

# Compendio de Derecho Administrativo

TEMAS FUNDAMENTALES

Guillermo Alejandro Ochoa Rodríguez



 homo



## Guillermo Alejandro Ochoa Rodríguez

Abogado por la Universidad del Azuay. Doctor (Ph.D) en Derecho, Ciencias Políticas y Criminología por la Universidad de Valencia, España, con mención *Cum Laude*. Magíster y Especialista Superior en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Magíster en Asesoría Jurídica de Empresas por la Universidad del Azuay. Especialista Superior en Docencia Universitaria por la Universidad del Azuay y Diploma Superior en Derecho Indígena y Pluralismo Jurídico por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador.

Profesor Titular por concurso de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. Profesor de Posgrado en la Universidad del Azuay y la Universidad de Cuenca. Subdecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay.

Investigador acreditado por la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología de la República del Ecuador  
REG-INV-23-06649.

Se ha desempeñado como Facilitador académico externo del Consejo de Educación Superior. Par Evaluador del Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior. Miembro del Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social. Ex Director de la Carrera de Derecho de la Universidad del Azuay y ejerce la abogacía en el campo del Derecho Administrativo y Administración Pública.





# **Compendio de Derecho Administrativo**

TEMAS FUNDAMENTALES

## **Compendio de Derecho Administrativo**

© del texto completo: **Guillermo Alejandro Ochoa Rodríguez, 2024**

© primera edición: **Universidad del Azuay. Casa Editora, 2024**

ISBN: **978-9942-645-41-8**

e-ISBN: **978-9942-645-42-5**

Diseño y diagramación: **Juan González Calle**

Corrección de estilo: **Kelly Navarro**

Revisores pares: **Jaime Villacreses Valle y Juan Peña Aguirre**

Impresión: **PrintLab / Universidad del Azuay  
en Cuenca del Ecuador**

*Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio,  
sin la autorización expresa del titular de los derechos.*

### **CONSEJO EDITORIAL / UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**Francisco Salgado Arteaga**

Rector

**Geneveva Malo Toral**

Vicerrectora Académica

**Raffaella Ansaloni**

Vicerrectora de Investigaciones

**Toa Tripaldi**

Directora de la Casa Editora

**Universidad del Azuay**

Av. 24 de Mayo 7-77 y Hernán Malo

[www.uazuay.edu.ec](http://www.uazuay.edu.ec)

(+593 7) 409 1000

# Compendio de Derecho Administrativo

TEMAS FUNDAMENTALES

**Guillermo Alejandro Ochoa Rodríguez**



**UNIVERSIDAD  
DEL AZUAY**

Casa   
Editora





*Hoy es el día más hermoso de nuestra vida, querido Sancho;  
los obstáculos más grandes, nuestras propias indecisiones;  
nuestro enemigo más fuerte, el miedo al poderoso y a nosotros mismos;  
la cosa más fácil, equivocarnos;  
la más destructiva, la mentira y el egoísmo;  
la peor derrota, el desaliento;  
los defectos más peligrosos, la soberbia y el rencor;  
las sensaciones más gratas la buena conciencia, el esfuerzo para ser mejores sin ser perfectos y, sobre todo, la disposición para hacer el bien y combatir la injusticia donde quiera que estén.*

**Don Quijote de la Mancha**  
**Miguel de Cervantes**



A mi hijo, Guillermo.



## **Agradecimientos**

Con la satisfacción de tener en mis manos la culminación de un esfuerzo inmenso, es esencial dar las gracias a quienes han contribuido para que el *Compendio de Derecho Administrativo, Temas Fundamentales* sea una realidad. Como bien apuntó Duncan Kennedy, el proceso de aprendizaje jurídico se basa en la construcción colectiva de conocimiento y, en este sentido, es imperativo reconocer a quiénes han sido los cimientos de este estudio.

En primer lugar, a la Universidad del Azuay, institución que ha desempeñado un papel fundamental en mi desarrollo profesional y académico. Su compromiso con la excelencia y la innovación ha sido una fuente constante de inspiración y ha facilitado el camino para la elaboración de esta obra. A su Rector, Doctor Francisco Salgado Arteaga, le agradezco por su liderazgo y su dedicación a la causa de la educación. A la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, en la persona de su Decano Doctor José Chalco Quezada, le debo un agradecimiento especial: su apoyo, orientación y sabiduría han sido invaluable. Finalmente, mi gratitud a Mikaela Tamariz, joven investigadora que ha demostrado compromiso intelectual y dedicación al campo del Derecho Administrativo.



## Prefacio

En la esfera de la Ciencia Jurídica y en particular en el campo del Derecho Administrativo somos testigos de constantes transformaciones impulsadas por una sociedad globalizada y digitalizada. Este libro proporciona una visión integradora y didáctica de los temas nucleares de la materia, combinando teoría, práctica y forjando un diálogo entre los preceptos normativos y la realidad social y política. Los fundamentos conceptuales, las técnicas, los procedimientos administrativos, la jurisprudencia y las doctrinas relevantes se han seleccionado y tratado con rigor y claridad, con el objetivo de que sean útiles tanto para abogados, profesores, investigadores y estudiantes administrativistas, ofreciendo así no solo conocimientos teóricos, sino también una reflexión sobre el papel de esta disciplina en la sociedad contemporánea.

