víctimas: dos adolescentes mujeres indígenas kichwa otavalo originarias del cantón Cotacachi, de comunidades del sector rural, de entre 15 y 16 años de edad al momento de ser captadas fuera de su colegio.

Los padres otorgaron el consentimiento a fin de que sus hijas viajen, estudien y trabajen durante un año con un pago de \$150,00 dólares mensuales.

Los agresores o tratantes: dos adultos (hombre y mujer) indígenas kichwa otavalo, originarios del cantón Otavalo, Parroquia San Juan Alto, quienes mantenían un negocio en República Dominicana, con experiencia en migración, es decir, en calidad de emigrantes itinerantes retornaban periódicamente a Ecuador, a su comunidad de origen; para Sarrible (2003) la migración es una experiencia que permite al migrante salir de una sociedad e ingresar a otra, lo cual amplía sus horizontes, porque forma parte de su historia más reciente y cercana.

4.2. Trata de personas con fines de explotación laboral

Se considera que el viaje inició como una red migratoria en beneficio de adolescentes kichwa otavalo, sin embargo, las adolescentes al viajar al extranjero para trabajar varios meses, en la manufactura y venta de pulseras y manillas, de lunes a domingo, en jornadas de 15 horas de trabajo diario (7am a 10pm), lo hacían en condiciones de precariedad.

En cuanto a la alimentación se les permitía dos comidas diarias (a las 4pm y a las 11pm), las adolescentes dormían en el suelo. En varias ocasiones solicitaron a sus captores regresar al Ecuador, pero estos exigían que las adolescentes devolvieran \$800 dólares de gastos notariales y del vuelo.

4.3. Explotación sexual: acoso e intento de violación sexual

Según testimonios de las víctimas, el adulto tratante las acosaba y forzaba a besarlas e, inclusive, intentó abusar sexualmente de ellas. En agosto del 2013, tras el intento de violación sexual por parte del tratante hombre, una de las adolescentes víctima huye, la acogen en el consulado ecuatoriano y se abre la investigación penal en el país de destino. Se informa entonces a las autoridades ecuatorianas, las adolescentes regresan al Ecuador con ayuda de familiares y el consulado ecuatoriano.

4.4. Instituciones que cooperaron en el caso

Para la resolución del caso participaron: la Fiscalía del cantón Otavalo, en la investigación del caso; la Fundación Alas de Colibrí, en el acogimiento institucional; la Dirección Nacional de Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN) que, al conocer el caso, realiza un informe sobre el lugar de la captación y acogida; el Ministerio de Inclusión Económica y social, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, el Ministerio de Educación. Cabe resaltar que las instituciones son competentes en accionar en la lucha contra la trata de personas ya que conforman la mesa de movilidad humana (Defensoría del Pueblo, 2017).

El delito de trata de adolescentes con fines de explotación laboral implicó el cruce de fronteras; el Estado ecuatoriano al conocer el caso inicia con la investigación a través de la Fiscalía y las instituciones estatales que conforman la mesa de movilidad humana; en la etapa de análisis y resolución del caso actuaron bajo su competencia las autoridades indígenas, lo cual, permitió que exista cooperación entre justicia ordinaria y justicia indígena, por lo cual, resultó complementaria la investigación estatal y comunitaria como garantía de protección hacia las víctimas dentro del mismo caso.

4.5. Conflicto de competencia a la jurisdicción indígena

En el caso existió una posición dividida: mientras las autoridades indígenas solicitaban, en base a su derecho propio, la declinación de competencia, por otra parte, la Fiscalía de la ciudad de Otavalo se oponía a la misma, ya que, consideraba que la trata de personas es un delito pluriofensivo, que atenta a varios derechos de la persona en base al criterio de interseccionalidad, finalmente, el caso se remite a la jurisdicción indígena mediante sentencia ejecutoriada.

En base al Código Orgánico de la Función Judicial se reconoce la igualdad entre jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria a través del reconocimiento de varios principios vinculantes como el respeto a la diversidad en usos, costumbres y prácticas ancestrales, el principio *non bis in idem*, esto es, las resoluciones de la autoridad indígena no pueden ser objeto de revisión por parte de la justicia ordinaria, en caso de duda se prefiere la jurisdicción

indígena cuya interpretación se realiza bajo el enfoque de la interculturalidad (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, Art. 344).

A pesar de que existía una anomia por la falta de disposición legal que regule en la justicia ecuatoriana la declinación de competencia ordinaria a la justicia indígena desde la Constitución ecuatoriana del año 2008 (Dorado, 2014).

En el año 2014, en el caso denominado La Cocha, la Corte Constitucional ecuatoriana, dentro de un caso de asesinato, cuya resolución la realiza la jurisdicción indígena de la comunidad donde sucedió el delito y de donde procedían víctima y agresores, resuelve que, con el fin de velar por la justicia y de que no queden en la impunidad delitos contra la vida, este tipo de casos los debe conocer la justicia penal ordinaria. Sentencia objeto de críticas ya que se limita el derecho de pueblos y nacionalidades indígenas.

Es así que, en el año 2020, en el caso Cokiuve la Corte Constitucional (2020) mediante una acción extraordinaria de protección determina que una resolución judicial, en un juicio posesorio, que limita los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas a decidir su derecho propio es inconstitucional y no responde al Estado ecuatoriano plural e intercultural.

En el caso, bajo el enfoque de interculturalidad y con base en el Estado pluralista se comprende que se conoció y resolvió el caso de trata de personas bajo la competencia de la jurisdicción indígena como garantía del principio pro jurisdicción indígena (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

A decir De Sousa Santos (2012) la justicia indígena cuestiona la creación e interpretación que se le da al derecho por el monismo estatal. En el Ecuador la justicia indígena requiere de la coordinación con la justicia estatal, para ello se han creado principios denominados de diversidad, interculturalidad, igualdad, pro jurisdicción indígena, non bis in idem e interpretación intercultural, los mismos que se encuentran en un proceso de perfeccionamiento y cooperación entre ambas justicias cuando conocen un mismo caso (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

Con lo cual, se comprende que además se aplicó el principio de coordinación de justicias ya que en la investigación previa que realizó el Estado junto a instituciones que conocen de casos de trata de personas en el pueblo kichwa otavalo, las víctimas fueron rescatadas y retornan a sus comunidades, y con posterioridad, cuando el caso es conocido por autoridades comunitarias se declina el caso bajo su jurisdicción.

4.6. Acta de justicia indígena: criterios, sanciones y reparación

Las autoridades de las dos comunidades (San Juan Alto en Otavalo y Colimbuela en Cotacachi) en asamblea exhortan a las víctimas y sus familiares a poner prioridad en la educación de las adolescentes y el cuidado de sus padres con el direccionamiento y consejo de las autoridades comunitarias, ya que dentro de las comunidades el vínculo social es cercano. Como llamado de atención a los agresores, se les persuade a hablar con la verdad, a la honestidad sobre las condiciones reales del trabajo que se ofreció sin forzar a las adolescentes; se reprocha la agresión espiritual, física, psicológica, sexual y física a las que sometieron a las adolescentes víctimas.

Como sanciones y medidas a tomar, la comunidad: prohíbe a los agresores acercarse a las comunidades cercanas y ofrecer trabajo bajo engaños al haber faltado el respeto al principio *ama llulla* (“no mentir”).

Se les obliga a realizar trabajo y mingas comunitarias a los agresores durante 5 años; debiendo además capacitarse y realizar durante 2 años charlas en la comunidad sobre

derechos de los niños, niñas, adolescentes y mujeres. Durante 5 años, se les prohíbe asistir a fiestas ancestrales comunitarias. A la tratante mujer se le integra a la misión de cocina de reuniones comunitarias y mingas durante dos años. Se les prohíbe salir del país durante 3 años. Y, en concepto de compensación económica se les conmina a devolver \$500 dólares a la familia de las víctimas y entregar 100 dólares mensuales, durante dos años.