La obra abre con “Desarrollo Sostenible y Políticas Hídricas: Una necesidad actual”, un tema de vital importancia en nuestros días, en el cual subrayamos la interdependencia entre el Derecho Administrativo, la gobernanza, las políticas hídricas, y la articulación del Derecho Fundamental al Agua, resaltando la necesidad imperante de adecuar la normatividad y las prácticas administrativas a un modelo sostenible. En la siguiente sección, se aborda la “Teoría de los Servicios Públicos como pilar del Derecho Administrativo”, destacando la necesidad de promoción y protección de los derechos fundamentales para afianzar la cohesión social. “La Responsabilidad Extracontractual del Estado: Instrumento jurídico de protección de derechos” es otro de los ejes del presente estudio, el cual sintetiza un análisis riguroso de cómo este instrumento jurídico de protección puede activarse y actuar como salvaguarda de los derechos de los ciudadanos frente a la actuación de la administración pública.

El compendio continúa con el tratamiento de los “Derechos Humanos Emergentes: Una generación de derechos en construcción”, donde se recogen las transformaciones y ampliaciones del catálogo de derechos humanos y su impacto en el Derecho Administrativo. Así, con el “Derecho Humano al Agua, al Saneamiento y a la Reutilización” entramos en un terreno de crucial relevancia en el contexto global, explorando su contenido, estructura, finalidad y su horizonte. Finalmente, la “Teoría del Dominio Público” desarrolla el concepto, origen e implicaciones de esta teoría, aclarando su relevancia y aplicabilidad en la praxis del Derecho Administrativo Ecuatoriano.

# Índice

## Sumario I

### **Desarrollo Sostenible y Políticas Hídricas: una necesidad actual** ..... 19

1. Gobernanza Democrática y Nuevo Institucionalismo .....	21
2. La necesidad del uso sostenible del agua .....	27
3. Convergencia del paradigma de Política Pública Hídrica en la articulación del Derecho Fundamental al Agua .....	31
4. Referencias .....	36

## Sumario II

### **La Teoría de los Servicios Públicos como pilar del Derecho Administrativo** ..... 41

1. La Fundamentalidad de la Teoría de los Servicios Públicos .....	43
1.1. El nacimiento de la noción de los Servicios Públicos desde la orientación pretoriana .....	44
2. Los Servicios Públicos, un concepto en permanente construcción .....	47
3. El carácter dúctil de los Servicios Públicos .....	48
4. La Constitucionalización de los Servicios Públicos .....	49
4.1. Procura Existencial y el Mínimo Vital .....	50
5. Titularidad de los Servicios Públicos: El papel del Estado .....	53
6. Clases de Servicios Públicos: Propios, Impropios y Asistenciales .....	55
7. Caracteres de los Servicios Públicos .....	57
7.1. Continuidad .....	57
7.2. Regularidad .....	58
7.3. Igualdad .....	58
7.4. Accesibilidad .....	59
7.5. Obligatoriedad .....	59
7.6. Adaptabilidad .....	60
7.7. Generalidad .....	60
7.8. Universalidad .....	60
7.9. Calidad y Eficiencia .....	61
7.10. Responsabilidad .....	61



8. La naturaleza incompatible de la interrupción en los Servicio Públicos .....	62
9. Delimitación y determinación de un Servicio Público .....	63
9.1. Criterio Orgánico .....	63
9.2. Criterio Funcional .....	64
9.3. Criterio Mixto .....	64
10. Títulos Jurídicos necesarios para la prestación de los Servicios Públicos .....	64
10.1. Contrato de Concesión .....	65
10.2. Permiso .....	65
10.3. Autorización .....	66
10.4. Licencias .....	67
11. Regulación y Control de los Servicios Públicos .....	67
12. Referencias .....	68

### Sumario III

## **La Responsabilidad Extracontractual del Estado: Instrumento jurídico de protección de derechos ..... 71**

1. Elementos introductorios .....	73
2. Evolución: La Construcción Jurídica de la Responsabilidad del Estado .....	74
2.1. La Responsabilidad del Estado, su construcción desde los precedentes .....	77
2.2. El carácter directo y objetivo de la Responsabilidad y su aplicación en el Estado de Bienestar .....	79
3. Fundamentos Teóricos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado .....	79
3.1. La Representación .....	80
3.2. El Carácter Organicista .....	80
3.3. La Proporcionalidad de las Cargas .....	80
3.4. La Responsabilidad por Riesgo .....	81
4. Elementos de la Responsabilidad en el contexto ecuatoriano .....	81
4.1. El Daño Antijurídico .....	82
4.1.1. <i>Daño Emergente</i> .....	85
4.1.2. <i>Lucro Cesante</i> .....	86
4.1.3. <i>Daño al Patrimonio Familiar</i> .....	87
4.1.4. <i>Daño Inmaterial</i> .....	88
4.1.5. <i>Daño al Proyecto de Vida</i> .....	89
4.1.6. <i>Daño Moral y Psicológico</i> .....	91
4.1.7. <i>Daños Colectivos y Sociales</i> .....	92
4.1.8. <i>Daño Físico</i> .....	93
4.2. Relación de Causalidad .....	94
4.2.1. <i>Teoría de la Equivalencia de Condiciones</i> .....	96
4.2.2. <i>Teoría de la Causa Adecuada</i> .....	96

4.3. Falta o Falla del Servicio .....	97
4.4. El Riesgo Objetivo .....	98
4.4.1. <i>Actividad Peligrosa, una noción en construcción</i> .....	100
4.5. La Reparación Integral .....	102
4.5.1. <i>Dimensiones de la Reparación Integral</i> .....	106
4.5.2. <i>Alcance de la Reparación Integral</i> .....	109
4.5.3. <i>Características de la Reparación</i> .....	109
4.5.4. <i>La Reparación Integral: Principio o Derecho Subjetivo</i> .....	110
4.6. Responsabilidad Extracontractual del Estado en el modelo Constitucional Ecuatoriano .....	112
5. Referencias .....	128

#### Sumario IV

### **Los Derechos Humanos Emergentes: Una generación de derechos en construcción ..... 131**

1. Elementos Introdutorios .....	133
2. La Construcción de los Derechos Humanos .....	134
3. El Carácter Generacional de los Derechos Humanos .....	136
4. Derechos Humanos de Primera Generación .....	137
5. Derechos Humanos de Segunda Generación .....	139
6. Derechos Humanos de Tercera Generación .....	141
7. Derechos Humanos de Cuarta Generación .....	144
8. La ductilidad del Derecho y el Reconocimiento de los “Derechos Humanos Emergentes” .....	147
8.1. Dimensiones de los Derechos Humanos Emergentes o del Siglo XXI .....	148
9. Referencias .....	152

#### Sumario V

### **Agua: Derechos Humanos y Reutilización, conceptos en expansión ..... 155**

1. Elementos introductorios .....	157
2. La Democracia Ecológica como nuevo paradigma de la teoría política .....	158
2.1. Una nueva perspectiva jurídica: El constitucionalismo ecológico latinoamericano .....	159
2.2. La ductilidad una característica de los modelos constitucionales actuales .....	161

<b>3. El Derecho Humano al Agua y al Saneamiento desde la ductilidad jurídica y la democracia verde</b> .....	162
3.1. El Derecho Humano al Agua como exigencia democrática .....	164
3.2. El Derecho Humano al Agua y al Saneamiento: ¿Un Derecho Humano del siglo XXI? .....	166
3.3. Contenido del Derecho Humano al Agua y al Saneamiento .....	169
3.4. El bien jurídico protegido del Derecho Humano al Agua y al Saneamiento .....	174
3.5. La Reutilización del Agua, como una respuesta sostenible .....	176
<b>4. Hacia un Derecho Fundamental al Agua, al Saneamiento y a la Reutilización</b> .....	179
<b>5. Un horizonte en construcción</b> .....	180
<b>6. Referencias</b> .....	183

## Sumario VI

### **Teoría del Dominio Público** ..... **189**

<b>1. El Dominio Público. Evolución y Concepto</b> .....	191
<b>2. El Dominio Público y sus principios articuladores en el contexto jurídico ecuatoriano</b> .....	195
2.1. Principio de Inalienabilidad .....	200
2.2. Principio de Imprescriptibilidad .....	200
2.3. Principio de Inembargabilidad .....	201
<b>3. Las Funciones que debe cumplir la Propiedad: Función Social y Función Ambiental</b> .....	201
<b>4. La Afectación como presupuesto determinante de la demanialidad; la utilidad pública</b> .....	206
<b>5. Elementos centrales de la afectación en el dominio público</b> .....	206
5.1. Temporalidad de la Afectación .....	207
5.2. La Declaración de Utilidad Pública .....	207
<b>6. La Expropiación</b> .....	209
6.1. Elementos de la Expropiación .....	209
6.2. Características de la Expropiación .....	210
6.3. Fundamento de la Expropiación .....	211
6.4. Regulación Jurídica de la Expropiación .....	212
<b>7. Referencias</b> .....	215



# Sumario I

## Desarrollo Sostenible y Políticas Hídricas: una necesidad actual

1. Gobernanza Democrática y Nuevo Institucionalismo 2. La necesidad del uso sostenible del agua. 3. Convergencia del paradigma de Política Pública Hídrica en la articulación del Derecho Fundamental al Agua. 4. Referencias.



## 1. Gobernanza Democrática y Nuevo Institucionalismo

La mejora de la calidad de vida y el incremento de las oportunidades vitales de los individuos es un objetivo compartido para la ciencia y para la política. Con ese fin, desde la segunda mitad del siglo pasado, los enfoques de *desarrollo* se han convertido en una necesidad cada vez más importante para los gobiernos y ciudadanos en todos los territorios del mundo. Y han cobrado mayor importancia con la asunción de los paradigmas de la globalización y la sociedad del riesgo que nos sitúan ante nuevas potencialidades y retos.

Ahora bien, los viejos cantos de sirena del progreso indefinido y la equiparación sin más de desarrollo y crecimiento económico, por fortuna, han pasado a mejor vida. Hoy no nos sirve cualquier concepto de desarrollo, o mejor dicho, no todas las vías hacia el desarrollo nos parecen aceptables. El objetivo genérico en el nuevo contexto de la globalización es el *desarrollo sostenible*; esto es, un desarrollo que “satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades” (Comisión Brundtland, 1987). En ese marco, la pregunta es: ¿cómo actuar para conseguir que una comunidad concreta pueda alcanzar cotas de desarrollo sostenible, mejorar su nivel de vida e incrementar sus oportunidades de futuro?