Sobre las sanciones y medidas de protección a las adolescentes víctimas, dentro del marco constitucional e internacional se reconoce el derecho a la reparación integral y reintegro de la víctima como premisa fundamental del derecho que incluye la verdad de los hechos, la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición, satisfacción del derecho violentado, sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

Tanto la Constitución ecuatoriana (Art. 78), como el Código Orgánico Integral Penal (2014, Art. 77) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC, 2009, Art. 18) reconocen el derecho a la reparación integral, el cual tiene como objetivo la adopción de todas las medidas necesarias para regresar al estado inicial anterior a la infracción. En el caso, el Acta de resolución exhorta a los agresores a realizar una serie de actividades, como la restricción a emigrar, a asistir a eventos, etc., lo que se pretendió fue asegurar que no se vuelva a cometer esta conducta perjudicial, ya que se reconoce el grado de afectación a las víctimas.

Finalmente, en el caso analizado se compensa económicamente a las víctimas, con una cantidad mínima de dinero. Y, se exhorta a la familia a proteger y cuidar la integridad de las adolescentes por su grado de vulnerabilidad.

En relación a la rehabilitación de la víctima, para Paolina Vercoutier, ex gobernadora de Imbabura y concejal de Otavalo, existe ausencia del Estado en temas de interés general que trascienden los derechos humanos de mujeres, niñas, niños, adolescentes indígenas kichwa otavalo, lo que genera impunidad e invisibilidad de problemáticas sociales:

En algunas comunidades el cabildo dice que se tiene que declinar el proceso a la justicia indígena en un caso de violación a una niña, se arregló con unos cien dólares, con una gallinitas entre compadres y no pasó nada, muchas veces la justicia indígena justifica primero la ausencia del Estado y segundo es cómplice de la impunidad; en casos de trata de personas que aquí en Imbabura el 98% es de kichwa otavalos, a nombre de la justicia indígena se produce vulneración de derechos humanos, se siguen replicando todos estos estigmas que alimentan los prejuicios raciales que tenemos como ecuatorianos [...] (Paolina Vercoutier, 2018).

Es decir, el reintegro de las víctimas es un desafío que necesita ser analizado por parte de las comunidades indígenas, especialmente porque una persona víctima de violencia necesita tratamiento médico, físico y psicológico que le permitan rehabilitarse, reintegrarse a su núcleo familiar y entorno social.

En este sentido, la reparación integral bajo los estándares legales sobre los derechos de las víctimas (LOGJCC, 2009, Art. 18) puede ser un desafío de las autoridades comunitarias en conflictos que vive su comunidad, cuando conoce y juzga delitos de trata de personas; principalmente porque requiere de acceso a recursos logísticos, tecnológicos, profesionales. En principio para la investigación en denuncias de casos donde la víctima se encuentra en otro país, por otra parte, en relación a la protección de la víctima y de su tratamiento de rehabilitación después de haber vivido violencia. Por ejemplo, en base al principio de coordinación y cooperación con la justicia ordinaria se podrían buscar alternativas que

permitan rehabilitar y reintegrar a las víctimas y sus familias en programas psicológicos, médicos, entre otros.

Al existir ausencia estatal y falta de coordinación de justicias se puede generar impunidad y vulneración de derechos, ya que la víctima y su familia no tendrían acceso a mecanismos de rehabilitación y reintegración social.

5. Conclusiones

El fenómeno migratorio de redes transnacionales es un factor identitario y cultural del pueblo kichwa Otavalo, dado su proceso histórico, del estudio de campo aplicado se deduce que la emigración inicia a edades tempranas de 16 a 35 años. En la actualidad, el factor económico es el principal motivo de migración, la situación económica impulsa al pueblo kichwa otavalo, a emprender el viaje, con el fin de encontrar un trabajo que responda a sus necesidades familiares.

En relación a la investigación realizada se destaca que en el pueblo kichwa otavalo existen redes transnacionales de migración hacia el exterior. Emigrantes viajan acompañados de familiares, amigos y conocidos. Existe emigración por motivos económicos que suele vincularse al comercio de música, artesanías y productos manufacturados.

Fenómenos sociales vinculados con esta movilidad humana, como la trata de personas, afectan a niños, niñas y adolescentes que provienen de comunidades rurales con altos índices de necesidades insatisfechas, pobreza, desempleo, etc.

En lo que a trabajo infantil se refiere, la población encuestada en su mayoría considera beneficioso que niños, niñas y adolescentes contribuyan en los quehaceres domésticos en horarios fuera de clase. La mayoría considera que, de ser necesario, niños, niñas y adolescentes trabajen fuera del hogar e incluso deben emprender un viaje para trabajar y contribuir así a la economía personal y familiar, sin embargo, constituiría una amenaza a la emigración de NNA que por su condición de vulnerabilidad caen en redes de trata de personas con fines de explotación laboral.

Ecuador con el reconocimiento del pluralismo jurídico bajo el enfoque de interculturalidad garantiza que se resuelvan delitos que afectan a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. En el caso objeto de análisis, se concluye que la trata de personas no es una conducta propia de las comunidades indígenas; es así que, el cuidado, protección y rehabilitación de niñas, niños y adolescentes víctimas corresponde a la justicia indígena en cooperación con el Estado en base a los principios de: cooperación, diversidad y pro jurisdicción indígena.

Referencias bibliográficas

- Arango, J. (2003). *La explicación teórica de las migraciones: Luz y sombra, Migración y Desarrollo*. Buenos Aires: Red Internacional de Migración y Desarrollo.
- Balbuena, P. (2016). *El enfoque intercultural en la gestión pública*. Ministerio de Cultura Perú.
- Buitrón, E. (2011). *Estudio sobre el estado de la trata de Personas en Ecuador*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. http://www.unodc.org/documents/peruandecuador/Informes/ECUADOR/trata_de_personas_en_ecuador_Final.pdf

- Caicedo, L. (2010). “Los kichwaotavalos en Bogotá”. En: A. Torres coord. Niñez indígena en migración. Derechos en riesgo y tramas culturales. Quito: FLACSO, Sede Ecuador – UNICEF (TACRO) – AECID.
- Calderón, E. (2014). “Fronteras abiertas y trata de personas con fines de explotación laboral: Análisis de la política exterior del Ecuador”. Disertación maestra. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.
- Célleri, D. (2016). “La pertenencia étnica en contextos migratorios. Jóvenes indígenas migrantes en una comunidad rural de Otavalo- Ecuador”. Disertación doctoral. Hannover: Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover.
- Coloma, S. (2012). Diagnóstico sobre la Trata de Personas en los cantones Otavalo y Cotacachi, Provincia de Imbabura. Quito: FLACSO, sede Ecuador-OIM.
- Compassion International (2017). NIÑOS Serie Filosófica Ministerial de Compassion. Edición en español revisada por Compassion International, junio 2017.
- Defensoría del Pueblo (2017). La comisión interinstitucional se activa en la lucha contra la trata de personas. <https://www.dpe.gob.ec/la-comision-interinstitucional-se-activa-la-lucha-la-trata-personas/>
- De Sousa Santos, B. (2012) Justicia Indígena, Plurinacional e Intercultural en Ecuador. La Paz/Bolivia: Edición Abya Yala 1er Edición.
- De Sousa Santos, B. y Exeni, J. (2013). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. La Paz: Editorial AbyaYala. <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/44166/1/Justicia%20Ind%C3%ADgena%2C%20Plurinacionalidad%20e%20Interculturalidad%20en%20Bolivia.pdf>
- Dorado, D. (2014). Caso La Cocha. Observatorio Justicia Constitucional. https://observatoriojusticiaconstitucional.uasb.edu.ec/comentarios/-/asset_publisher/vn0pS-dFKZZcK/content/analisis-caso-la-cocha-sentencia-no-113-14-sep-cc-de-la-corte-constitucional-del-ecuador?inheritRedirect=false
- García, F. (2009). *Trabajo Infantil Indígena*. Quito: FLACSO, sede Ecuador.
- Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Otavalo (2015). Actualización del Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Cantón Otavalo. Prefectura de Imbabura.
- Guardián, A. (2007). *El Paradigma Cualitativo en la Investigación Socio-Educativa*. San José de Costa Rica: Colección Ider.
- Hernández, M. (2011). Justicia Indígena, Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).
- Hidalgo, V. (2017). “Delitos de Trata y Tráfico de Personas en Ecuador: Tratamiento, Protección de Derechos e Implicaciones de la Ley Orgánica de Movilidad Humana a la luz de la Normativa Internacional y Nacional”. Disertación Especialización en Migraciones, Políticas Públicas y Globalización. Instituto de Altos Estudios Nacionales. <http://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/4675/1/ANA%20VALERIA%20HIDALGO%20TERAN.pdf>
- Illicachi, J. (2014). Desarrollo, educación y cosmovisión: una mirada desde la cosmovisión andina. *Universitas XII* (21), pp. 17-32.
- Jokisch, B. y Kyle D. (2005). *Las transformaciones de la migración transnacional del Ecuador, 1993-2003*. FLACSO Ecuador, pp. 60-61
- López, L. (2014). El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho. *Revista de derecho constitucional UMBRAL*.

- López, M. (2014). *Métodos y técnicas de investigación jurídica*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Ministerio del Trabajo del Ecuador (2015). Resolución Ministerial No. MDT-2015-0131. <http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2015/07/17-A.M-0131-Listado-de-Actividades-peligrosas-en-el-trabajo-de-adolescentes.pdf>
- Ordoñez, T. y Colmenares, F. (2017). Tres generaciones del transnacionalismo kichwa-otavalo. <http://dx.doi.org/10.33679/rmi.v1i36.767>
- Palella, S. y Martins, F. (2012). Metodología de la investigación. Fondo Editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador.
- Parlamento Andino. (2013). Protocolo Andino de Atención Integral a las víctimas de Trata de Personas.
- Plan Nacional contra la Trata de personas, Tráfico Ilegal de Migrantes, explotación sexual y laboral y otros medios de explotación de personas, en particular de mujeres, niños, niñas y adolescentes y personas con diversas identidades sexuales. (2006). Decreto Ejecutivo N° 1823. Registro Oficial No. 375 de 12 de octubre del 2006.
- Ordóñez, A. (2008). “Migración transnacional de los kichwa otavalo y la fiesta del Pakwar Raymi”. En Alicia Torres y Jesús Carrasco (Coords.). *Al filo de la identidad. Migración indígena en América Latina*. FLACSO-UNICEF.
- Sarabino, Z. *El proceso de la construcción de las élites indígenas en la ciudad de Otavalo. Disertación maestría en Antropología Social con mención en Estudios Étnicos*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales- Sede Ecuador, 2007.
- Sarrible, G. (2003). Migración: la construcción social de una experiencia, Papers 69. <https://core.ac.uk/download/pdf/13266934.pdf>
- Sassen, S. (1988): *The Mobility of Labour and Capital: A study in international Investment and Labour Flow*, Cambridge, University Press.
- Subía, A. (2018). “Análisis del tratamiento en Ecuador de la trata infantil con fines de explotación laboral durante el periodo 2008 al 2017. Disertación de maestría. Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- Supliguicha V, Vásquez G. y Jácome P. (2008). Trata de personas: historias que invisibilizan verdades. En: J. Pontón y A. Santillán (comps.). *Nuevas problemáticas en seguridad ciudadana*. Quito: FLACSO, 265-267.
- Torres, A. (2005). “De Punyaro a Sabadell...la emigración de los kichwa otavalo a Cataluña”. En: G. Herrera, M. C. Carrillo y A. Torres (eds.). (pp. 45-56). FLACSO.
- Torres, A. (2010). Niñez indígena en migración: derechos en riesgo y tramas culturales. Editor: FLACSO Sede Ecuador; UNICEF; AECID 2010.
- Wallerstein, I. (2006). *Análisis de sistemas-mundo: una introducción*. México: Siglo XXI Editores.
- Walsh, C. (2007). Interculturalidad y decolonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento de “otro” desde la diferencia colonial. En: W. Mignolo (pp. 47-62). *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Santiago: Siglo del Hombre.

Convenios y tratados internacionales

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. 2007. http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf

- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. 1956. «Oficina del Alto Comisionado de derechos Humanos de Naciones Unidas.» <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SupplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx>.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969). Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). Asamblea General de Naciones Unidas. Obtenido de: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Oficina del Alto Comisionado de Derechos humanos de Naciones Unidas. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Organización de los Estados Americanos. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. (1999). Organización de Estados Americanos. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-57_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores.htm.
- Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989). Organización Internacional del Trabajo.
- Convenio 138 sobre la edad mínima al empleo. (1973). Organización Internacional del Trabajo.
- Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. (1989). Organización Internacional del Trabajo
- Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil. (1999). Organización Internacional del Trabajo.
- Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1949). Asamblea General de Naciones Unidas. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TrafficInPersons.aspx>
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Asamblea General de Naciones Unidas. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx>
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. (2007). Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Estatuto de la Corte Penal Internacional. (1998) «United Nations.». [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).
- Organización Internacional del Trabajo. 1989. <http://www.ilo.org/ipec/facts/ILOconventionsonchildlabour/lang--es/index.htm>.
- Organización Internacional para las Migraciones (2013). Agenda cantonal para la prevención y sanción de la trata de personas y protección integral a las víctimas 2013-2015.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. (2000). Asamblea General de Naciones Unidas. <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1306>

- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños “Protocolo de Palermo”. (2000). Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas. Obtenido de http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf
- Protocolo Facultativo de la Convención los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía (2000). UNICEF Unidas United Nations Children’s Fund. https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30204.html.
- Sociedad de las Naciones. *Convención sobre la Esclavitud*. Ginebra, 1926.

Legislación

- Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Asamblea Nacional del Ecuador Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. (2010). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 303 de 19-oct-2010. http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_org.pdf
- Código Orgánico Integral Penal (2014). Ministerio de justicia, derechos humanos y cultos.
- Código del Trabajo. (2012). Codificación 17. Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic-2005, modificación: 26-sep-2012. <http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/11/C%C3%B3digo-de-Tabajo-PDF.pdf>
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2013). Sentencia No. 004-13-SAN-CC. Asamblea Nacional del Ecuador (Segundo Suplemento del Registro Oficial 22, 25-VI-2013). <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2015/05/LEY-ORGANICA-DE-GARANTIAS-JURISDICCIONALES-Y-CONTROL-CONSTITUCIONAL.pdf>
- Ley Orgánica de Movilidad Humana. (2017). Asamblea Nacional del Ecuador. <https://www.aduana.gob.ec/wp-content/uploads/2017/05/Ley-Organica-de-Movilidad-Humana.pdf>

Sentencias

- Consejo de la Judicatura (2016). Unidad Judicial Penal de Otavalo, causa 2013-0592.
- Corte Constitucional (2020). CASO No. 0134-13-EP. Sentencia No. 134-13-EP/20.

Iuris Dictio

Entrevistas

Nº 27, JUN. 2021

E-ISSN 2528-7834

Entrevistas.

ENTREVISTA A ANTONIO EMBID IRUJO¹
REGULACIÓN EN LOS OBJETIVOS DEL DESARROLLO SOSTENIBLE.
UN ENFOQUE EN LOS PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO
Interview with Antonio Embid Irujo
Regulation in the Sustainable Development Goals,
Focusing on Developing Countries

TAMYA PINOS Y STEVEN VÁSCONEZ²
Universidad San Francisco de Quito, Ecuador

Resumen

En esta entrevista, el experto en temas ambientales Antonio Embid Irujo, analiza la problemática de un derecho sostenible en el uso de recursos hídricos con base en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU. La entrevista aborda temas de relevancia jurídica internacional y social que afectan a las personas, con especial énfasis en territorios de pobreza y en vías de desarrollo más allá del panorama actual. Asimismo, se analiza la importancia de las obras hídricas y los distintos métodos de extracción de energía que podrían beneficiar o perjudicar el acceso al agua, pilar básico del desarrollo sostenible.