El incremento de la capacidad de respuesta y ajuste a los nuevos retos globales, necesariamente, implica dotar a los individuos, empresas y territorios de los factores que les permitan ubicar sus habilidades, productos o servicios en el nuevo mercado global (Pike et al., 2011), pero implica hacerlo de una forma sostenible, esto es, asegurando que —ahora nosotros y en el futuro nuestros hijos— podamos alcanzar los objetivos de libertad y bienestar sin destruir las bases que lo hacen y harán posible, entre ellas el medio ambiente natural que nos rodea, del cual nos servimos, en el que vivimos, en donde el agua y su calidad juegan un papel fundamental; ese es el reto. Ahora bien, ni existe una única estrategia universal que pueda ser aplicada a cada área o región, con independencia del contexto local, ni basta con ubicar habilidades, productos o servicios en el mercado, sino que —como hemos afirmado— hay que hacerlo de forma sostenible; y eso requiere un enfoque holístico y global de la política.

El fracaso de las políticas *top down* o *de arriba a abajo* dirigidas desde el centro del poder estatal y basadas fundamentalmente en la dotación de infraestructuras y el establecimiento de grandes industrias en los territorios necesitados de desarrollo, típicas de los años cincuenta y sesenta, ha conducido a un serio replanteamiento de las políticas enfocadas al desarrollo que ha permitido, a partir de los años ochenta y noventa, la aparición y despliegue de políticas innovadoras *bottom up* o *de abajo arriba*. En la actualidad, el desafío para las sociedades locales está planteado en términos de insertarse en lo global de manera competitiva, capitali-

zando al máximo posible sus capacidades por medio de estrategias donde se tenga en cuenta a todos los actores en juego (Casanova, 2004).

En este sentido, las grandes tendencias actuales en materia de desarrollo local y regional están agrupadas tomando en consideración: a) Innovación, conocimiento y aprendizaje, esto es, mejora de las capacidades de los territorios para producir, absorber y utilizar, innovaciones y conocimientos mediante procesos de aprendizaje; b) Crecimiento endógeno, haciendo hincapié en las dinámicas de convergencia y divergencia regional y otorgando una importante función a las instituciones y a la política a la hora de captar y moldear los tipos de inversión que pueden influir en el desarrollo local; c) Desarrollo sostenible, entendiendo por una noción amplia del desarrollo: salud, bienestar, calidad de vida; d) Desarrollo autóctono basado en las fuentes naturales que emergen de las propias localidades y regiones con el objetivo de hacerlas menos dependientes de los intereses económicos exógenos o externos; e) Postdesarrollismo que interpreta las racionalidades económicas como constructos sociales, tomando formas históricas diversas, geografías bien definidas y formas regionales específicas de desarrollo (Pike, Rodríguez, & Tomaney, 2011). En definitiva, los enfoques anteriores contribuyen a moldear un determinado modelo de desarrollo local concebido como un “proceso en el que una sociedad local, mantiene su propia identidad y su territorio, genera y fortalece sus dinámicas económicas, sociales y culturales.

Los principios y valores de este tipo de desarrollo que se pretende holístico, progresivo y sostenible están siendo explorados y llevados a la práctica por y desde distintos organismos internacionales, estados y autoridades locales y regionales. A tal efecto, están aplicando diferentes metodologías de intervención. Se trata de metodologías de diferentes características pero que, en su conjunto, entroncan con la necesidad de la participación de los sujetos. Es cierto que estas estrategias hacia el desarrollo sostenible no son fáciles de implementar ni tampoco estamos en disposición de garantizar su éxito en todo caso. En este sentido, han sido señaladas desventajas o dificultades (Jiménez-Domínguez, 1994; Balcázar, 2003): son costosas en términos de tiempo y recursos; requieren de un esfuerzo organizativo enorme; pueden generar activismo, pero no necesariamente conocimiento; conflictos internos o de liderazgo dentro de la comunidad; no siempre se acierta con la estrategia más adecuada; y en ese último caso, los fracasos generan procesos de frustración difíciles de reorientar.

No obstante, la alternativa para los territorios, especialmente en el caso de las pequeñas y periféricas, es clara: quedarse a esperar que otros decidan por ellos o ponerse manos a la obra e intentar aprovechar todas sus oportunidades a partir de su potencial particular de desarrollo. Y aquí hay que destacar las ventajas y potencialidades de esas estrategias señaladas: empoderan a los individuos y a las comunidades en su conjunto, desarrollando su nivel de autonomía; dotan de sentido a las acciones emprendidas, con mayor conciencia respecto al desarrollo sostenible; generan liderazgos estimulantes y propositivos; contribuyen a crear



empresas y empleos más capaces de soportar los cambios en el entorno económico global; fomentan la solidaridad y la colaboración entre los miembros de la comunidad; y contribuyen a una mayor transparencia y responsabilidad de las políticas locales.

Estos enfoques para el desarrollo entroncan con los nuevos planteamientos de la *gobernanza democrática*. En la nueva coyuntura de la globalización y de la incertidumbre sistémica, cada territorio, cada municipio, cada región debe buscar su propio camino, conocer sus recursos, valorar sus potencialidades, consensuar su proyecto y armarse de la voluntad necesaria para emprender el reto del desarrollo. No caben las soluciones fáciles ni simplistas. Los métodos tradicionales basados en un enfoque predominantemente económico están obsoletos. La concepción cada vez más extendida del desarrollo es la de fomentar planteamientos estratégicos holísticos que aprovechen todos los recursos materiales y humanos de una localidad, que estimulen el aprendizaje y la innovación, que aprendan de las buenas prácticas de otros y establezcan sus valores diferenciales, que movilicen a la población y la hagan protagonista de su futuro. En términos políticos, se necesita *gobernanza democrática*.