Palabras clave

Derecho sostenible, Objetivos de Desarrollo Sostenible, *Fracking*, Obras Hídricas, Medio Ambiente.

Abstract

In this interview, the expert on environmental issues Antonio Embid Irujo, analyzes the problem of a sustainable right in the use of water resources based on the UN Sustainable Development Goals. The interview addresses controversy of international and social legal relevance that affect people, with special emphasis on poor and developing territories beyond the current panorama. Likewise, the importance of water works and the different methods of energy extraction that could benefit or harm access to water, a basic pillar of sustainable development, are analyzed.

Keywords

Sustainable law, Sustainable Development Goals, *Fracking*, Waterworks, Environment.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza con Premio Extraordinario (1977). Profesor de la Universidad de Zaragoza desde 1974. Becario de las Fundaciones March (1980) y Humboldt (1981-1982). Presidente de las Cortes de Aragón (Parlamento de la Comunidad Autónoma, 1983-1987). Catedrático de la Universidad de Valencia (1987-1989) y desde 1989 de la de Zaragoza. Gran Cruz de la Orden de Alfonso X el Sabio (2007). Doctor *honoris causa* por las Universidades argentinas Nacional de Cuyo (2008), Mendoza (2009) y Nacional de Salta (2012). Especialista en derecho de aguas y del medio ambiente, organización del territorio, derecho público de la economía y derechos y libertades públicas. Ha dirigido 23 tesis doctorales y publicado numerosos libros y artículos en materias de su especialidad. Ha realizado actividades profesionales y académicas en numerosos países de Latinoamérica y el Caribe, entre ellos Ecuador.

² Estudiantes de Jurisprudencia de la USFQ. Correos electrónicos: tamypinosc@gmail.com y steven.vas1305@gmail.com.



Tamyá Pinos Camacho (T.P.C.) Uno de los enfoques que ha desarrollado dentro de su carrera en torno al desarrollo sostenible está relacionado a los recursos hídricos. ¿Podría contarnos un poco más acerca de la importancia de este recurso para las futuras generaciones y el desarrollo de estas?

Antonio Embid Irujo (A.E.I.) La importancia del agua necesita pocas demostraciones. Basta con decir que, aproximadamente, el 80% de la composición del cuerpo humano es agua. Así se entiende bien la frase del gitano Melquíades, en los *Cien años de soledad*, que “somos del agua”. Pero en un terreno ya más dentro de la pregunta, es evidente que sin agua no hay vida, porque no se pueden producir alimentos, la mayor parte de procesos industriales no tendrían lugar y la misma posibilidad de asentamiento humano en terrenos desérticos es prácticamente imposible. Conservar, por tanto, los recursos hídricos y los ecosistemas asociados en buenas condiciones de cantidad y cualidad es esencial. No solo para las generaciones futuras, como usualmente se escucha, sino también en la actualidad y para las generaciones actuales.

Steven Vásconez Jácome (S.V.J.) Las obras hidráulicas tienen un gran impacto para la población en distintos aspectos, especialmente ambientales, ¿cómo estas obras afectan este aspecto en particular?

A.E.I. Sin obras hidráulicas no es posible el aprovechamiento del agua en la mayor parte de las ocasiones (embalses para guardar el recurso y luego infraestructuras de canalización para su transporte, siempre infraestructuras para potabilizar el agua y luego para depurar, etc.), pero muchas veces también sin obras hidráulicas no se pueden conservar los ecosistemas (proporcionar caudal ecológico es algo que en muchas ocasiones no se puede realizar sin infraestructuras de regulación).

Pero no se trata de realizar, acriticamente, obras hidráulicas sin más, porque sí. Muchas de ellas tienen un impacto ambiental negativo, como sucede con la mayor parte de los embalses que hacen desaparecer zonas enteras que muchas veces son agradables a la vista, patrimonio histórico o artístico, o terrenos adecuados para la producción de alimentos.

Por ello es completamente necesario que antes de realizar una obra hidráulica de cierta trascendencia tenga lugar un procedimiento de evaluación del impacto ambiental de la obra, del que pueda deducirse, incluso, su no realización, porque los perjuicios de hacerla superan a los beneficios a conseguir. O, en todo caso, que su realización deba ir acompañada de una serie de medidas de compensación, de técnicas reductoras de los impactos.

Y, por supuesto, debe también existir un análisis económico riguroso de sus costes y de cómo estos costes se van a afrontar con las correspondientes partidas presupuestarias o con los aportes económicos de aquellos que son beneficiados directamente por las mismas.

T.P.C. En los países en vías de desarrollo constantemente se están buscando nuevos métodos de extracción de petróleo como el fracking. ¿Cuáles son los peligros del uso de estos métodos en el ambiente?

A.E.I. No sólo en los países en desarrollo se realiza esta técnica. El *fracking* nació en Estados Unidos y en Canadá que son países esencialmente desarrollados y de ahí se ha extendido a muchos otros lugares. Se trata, efectivamente, de una técnica peligrosa en cuanto que es muy fácil que con ella se contaminen los acuíferos vecinos y cuando estos se destinan al abastecimiento a poblaciones hay que tener mucho cuidado con adoptar esta técnica porque se pone en riesgo a la población.

En principio creo que esta técnica como regla general debería ser excepcional e, incluso, podría ser prohibida directamente por las normas, porque creo que sus riesgos superan sus inconvenientes. Es una técnica, además, cara de realizarse, y por ello solo se recurre a la misma cuando el precio del barril del petróleo supera determinados límites, porque en caso contrario no resulta rentable a quienes pretendan usarla.

El proyecto de Ley de cambio climático que actualmente se tramita en España, el cual acabará su tramitación en el presente mes de mayo, prohíbe, creo que, con buen sentido, esta técnica de explotación de recursos gasísticos y petrolíferos.

S.V.J. ¿Qué discusiones sobre el fracking han surgido en el plano jurídico? ¿Estas consideraciones son positivas en el camino de la normativa hacia un desarrollo sostenible?

A.E.I. Las discusiones jurídicas y no solo jurídicas sobre la técnica del *fracking* se han centrado, sobre todo, en su peligrosidad a la hora de contaminación de los acuíferos vecinos a la zona de explotación. También se ha señalado en muchos casos su carácter presuntamente productor de terremotos, y parece que en algún caso se ha demostrado que eso es cierto, aunque, según mi conocimiento, los movimientos tectónicos producidos han sido de escasa intensidad. No creo que el desarrollo sostenible se deba alcanzar con técnicas como esta.

T.P.C. ¿Considera usted que los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS) que actualmente se han planteado por la Organización de las Naciones Unidas (desde ahora ONU) son suficientes y están bien encaminados?

A.E.I. Creo que sí. Siempre cabe, en todo caso, la adecuada interpretación si en algún punto pueden resultar oscuros. La voluntad de Naciones Unidas con su adopción está bien clara y son un paso adelante en relación a los Objetivos del Milenio (2005-2015). Fue la valoración sobre los resultados de estos la que condujo a la adopción de los ODS.

S.V.J. ¿Quizá hay algún otro punto que cree que debería considerarse dentro de estos objetivos?

A.E.I. No tengo opinión sobre ello porque, en lo que hasta ahora conozco, son claros y bien orientados.

T.P.C. Dentro de los objetivos de la ONU para el desarrollo sostenible en cuanto al agua y saneamiento, ¿cómo ve usted el panorama actual para el cumplimiento de este objetivo? ¿Podría ser una idealización difícil de lograr?

A.E.I. No solo los ODS en relación con el agua y saneamiento son difíciles de alcanzar, sino todos ellos en general. Se cuenta con la experiencia de los Objetivos del Milenio de 2005-2015, que representaron un progreso evidente en cuanto a la difusión del abastecimiento a poblaciones, pero no alcanzaron tanto éxito en relación con la mejora de la calidad de las aguas mediante la depuración y saneamiento de las aguas residuales.

Me parece, además, que nadie contaba, cuando se formularon los ODS, con que la actual pandemia iniciada en los primeros meses de 2020 iba a llevar consigo una crisis económica de la magnitud de la que está sucediendo. En Latinoamérica y el Caribe (en adelante LAC), además, los efectos de esta crisis económica son mucho más profundos y negativos que en Norteamérica y Europa, lo que va a afectar necesariamente a la consecución

de los ODS en general. Se calcula que el índice de pobreza en LAC va a retroceder a los niveles que existían en 2005.

Es evidente que todo ello va a afectar a la capacidad de inversión de los Estados y de las organizaciones internacionales de cooperación en general. En este momento no se puede ser optimista (o realista) en cuanto a la consecución de los ODS. Solo cabe confiar en que la acción de las vacunas, generalizada, permita revertir la grave situación económica que en este momento existe.

S.V.J. De acuerdo con la Organización Meteorológica Internacional, en la actualidad varios países ya sufren de escasez de aguas moderada o severa. ¿Como los gobiernos pueden garantizar un efectivo ejercicio del derecho al acceso al agua en estos casos, específicamente en los países en vías de desarrollo?

A.E.I. Efectivamente, son bastantes los países en los que se dan condiciones de escasez en diversos grados de agua y todo da qué pensar, que eso se va a incrementar en el futuro. En general, además, el cambio climático impacta sobre los recursos hídricos, en algunos casos reduciéndolos, en otros aumentándolos, pero aun en este caso variando la frecuencia y momento de las precipitaciones, lo que plantea problemas muy importantes desde el punto de vista de la agricultura de regadío.

Pero el acceso al agua no depende solamente de la existencia de suficientes recursos hídricos, sino también de cómo tiene lugar la distribución de la población en el territorio. Es esencial y está completamente relacionada con la política hídrica la política de ordenamiento territorial. La concentración de producción y de población en zonas del territorio donde no hay suficiente agua, pero sí, por ejemplo, unas condiciones climáticas más bonancibles (mejores temperaturas, por ejemplo) planteará problemas que muchas veces serán imposibles de vencer. Solo será posible en esos casos emprender soluciones parciales que llevarán consigo accesos muy precarios al agua e impactos ambientales muy importantes por las obras hidráulicas que deberán realizarse, o las extracciones de agua de los acuíferos fuera de cualquier medida de renovabilidad. Dicho de otra forma: para hablar de agua hay que hablar, además, de otras cosas, y la primera de todas de una adecuada política de ordenamiento territorial. En ese terreno, la experiencia en LAC no es brillante. En muchos casos faltan, además, los instrumentos normativos necesarios (leyes de ordenamiento territorial) para luego y conforme a ellas poder emprender políticas concretas (planes de ordenamiento territorial) en las que deberán insertarse necesariamente los planteamientos de uso y protección de los recursos hídricos.

T.P.C. ¿Qué clase de derechos humanos no se podrían desarrollar en los diversos países si no se tuviera un efectivo acceso al agua?

A.E.I. Sin adecuado acceso al agua no hay, simplemente, posibilidad de vida adecuada. Sufrirá el derecho a la salud, obviamente. La vida económica será muy limitada y ello impedirá que la población tenga suficientes medios económicos como para tener una vivienda adecuada, porque no habrá empleos suficientes. Ello impactará sobre la educación de los jóvenes. Probablemente el resultado será la emigración hacia otros lugares con más posibilidad de alcanzar empleos (porque habrá vida económica más desarrollada, con actividades industriales y agrícolas de regadío), con lo que tampoco habrá un derecho a una movilidad sin coerciones. En fin, todos los derechos humanos padecerán, sin ninguna duda. No se puede concretar solo en algunos específicos.

S.V.J. ¿Cuáles han sido las decisiones tomadas dentro de la comunidad internacional para los países en vías de desarrollo, dado que el acceso al agua influye y es clave en el ejercicio de otro tipo de derechos?

A.E.I. En muchos países desarrollados se han instaurado políticas de ayuda a países subdesarrollados para ayudarles a la búsqueda de sistemas de abastecimiento y depuración de aguas suficientes. España, por ejemplo, creó ya hace casi quince años (en 2008) un Fondo de Agua y Saneamiento con cuyos recursos se han llevado a cabo muchas actuaciones en Latinoamérica y África. La Unión Europea también dispone de fondos con esa finalidad y aunque cuantitativamente son importantes, no alcanzan ni con mucho a las inmensas necesidades de inversión que son necesarias para propiciar un suministro de agua potable correcto y, sobre todo, una adecuada depuración de las aguas residuales urbanas, que es el ámbito en el que más atrasadas están las cifras que se proporcionan en Latinoamérica y el Caribe, y donde, por tanto, hay que hacer un esfuerzo mayor.

Hoy es claro que no se trata solamente de proporcionar agua en cantidad adecuada, sino que la calidad es exactamente igual de importante. Sirve de muy poco tener un importante volumen de recursos hídricos (la mayor parte de los países de Latinoamérica y el Caribe la tienen) si esa agua, por su deficiente calidad, no está en condiciones de ser aprovechada.

ENTREVISTA A VÍCTOR MADRIGAL BORLOZ¹
TERAPIAS DE CONVERSIÓN SEXUAL
COMO VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS
Interview with Víctor Madrigal Borloz
Conversion Therapy as a Violation of Human Rights

ANAHÍ ESTEFANÍA CARRILLO GARZÓN²
Investigadora independiente, Ecuador

Resumen

En esta entrevista, realizada el 23 de octubre de 2020, el doctor Víctor Madrigal Borloz, Experto Independiente sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de la Organización de las Naciones Unidas, es posible analizar a fondo las características de las prácticas de conversión sexual, los derechos vulnerados y el daño profundo que dejan en las víctimas; además de la relevancia que tiene actualmente este tema y la responsabilidad de los Estados frente a esta problemática.

Palabras clave

Orientación sexual, género, identidad de género, prácticas de conversión.

Abstract

In this interview, which was carried out on October 23, 2020, Dr. Víctor Madrigal Borloz, Independent Expert on Sexual Orientation and Gender Identity of the United Nations Organization, allows the reader to understand in-depth the characteristics of sexual conversion practices; the violated rights and the profound damage they leave on the victims; the relevance that this issue currently has; and the responsibility of the States facing this problem.

Keywords

Sexual orientation, Gender, Gender Identity, Gender Expression, Conversion Practices.

¹ Jurista costarricense. Investigador invitado principal del Programa de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, se ha desempeñado como profesor residente en dicha Facultad entre julio de 2019 y diciembre de 2020. Hasta junio de 2019, fue secretario general del Consejo Internacional para la Rehabilitación de las Víctimas de la Tortura, una red mundial de más de 150 centros de rehabilitación que comparten el objetivo de gran alcance de que todas las víctimas de la tortura y los malos tratos disfruten plenamente del derecho a la rehabilitación. Fue miembro del Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura entre 2013 y 2016. También se ha desempeñado como Relator sobre las represalias y ha supervisado un proyecto de política sobre la tortura y los malos tratos contra las personas LGBTI. Anteriormente, como Jefe de Litigios y jefe del Registro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dirigió las labores técnicas en numerosos casos, informes y testimonios. Ha trabajado también en el Instituto Danés de Derechos Humanos de Copenhague (Dinamarca) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José (Costa Rica). Es miembro fundador de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional (ACODI), miembro fundador de la Junta del Centro de Recursos de Justicia Internacional (IJRC) y miembro fundador de la Junta de Synergia-IDH.

² Abogada de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: anahiestefa@hotmail.es.



Anahí Carrillo (A.C). Usted tiene actualmente el cargo de Experto Independiente para la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en Naciones Unidas. Entre las funciones que este cargo tiene están las de evaluar la aplicación de instrumentos internacionales para evitar la violencia y la discriminación. En el caso de América Latina, ¿ha visto una progresión en la aplicación de los estados nacionales o hay un retroceso en ellos?