Las definiciones sobre la gobernanza son múltiples en la literatura científica sobre la materia y todas ellas hacen referencia a las técnicas e instrumentos para conseguir una gestión política estratégica que combine las iniciativas e intereses de la sociedad, el Estado y el mercado. Josep Pascual (2011) la define como “un modo de gobernar en que lo prioritario es gestionar las relaciones entre los principales sectores implicados para construir colectivamente y de manera compartida la ciudad” (58). A juicio de este autor, el objetivo general de la gobernanza democrática se centra en el desarrollo humano del grupo que se tome de referencia, ya sea local, regional, estatal o supraestatal, para lo cual solo existe un camino que es la mejora de la capacidad de acción de ese grupo en términos organizativos y eso pasa por la contribución de todos, esto es, por un trabajo en red que debe articularse por los gobiernos democráticos representativos en cada nivel o escala territorial de referencia. Tal modo de gestionar los gobiernos solo se concibe de forma asociada a una serie de principios y valores que pasan por la revalorización de lo público, de las instituciones y del gobierno representativo, pero también de los valores de la ciudadanía, la participación y el compromiso, la preeminencia del interés general, la transparencia de los gobiernos y la lealtad institucional, la cohesión social y territorial, la sostenibilidad, la justicia y la equidad, la rendición de cuentas y el valor de la democracia.

El prototipo de gestión pública propia de la gobernanza democrática es la *gestión relacional* entendida como conjunto de métodos y técnicas orientados a gestionar proyectos en red, es decir, en base a la cooperación pública y privada e interinstitucional y a involucrar a la ciudadanía en el hacer ciudad: planificación estratégica participada, dirección sistemática por objetivos, gestión de proyectos en red, técnicas de mediación y construcción de consensos, gestión de cultura ciuda-

dana, gestión por valores, sistemas de participación y compromiso de ciudadanía (Pascual, 2011). Conviene precisar en cualquier caso que, si bien la participación ciudadana es un elemento imprescindible en este modelo de gobierno, la *gobernanza democrática* no pretende, en ningún caso, sustituir las responsabilidades decisorias de los gobiernos representativos. Al contrario, la legitimidad del liderazgo que aporta la elección democrática de los gobiernos se presenta como elemento articulador imprescindible del sistema.

Es también, especialmente relevante, la necesidad del gobierno multinivel. Los grupos humanos están interconectados y no son autosuficientes. Por lo que respecta al nivel local de gobierno, la época de las polis autárquicas ya no volverá. Los gobiernos locales se insertan en una red de interrelaciones en la que, siendo que todo les afecta e interesa, sus capacidades y competencias son limitadas y compartidas con otros niveles de gobierno. Si las comunidades locales quieren tomar en sus manos su propio destino, necesitan de la colaboración de otros poderes. El gobierno multinivel ha llegado para quedarse entre nosotros y debemos adaptar nuestras relaciones intergubernamentales a las nuevas circunstancias. Para ello, las experiencias del federalismo (cooperativo) y del asociacionismo entre los entes locales (comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades, consorcios, convenios, etc.) se revelan como imprescindibles para el arte de la gobernanza.

No obstante, para lo anterior, conviene no perder de vista que la *gobernanza democrática* parte de un planteamiento normativo y tiene detrás poderosas razones y argumentos para ser defendida como planteamiento genérico de una determinada forma de gobernar que entiende que la colaboración y participación de los diferentes grupos y actores que se dan cita en el hacer ciudad o territorio en general, es siempre más fructífero que la ausencia de esa colaboración y participación. Ahora bien, hemos mencionado los hándicaps, problemas y desventajas de los procesos participativos y no podemos dejar de anotar que la complejidad de la gobernanza se enfrenta con los imperativos organizacionales cuya combinación no siempre se resuelve de forma satisfactoria: “la gobernanza como instrumento será susceptible a fallas de implementación y sus resultados dependerán, en gran medida, de la forma concreta en que se diseñe, instaure y lleve a cabo” (Arellano, 2014). En cualquier caso, sea como fuere y más allá de las dificultades en su implementación, en la actualidad un planteamiento adecuado para las nuevas políticas hídricas requiere situarse en la perspectiva del desarrollo sostenible y de la nueva gobernanza democrática.

Pero el de la *gobernanza democrática* no es el único planteamiento conceptual para un enfoque útil del desarrollo, disciplina cuyo propósito central es la mejora de las vidas de los ciudadanos mediante una visión en el diseño e implementación de las políticas públicas que centre su evaluación en las personas, en la mejora efectiva de sus capacidades (Nussbaum, 2012). Junto a nociones imprescindibles en su planteamiento como el enfoque relacional y abajo-arriba, el jurista interesado en el análisis y sobre todo en el diseño institucional efectivo debe

echar mano asimismo de los aportes del nuevo institucionalismo. Como recuerda la estudiosa, premio Nobel de Economía en 2009, Elinor Ostrom (2013), sobre los denominados *recursos de uso común*: “con demasiada frecuencia hay iniciativas políticas importantes que conducen a resultados opuestos a los que se pretendían. Necesitamos comprender las instituciones para mejorar su funcionamiento según pasa el tiempo” (p. 83). Así las cosas, el marco de análisis se complementa con dos conceptos provenientes de las Ciencias Sociales. El primero, considerar los recursos hídricos como un *bien colectivo*, con las consecuencias en su consideración que ello conlleva. El segundo y no menos importante es el referido a cómo ordenarlo y gestionarlo –en suma, cómo gobernarlo– de modo efectivo, en el interés público y sostenido en el tiempo. Tal es la preocupación del denominado Nuevo Institucionalismo de la Ciencia Política: prevenir la vulnerabilidad aplicativa de las normas formales públicas, paliando así la llamada “debilidad institucional” (Hecló, 2010), una precaución pertinente cuando se analiza un objeto de estudio como la regulación hídrica, al que le resulta aplicable la noción de bien público.