Victor Madrigal Borloz (V.M.B). Hay una clara progresión de las políticas por parte de los estados nacionales. Basta apreciar en el caso latinoamericano la legislación emitida en el transcurso de los últimos dos años respecto a las terapias de conversión. Por ejemplo, México, Argentina y Uruguay se promulgó legislación ampliamente protectora de las personas trans; la emisión de la opinión consultiva 0-C24 de la Corte Interamericana, a través de la cual se reconoce un estándar para el reconocimiento de las uniones del mismo sexo y los estándares para el reconocimiento legal trans, así como la existencias de género diversas. Esto en materia de legislación. También en materia de acceso a la justicia hay importantes avances de los que doy cuenta, al haber mirado la evolución en toda la región. Por ejemplo, resalto la importante decisión de descriminalización de la homosexualidad de Trinidad y Tobago.

América Latina, por suerte, no tiene un contexto de discriminación, pero recordemos que en el Caribe todavía existen nueve países que criminalizan la diversidad de género y, por lo tanto, las medidas de acceso a la justicia aún están pendientes. Aún así, la serie de avances judiciales respecto al acceso a la justicia en las cortes y tribunales de nuestros países demuestran, sin duda, un muy claro reconocimiento de la manera en que están unidos los derechos humanos de las personas LGBT, la noción de dignidad de sus vidas y el derecho a la vida libre de discriminación y violencia. De manera que percibo un gran avance.

Ahora, y por lo general, frente al avance de importantes derechos en base a las percepciones sociales existen también voces de resistencia y reacciones contrarias frente a este progreso. Reconozco que en nuestra América Latina hay una serie de procesos que, en muchos casos, están auspiciados y proporcionados por grupos conservadores; algunos grupos ultra religiosos y en algunos hasta ultra nacionalistas que promueven visiones altamente estigmatizantes para la existencia LGBT, a través de programas móviles, con eslóganes como “Con mis hijos no te metas”, así como la idea del rechazo de la educación sexual en las escuelas y otros retrocesos que se generan a través de la acción legislativa. Este rechazo promueve disminución de derechos en cuestiones de educación, de empleo, de discriminación, etc.

Se puede concluir que este es un proceso dinámico en el que hay pasos hacia adelante y también pasos hacia atrás. Pero en general es hacia el progreso que se dirigen la mayoría de países de la región y encuentro mucha evidencia que he tenido la oportunidad de proporcionar en mis informes que recogen las acciones realizadas en estos campos.

A.C. ¿Podría decirnos qué son las terapias de conversión sexual y en qué consisten?

V.M.B. Las terapias de conversión se utilizan para describir prácticas de muy distinta naturaleza, que tienen todas en común dos elementos: el primero de ellos es la idea en la que en las vidas LGBT existe algo que es o bien pecaminoso o bien antisocial o bien enfermo; es decir, que parten de un punto de vista que patologiza, criminaliza o concibe como pecaminosa las vidas LGBT. Y el segundo elemento es la noción que es deseable cambiar la naturaleza de las personas y que es posible hacerlo a través de algún tipo de intervención que implica esfuerzos para cuestionar esta forma de existencia humana.

A.C. ¿Existe la posibilidad de modificar la orientación sexual a través de los centros que ofrecen terapias de conversión sexual?

V.M.B. Existe cero evidencia que tenga respetabilidad científica que conduzca a la conclusión de que es posible cambiar la orientación sexual o la identidad de género a través de intervención alguna. Hasta el momento mi mandato no ha recibido ningún tipo de prueba que permitiese la conclusión de que es posible cambiar la orientación sexual o la identidad de género. Lo que mi mandato sí ha recibido es amplia evidencia acerca del hecho que estos esfuerzos provocan un sufrimiento y un daño terrible, el cual se manifiesta en la vida de personas por años y, en muchos casos, por el resto de sus vidas.

A.C. A la par de lo que usted menciona, varias asociaciones médicas han negado la eficacia de estos centros. ¿Son personas dedicadas a la medicina quienes están detrás de ellos? ¿Hay motivos económicos, visiones ideológicas/religiosas o simplemente se trata de mala práctica médica?

V.M.B. Sí, algunas de las evidencias recibidas por mi mandato conducen a que una proporción importante de estas prácticas son implementadas por personas pertenecientes a la profesión médica; otra parte significativa, por personas pertenecientes a la profesión de la psicología; y otra por centros relacionados con la fe religiosa. Por supuesto, hay que marcar una diferencia que es fundamental y que se encuentra en el informe³ y es que existen otras formas de intervención que ni siquiera pueden ser vistas como terapias de conversión. Por ejemplo, hay una práctica horrenda que ocurre en muchos rincones del mundo que es la violación de mujeres lesbianas, con el supuesto propósito de convertirlas en mujeres heterosexuales; bueno para mí esto no debe dignificarse con el argumento, ni siquiera, de que es una terapia de conversión porque el método en sí mismo es delictivo y obviamente entraría en una categoría distinta; lo mismo ocurre con las torturas; de igual manera con los golpes. Todas estas son manifestaciones de algo que no puede ser dignificado, ni siquiera con la idea de que podrían ser válidos para otros propósitos; lo cual sí es el caso del presupuesto del apoyo espiritual, el apoyo psicológico o el médico. Por esto es que yo en mi informe establezco una categorización que incluye a aquellas prácticas que derivan de metodologías que podrían ser válidas si su objetivo es válido. El apoyo de fe, la psicología y los enfoques médicos no son iguales a la violación, la tortura, los golpes o la violencia. Son prácticas muy distintas. Hay mucha gente que habla de la violación como una terapia de conversión; yo no acepto esa categorización pues la violación siempre tiene que verse como un delito. Y no se la puede configurar dentro de otras técnicas que parten desde presupuestos que pueden tener validez.

Lo que sucede con muchas prácticas es que existe un objetivo social que yo considero inválido y violatorio a los derechos humanos y que consiste en excluir a las personas LGBT de las oportunidades socioeconómicas, del mercado de trabajo, de la educación, de la vivienda y, en definitiva, de todos los sectores de la sociedad. Esto hace que las personas o sus familias se vean motivadas a utilizar lo que, en su desesperación, les parece que pueden ser métodos para no ser sujetos de ese tipo de castigo social. Con este escenario es que comienza a existir un mercado emocional, social y, por supuesto, económico. La promesa hecha por personas inescrupulosas de que los métodos en cuestión van a permitir el cambio de orientación o identidad de género de estas personas y, por lo tanto, van estar protegidas de esa sanción social es algo que existe. En muchos casos la motivación, como digo, es económica aunque

³ El último informe puede accederse a través del siguiente enlace: <https://undocs.org/es/A/HRC/44/53>.

es ideológica en otros casos. Pero, en todo caso, lo que las une es la idea de que la existencia LGBT es inferior y es válido proponer que sea cambiada. Bajo esta base surge el negocio, la ideología, la imposición, el estigma y todas estas consecuencias muy concretas que tienen todos estos procesos.

En definitiva, no es un procedimiento médico debido a que no se puede curar una dolencia ya que no es una enfermedad y que no cumple el objetivo que anuncia. Estamos hablando de una mala práctica médica. No tengo la menor duda.

A.C. ¿Considera que existe violencia y discriminación en estos centros?

V.M.B. Por supuesto. Es una violación de derechos humanos y acciones que son en sí mismas discriminatorias, además de crueles, inhumanas y degradantes.

A.C. ¿Qué derechos humanos se encuentran vulnerados en estas terapias?

V.M.B. Todos los derechos humanos, nos dice la teoría de los derechos humanos, toman un punto de partida en la no discriminación que es un principio raíz. Esto significa que el acceso a los derechos sin discriminación es una de las bases fundamentales de toda persona tiene. A partir de ahí surge un gran problema con estas terapias que parten de un presupuesto absolutamente estigmatizante y violatorio a los derechos humanos. Luego se puede hacer una lista muy larga de derechos que se vulneran: no ser sometido a un trato cruel, inhumano o degradante, que es una prohibición absoluta y que ya pertenece al *ius cogens* del derecho internacional; el derecho a una vida libre de violencia; el derecho al más alto nivel de salud, que incluye también consideraciones de salud mental; derecho a la integridad personal. De ahí podemos seguir enunciando una gran cantidad de derechos que ven una concreción en particular a través de la mencionada causa fundamental: el rompimiento del principio de no discriminación y la violación del derecho a la integridad personal que para mí son los dos elementos que articulan, desde el análisis jurídico, la columna vertebral de estas prácticas.

A.C. ¿Diría usted entonces que estas terapias pueden constituirse en un delito de tortura?

V.M.B. La distinción entre tortura y trato cruel, inhumano y degradante es una distinción técnica. Ambos están prohibidos en el derecho internacional, pero existen consideraciones de motivación, intensidad y participación de agentes estatales que diferencian a un delito del otro. En el derecho internacional se considera que el delito de tortura corresponde a una sanción moral más amplia. Esa es la idea por la cual se utiliza mucho en el lenguaje popular que algo “es una tortura” porque se sabe que esa designación crea una sanción más alta.

Yo no podría calificar todas las terapias de conversión como tortura porque me parece que es importante establecer que existen algunas de ellas menos intrusivas y que producen menos dolor. En algunos casos, inclusive, son relativamente benignas. Imagínesse usted una persona sometida a una sesión de psicoterapia en la cual se trata de convencer que hay algo errado en su existencia. Compare eso con el acto de violación a una mujer lesbiana. Creo que hay una diferencia de intensidad que es muy importante. Podría ser muy irrespetuoso, por efectos meramente políticos, querer meter todo en el mismo barril. Ahora yo le reitero, lo que para mí es importante es que los tratos crueles, inhumanos y degradantes son igual de prohibidos que la tortura bajo el derecho internacional de los derechos humanos.

A.C. ¿Pueden los Estados ser responsables de estas violaciones de derechos humanos?

V.M.B. Desde luego. La teoría de los derechos humanos es una teoría de responsabilidad estatal y los deberes del Estado existen en la esfera de la prohibición, de la sanción y de la reparación. Son las tres esferas del tratamiento de los derechos humanos. Entonces, se debe desgranar cuál es el rol de los Estados de prevenir las terapias de conversión a partir de tres objetivos. Un primer objetivo tendría que ser la existencia de una legislación nacional que sancione o que de alguna manera prohíba estas terapias; o bien una política pública o un acceso a la justicia que reconozca la naturaleza prohibida de esta práctica. El segundo debería garantizar una política de perseguir a quienes perpetran estas violaciones, y en el caso que estas violaciones ocurran en medio de la impunidad debe haber un compromiso respecto a la responsabilidad internacional del Estado. Y el tercero, tendría que estipular que el Estado también tiene la obligación en los casos que se reconoce su responsabilidad de reparar a las víctimas.

A.C. Puede comentarnos, quizá, una de las historias que más le impactó sobre víctimas de estas terapias al momento que realizó su labor como Experto Independiente.

V.M.B. Mire, todas las historias me impactaron. Es muy difícil establecer una categorización del sufrimiento humano. Todo relato tiene su propio impacto. No quiero sonar muy políticamente correcto cuando digo esto pero en realidad es muy difícil establecer una categorización. Son muchas las personas que han compartido amablemente conmigo las historias de cómo eran golpeadas, cómo se les convenció que eran personas inferiores, cómo se les convenció que eran personas que no tenía la capacidad de ser espirituales, como se las violó, cómo se les sometió a electroshocks, como se las amarró a las camas. Frente a esto uno no tiene, desde un punto de vista humano y técnico, la única opción de reconocer la profunda naturaleza humana y chocante de este sufrimiento. Es importante considerar que todas las experiencias de vida, de sufrimiento, tienen lugar en nuestra empatía y en nuestra solidaridad. Nunca sacaría una sola historia de esta revisión pues me parecen todas impactantes, para serle sincero.

A.C. En su informe del año 2020 relata que le preocupa no haber recibido información de determinadas regiones sobre las terapias de conversión. ¿Cuál cree que es el motivo por el cual no recibió esta información?

V.M.B. Hay muchos Estados en los cuales es parte de la política estatal negar la existencia de personas LGBT; eso ocurre mucho en la África subsahariana, en algunas regiones de Asia, en Medio Oriente y en alguna comunidad de países de Estados Independientes. En todos ellos es política estatal negar la existencia mínima de hombres gays, mujeres lesbianas, personas trans. Obviamente cuando se niega la existencia de estas personas se va a negar que son sometidas a terapias de conversión porque no se va admitir que existe esta problemática de derechos humanos.

Para mí la invisibilización de estas acciones, este movimiento activo para eliminar información sobre las personas LGBT alrededor del mundo, es de las cosas que más me preocupan porque evidentemente si no existe información no hay manera de formar política pública y no existe manera de articular buena legislación sobre estos temas. A diferencia de nuestra región latinoamericana, en la cual han operado cambios, creo yo, gracias al labor

personera y pionera de la sociedad civil, existe una gran conciencia de las vidas y las existencias de LGBT y, por lo tanto, una gran conciencia de las graves violaciones de que son objeto.

A.C. ¿Qué hallazgos encontró sobre Ecuador? ¿El Estado ecuatoriano aportó con información suficiente sobre su trabajo?

V.M.B. Sí, el Ecuador es un contexto muy interesante porque, comenzando en el año 2009, hubo un mapeo muy explícito y deliberado por parte del gobierno de aquel entonces sobre los centros en que se brindaban terapias de conversión. A través de ese mapeo se constituyó una información muy rica que ha motivado la labor de la sociedad civil en esta materia. Yo encuentro que el Ecuador es un ejemplo interesantísimo de un contexto en el cual la existencia de una Ministra de Salud en aquel momento, Carina Vance, fue importante por la documentación recabada.

De ahí se creó la mejor practica en Latinoamérica, pues se tuvo información y se pudo comenzar a actuar. Hoy, la sociedad civil ecuatoriana insiste en que los esfuerzos todavía no son los suficientes para asegurar la erradicación completa de la práctica. Pero lo que sí está claro es que, a diferencia de muchas regiones y países en nuestra región, el Ecuador es un país con una discusión robusta acerca de esta materia, tanto así que se había logrado codificar en el proyecto de ley del Código de Salud hace algunos meses la prohibición de estas prácticas. Como sabemos eso tuvo un mal destino con el veto presidencial. Pero inclusive con ello haber llegado formar un ejercicio legislativo al respecto es muy importante

A.C. ¿Cree que la normativa ecuatoriana es suficiente para prohibición de estas clínicas?

V.M.B. Sí, sin embargo, yo acabo de emitir un comunicado de prensa en el cual lamento que el veto presidencial al Código Orgánico de Salud. Me parece una oportunidad perdida pues el Código de Salud tenía una formulación muy acertada.

A.C. ¿Cree que la normativa sobre las terapias de conversión puede restringir a una persona la libertad, la autonomía y la autodeterminación cuando esta decide tener un acompañamiento vinculado a su proceso de aceptación personal y social?

V.M.B. No, y esto es muy importante. Qué dicha que me lo pregunte. Hay dos párrafos de mi informe al respecto y espero complementar con la respuesta que le doy ahora. Mire, mi mandato surge de dos puntos de partida.

Primero, que toda persona en el mundo tiene una orientación sexual e identidad género, eso es parte de la naturaleza humana. Mi mandato busca protección contra la discriminación y la violencia, en razón de esta característica que, recalco, es absolutamente humana. En varios momentos se me acercó mucha gente que me decía: “mire yo soy católico, ahora esto comenzará a cambiar con el pronunciamiento del Papa. Hago ese paréntesis pues yo soy muy católico y la Iglesia Católica no acepta la vida homosexual. Yo querría tener acompañamiento de apoyo para no actuar sobre mis deseos y alinear mi vida a esa aspiración de que tengo que ser una buena persona desde el estándar del canon católico”. Esta me parece una manera muy válida de ver las cosas que está relacionada con la libertad y la libertad de autodeterminación.