Los bienes públicos cuya provisión es el propósito principal de la actividad humana que conocemos como “Política” (Colomer, 2009) son aquellos elementos, en ocasiones intangibles (como la libertad o la justicia), pero en otras muchas perfectamente apreciables (como la educación, el medio ambiente, la seguridad o en nuestro caso, el agua) caracterizados principalmente por ser no excluyentes; esto es: si está al alcance de una persona, lo está al de los demás y, en el caso de bienes públicos “puros” por su oferta conjunta, supone que su consumo individual no disminuye el volumen para los demás (Snidal, 1991; Chamberlin, 1991). Lo crítico de este tipo de bienes es su regulación —cómo evitar el fenómeno del llamado “gorroneo” por parte de sus destinatarios, es decir, su aprovechamiento cortoplacista como pusiera tempranamente de manifiesto Russell Hardin (1999) en su conocida calificación de “tragedia de los bienes comunes”— y sobre todo, su *provisión*, ya que racionalmente, por su propia naturaleza de público e indivisible y, por ello, de difícil aprovechamiento individual, no suele ser proveído por el mercado. Nos encontramos con un problema de acción colectiva y, por esa razón, es el sector público el normalmente encargado de su suministro. Sobre el papel, nos encontraríamos con lo que la economía clásica denominaría como un “fallo de mercado”, campo abonado, por tanto, para su regulación administrativa. Sin embargo, el esquema conceptual, basado en Ostrom (2011), sugiere tal y como se verá, seguidamente, una tercera vía entre Estado y Mercado, entre la coerción y el beneficio, para regular los “*recursos de uso común*” y que alude a un sistema de recursos, naturales o creados por el hombre, lo suficientemente grande como para volver costosa la exclusión de beneficiarios potenciales alineada plenamente con el enfoque de la gobernanza y su énfasis participativo.

¿Cómo definir a las instituciones en este enfoque y por qué *nuevo* institucionalismo frente a *viejo*? En palabras de Peters (2003), el nuevo institucionalismo es más un género con diversos planteamientos y epistemologías, en ocasiones contradictorias, provenientes de los diversos énfasis de sus disciplinas de proce-

dencia que un ejemplar acabado. Sí, es cierto en todo caso que, proveniente de la Ciencia Política y su característica orientación prescriptiva, orientada a la solución de problemas (Sartori, 2011), huye de una visión meramente formal-legal, donde el fenómeno a explicar lo es exclusivamente en función de las normas publicadas, del derecho público, como la variable independiente (Rhodes, 1997). El jurista, junto a las reglas del historiador, utiliza planteamientos del científico social. De las diversas definiciones, pero situados en una perspectiva práctica, de diseño, vale la pena utilizar los aportes de otro estudioso del crecimiento y del desempeño económico exitoso, también premio Nobel de Economía, Douglas North (1995), para quien las instituciones son las *reglas del juego* en una sociedad, las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana y que, sobre todo, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea este político, social o económico. Para este autor –que integra a nuestro modo de ver acertadamente planteamientos sociológicos, históricos y económicos–, *la estructura institucional* es la resultante de la combinación de reglas formales, constricciones informales, así como las condiciones en que se aplican. Vemos así cómo se incluyen como elementos de análisis no solamente las normas formales –normalmente jurídicas–, sino también las normas sociales, las convenciones y los códigos informales que condicionan su aplicación. En su evolución posterior este economista político ha ido otorgando un papel cada vez más relevante a los sistemas de creencias de quienes tienen que interactuar en un entorno institucional siempre determinado, por lo que el elemento contextual es crítico, advirtiéndonos así de un excesivo optimismo racionalista acerca de la aplicación acrítica de marcos reguladores pensados para entornos políticos y sociales distintos. Los *modelos mentales*, entendidos como modelos de funcionamiento acerca de la realidad social, en su vertiente práctica, pero también aspiracional, son relevantes como lo es la capacidad de aprendizaje de los individuos, que lleva a la modificación de los propios sistemas de creencias, variable que hay que contemplar en cualquier intervención de cambio o diseño institucional, siempre modesta, acumulativa y con un planteamiento abajo-arriba o “bottom-up” (Ostrom, 2001).

Esta definición de institución, comprendida como un espacio social afectado por unas reglas (en un sentido más amplio) que pueden ser tanto formales como informales, en definitiva, “reglas en uso” que sirven para organizar y estructurar las interacciones, es la adoptada asimismo por Ostrom. Pero la ventaja de combinar los planteamientos de esta autora con los de North, es que la politóloga define de modo operativo los entornos institucionales, facilitando así, su integración en un marco teórico amplio, pero también su aplicación práctica. Así, un concreto campo de acción, una arena institucional determinada en relación con un recurso de uso común, siempre es el resultado de un patrón de interacción, un espacio social definido por unos participantes –actores, con un determinado estatus y poder– que encaran unas determinadas situaciones de modo ordinario. Ese *espacio social* se encuentra configurado por una reglas vinculantes –formales y sociales– que determinan quiénes son los agentes intervinientes, sus posiciones respectivas, su modo de usar la información, los costes asignados a cada uno y

los incentivos disponibles, entre otros aspectos relevantes. Es un modo de aproximarse a la realidad social similar al del campo del análisis de políticas públicas, donde los resultados de las políticas siempre son la consecuencia de unos agentes que operan en un contexto institucional dado (véase por todos, Subirats, Knoepfel, Larrue & Varone, 2008), pero conceptualizada de un modo más detallado y sobre todo con una visión de gobernanza, pegada al terreno.

Llegados a este punto, ¿qué aportan los paradigmas de la *gobernanza democrática* y del *nuevo institucionalismo* al análisis, la regulación y la gestión pública de los recursos hídricos? Podemos sintetizarlo indicando que supone una aproximación que supera el solipsismo burocrático típico de tantas regulaciones jurídicas para integrar en la gestión a redes externas de actores. Que las *reglas del juego* que gobiernan este bien colectivo están compuestas por normas jurídico-formales que siempre van complementadas en su aplicación operativa por las normas sociales, fruto de determinados sistemas de creencias e ideas previas que configuran el contexto concreto de aplicación que hay que tener en cuenta, bien para integrarlo o, en su caso, intentar modificarlo sobre la base de que los modelos mentales son evolutivos, fruto del aprendizaje de los agentes, lo que aconseja siempre innovaciones institucionales modestas, pegadas al terreno y participativas. Este es, por así decirlo, la “caja de herramientas” del jurista a la hora de analizar realidades existentes y plantear, bien su modificación exitosa bien su aplicación efectiva, parámetros definitorios del rendimiento institucional y, por ende, del desarrollo.

## 2. La necesidad del uso sostenible del agua

La gestión pública en el marco de la cooperación pública y privada e interinstitucional, en armonía con la participación ciudadana multinivel y los nuevos paradigmas de la gobernanza, han complementado el estudio jurídico. Conceptos como los de ambiente y recursos hídricos han sido enriquecidos con aportes especiales en su abordaje y tratamiento. En este sentido el concepto de ambiente ha evolucionado conforme las acciones humanas y naturales lo demandan; consecuentemente, sus elementos materiales y técnicos se han adaptado acordes a estas exigencias; a pesar que la protección del ambiente reflejado en legislaciones específicas encuentra como punto de partida la dinámica económica, surgen nuevas preocupaciones que luego recaen en los estudios sociales complementados e influenciados en la concepción de proteger lo natural para garantizar todos los demás sectores. Frente a esto, surge la necesaria atención al cuidado de una forma multisectorial con vistas para la posteridad, incluyéndose en el análisis y abordaje de la problemática ambiental, el principio del *Desarrollo Sostenible*, invisibilizado y dejado de lado, hasta que en ciertos escenarios internacionales la cada vez más preocupante contaminación medioambiental ha sido puesta en el tapete del análisis y la discusión; dicho principio fue incorporado a las legislaciones internas de la mayoría de países como una forma de actuar en beneficio de la

protección ambiental, tanto en el presente como en el futuro, entrelazando tres elementos: lo ambiental, lo económico y lo social. La idea de sostenibilidad, paulatinamente y a pesar de que no exista el pleno compromiso de todos los países, ha sido desarrollada cada vez más en cuanto a conciencia colectiva agregando instrumentos para fortalecerla y que merecen atención para la profundización de técnicas eficientes e innovadoras.

Se dice que las sostenibilidad o sustentabilidad se refiere al saber conjugar el pasado con el futuro, recogiendo las buenas prácticas sociales en la gestión del medio y transmitiéndolas a las generaciones venideras. Este concepto necesariamente ha de ser solidario entre las sociedades pobres y ricas, entre medios frágiles y estables, entre el campo y la ciudad, permitiendo la creación y aplicación de un nuevo modelo de relaciones territoriales y sociales, recuperando la prudencia y la sensibilidad ciudadana por el mantenimiento y conservación de la diversidad y la estructura medioambiental (Cabero-Diéguez, 2006).

La vinculación de la sostenibilidad con el estudio del agua permite entender como este elemento otorga el equilibrio necesario para la existencia de la vida, generando discusiones y preocupaciones como la escasez cualitativa y cuantitativa, la supervivencia de los seres vivos, el aumento vertiginoso de la evaporación, la escasez de precipitación y el consumo de agua que aumenta cada año de la mano del aumento demográfico.

Esta conceptualización y entendimiento de sostenibilidad en el marco del Derecho Ambiental vincula a las normas jurídicas relativas al agua de tal manera que la estructura normativa ha de garantizar el desarrollo desde el punto de vista público y desde el punto de vista privado, es decir, mediante la participación público-privada; por consiguiente, el abordaje de la sostenibilidad de los recursos naturales no debe ser aislada, sino al contrario, debe ser integral. Así lo menciona, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional española contenida en la sentencia Nº 102, de 26 de junio de 1995, del Tribunal Constitucional de España que destaca y pone de relieve que los elementos que forman el ambiente no se los puede reducir a una simple suma o yuxtaposición de recursos naturales y su base física, sino que, al contrario, constituye un entramado complejo de las relaciones de todos de sus elementos que tienen existencia propia y anterior, pero que su interconexión les dota de un significado trascendente, más allá del individual de cada uno. El criterio de la jurisprudencia destaca el carácter estructural cuya línea y guía rectora es el equilibrio de sus factores; de ahí, la importancia de la protección del ambiente y de todos sus elementos que lo integran (Quintana, 2003).

Con este criterio notamos que los recursos hídricos y el derecho que emana del mismo requieren planificación y control; solo así protegeremos los ecosistemas que dependen de este recurso. La falta de estos dos elementos (planificación y control) puede degenerar en la inequidad del sistema vigente, atentando con los derechos a la vida, la salud, la vivienda y al medio ambiente (García, 2008).