Yo creo sin embargo que hay límites. No es válido que ninguna persona o entidad tenga el propósito de necesariamente cambiar la orientación sexual o la identidad de género

para ejercer cualquiera de los derechos humanos de la persona. Este es un primer límite, debido a que ensambla una visión completamente discriminatoria. El otro límite es que estas personas que se acercan a un servicio de apoyo deben saber que no existe ninguna evidencia científica que los servicios prometidos puedan lograr el cambio de orientación sexual o de identidad de género. Si una persona se acerca a estos centros entendiendo que no es posible de cambiar la orientación sexual o la identidad de género, y que no existe ninguna necesidad objetiva de hacerlo, sino que es únicamente algo relacionado con la manera que la persona elige vivir, me parece absolutamente dentro del contexto de mis recomendaciones. Es decir, nada impide llevar a cabo esos servicios, pero tienen que ser transparentes respecto a que no van a lograr el cambio de la orientación sexual o identidad de género.

El segundo punto es la relación con los niños, niñas y niños. Es muy importante que reconozcamos que no existe en lo absoluto ningún objetivo válido para hacerles creer que su existencia, su orientación sexual o su identidad de género es inferior, pecaminosa, antisocial o patológica. Debemos proteger a la niñez acerca de estas visiones en el mundo que son del todo estigmatizantes y que pueden crear traumas. Bajo ninguna circunstancia pueden ser enraizada esta visión del mundo en ellos por el interés superior del niño.

A.C. En el 2009, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas realizó observaciones a Ecuador sobre las víctimas de encierros forzados en clínicas privadas o centros de rehabilitación, quienes fueron sometidas a los denominados tratamientos de reorientación sexual. Además, el Comité Contra la Tortura de la misma organización recalzó, en 2016, que aún existen tratamientos para curar la identidad sexual o la identidad de género en el país, aludiendo que no recibió información sobre las acciones de carácter penal de los responsables de esos tratamientos que involucran la vulneración de derechos humanos. A pesar de que estas recomendaciones no son obligatorias de cumplimiento, denotan una falta de interés por parte del Estado en una problemática de violación de derechos. ¿Cree que puede existir alguna consecuencia internacional?

V.M.B. Lo que le comentaba sobre el deber de prohibición, el deber de sanción y el deber de proveer la reparación incluye también la no repetición. Toda la negligencia y el incumplimiento de estas obligaciones implican la responsabilidad internacional del Estado en esta materia. Por supuesto, estos son ejercicios de valoración que no se pueden realizar en abstracto. Son ejercicios frente los cuales debe existir contradicción. El Estado tiene que ofrecer sus pruebas acerca de qué acciones ha tomado. Hay valoraciones que son razonables. Pero si el incumplimiento del deber de prevención, de sanción, de reparación obviamente implica la responsabilidad del Estado

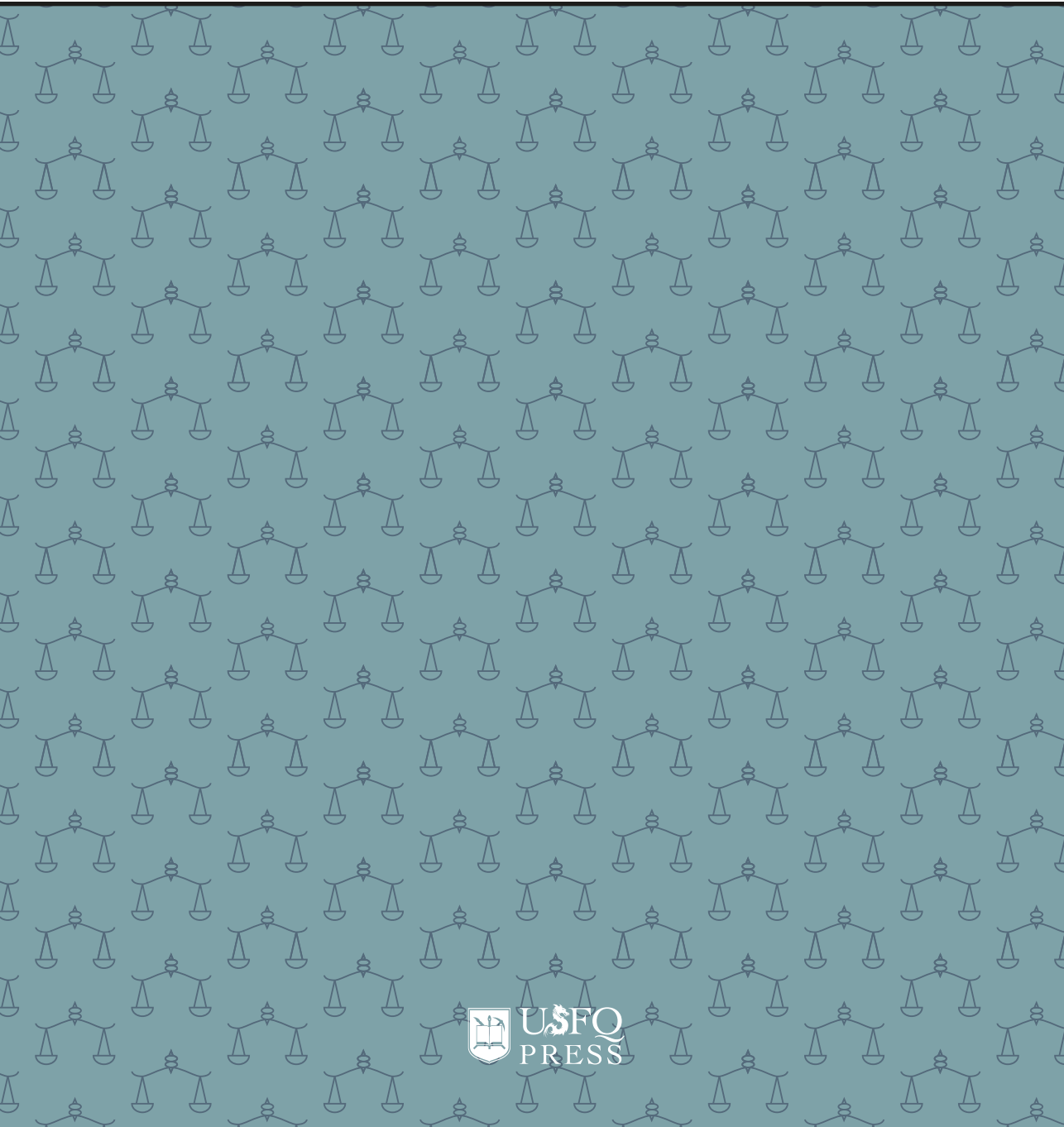
A.C. De acuerdo a lo que ha tenido que atestiguar en su trabajo, ¿cuáles son las causas principales de violencia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en América Latina? ¿Hay cuestiones nacionales o particulares a ciertas zonas para esta violencia y discriminación o se puede pensar en causas más estructurales?

V.M.B. Son causas estructurales. La causa profunda de la discriminación y la violencia es la defensa a una forma de estructuración del poder en nuestras sociedades, pues el poder está estructurado sobre la base de concepciones binarias del mundo, que dividen nítidamente a las personas en mujeres y hombres, y en los cuales hay un asimetría muy importante entre el poder del hombre y de la mujer. Además existe una predeterminación de las características y roles que tiene que asumir un hombre y las características y roles sociales que tiene que

asumir una mujer; el famoso las niñas visten de rosa y los niños visten azul; o las niñas son emocionales, impulsivas mientras los hombres son valientes y líderes; o las mujeres están en la casa y el hombre está en el trabajo. Todas estas son estructuras basadas en una predeterminación en base a la configuración genetal con las que nació una o uno, y que buscan cuestionar las existencias LGBT y su fundamento. Justamente, las existencias LGBT cuestionan la base binaria y estrictamente determinista de estas concepciones. Por ese cuestionamiento fuerte, y en algunos casos violento, a la existencia LGBT de esta estructura, hay mecanismos que son la criminalización, la patologización, la demonización, y derivan en la idea de que la existencia LGBT es antisocial porque perjudica la fibra moral, la fibra espiritual o la fibra física de nuestras sociedades.

FECHA DE PUBLICACIÓN

Este número de la revista se publicó en el dominio web <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/index> el día 15 de junio de 2021.



USFQ
PRESS