En este contexto, la necesaria implementación de una adecuada y ordenada planificación hídrica, acorde con el derecho humano al agua y con carácter sostenible, conlleva la elaboración de políticas públicas que contemplen el establecimiento de directrices unificadas para el manejo del agua, que permita lograr la interacción de la gestión ambiental, el riesgo, los objetivos y metas en torno a lo que actualmente se denomina *gestión integral del recurso hídrico*. Lograr una adecuada política pública hídrica conlleva una gran responsabilidad por parte de los estados que deberán recoger las diferentes particularidades que posee la diversidad regional, cuya fortaleza debe estar enfocada en incluir la participación de actores sociales e institucionales en la construcción de estas directrices. La construcción de las políticas públicas en general guarda estrecha relación con el aspecto económico que orienta el desenvolvimiento de los estados para luego ser materializado en el marco jurídico específico.

Desde la órbita de la construcción normativa y especialmente aquella que tenga que ver con el derecho público, la política pública permite tener una orientación clara en lo referente a la planificación, la administración, el seguimiento y el monitoreo de los recursos hídricos. La Organización Panamericana de la Salud (OPS), siguiendo este enfoque, publicó en el año 2011 el resultado de una investigación denominada *Agua y Saneamiento: Evidencias para políticas públicas con enfoque en derechos humanos y resultados en salud pública*. Dicho estudio plantea una clara visión de cómo las políticas públicas deben estar basadas desde un enfoque de derechos, de tal forma que la formulación de las políticas, planes y legislaciones públicas en materia de agua y saneamiento estén basados en: I) la indivisibilidad e interdependencia de derechos; II) la atención de los grupos vulnerables y la no discriminación; III) el empoderamiento con participación de la población; y IV) el control y rendición de cuentas de los gobernantes (OPS, 2011, p. 23-33). Esta transversalidad que deben poseer las políticas públicas ha motivado que se considere el Derecho al Agua como una herramienta indispensable para la vigencia de otros derechos como la vida, la salud, alimentación, educación, vivienda, entre otros (OPS, 2011, p. 23-33). De ahí que sea indispensable la construcción coherente y objetiva de una política hídrica estableciendo prioridades con base en una dinámica intersectorial.

La participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y en la creación de políticas públicas hídricas dentro del contexto de la gobernanza hídrica multinivel trata de fortalecer que las comunidades sean pieza fundamental en los procesos de decisión que puedan afectar el ejercicio del derecho al agua. Desde la cosmovisión andina notamos como los grupos indígenas deben ser tomados en cuenta y como los estados deben garantizar el acceso pleno e igual a la información sobre este derecho; pero no es que nos estamos refiriendo únicamente a las comunidades, sino también a los usuarios, a los gobiernos locales, al sector privado como tal y al gobierno central en tanto ente que aglutina todas las posiciones de los diferentes actores sociales (OPS, 2011, p. 23-33). Esta forma de integración permite enriquecer la construcción de una política pública hídrica, que pueda ser

materializada por los instrumentos normativos respectivos, para que dichas estructuras respondan a las verdaderas necesidades y realidades sociales; es decir, el derecho con práctica social combina datos del pasado con elementos y requerimientos del futuro. Estamos ante un permanente proceso de transformación de la práctica jurídica (Dworkin, 2009). Resulta imprescindible el control y la rendición de cuentas como complementos para que la política pública sea efectiva y asegurar que esta se materializó. La obligación que posee el Estado es garantizar que todas las personas ejerzan su derecho humano al agua de manera plena e íntegra; de lo contrario, estaríamos ante una potencial violación a un derecho fundamental, acarreándole al Estado responsabilidades patrimoniales o extracontractuales en el caso de que se haya configurado un detrimento o daño al individuo.

El proceso de construcción de políticas públicas obedece y contribuye al estudio del Estado desde una triple visión: la primera, el papel que cumple el Estado en el ciclo de las políticas públicas; la segunda, el estudio de temáticas específicas sobre la gestión pública; y, por último, proponiendo un análisis equilibrado entre meta planteada y logro de objetivos públicos permitiendo la participación de diferentes actores sociales en el ciclo de su construcción. En este contexto y tomando en cuenta la dinámica que nos franquea, surge la idea de incorporar a la gestión hídrica integral el concepto de *circularidad concordante* con el principio de sostenibilidad o sustentabilidad (Comisión Europea, 2015). Cuando mencionamos *circularidad*, nos estamos refiriendo a la idea ecológica según la cual el agua se puede utilizar para los diversos fines domésticos, pero también reutilizarla o reciclarla con fines agrícolas. Esta idea es planteada por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) (2013) como alternativa a la *economía ecológica lineal*, en la cual el agua dulce únicamente es utilizada por las actividades comerciales, agrícolas y domésticas, generando únicamente consumo. Es decir, existe una práctica insostenible a largo plazo en una sociedad que no fomente el reciclado (p. 8-18).

La Unión Europea, por medio de su Comisión Europea, elaboró en el año 2012, en la ciudad de Bruselas, el *Plan para salvaguardar los recursos hídricos de Europa* (p. 8-29). Según este documento, es necesario aplicar mejor los objetivos de la política hídrica e integrarlos con otras políticas como la agrícola, los sectores de energías renovables, transporte, entre otras. Sin embargo, el punto más sobresaliente se refiere a la idea de *gestión integrada* del agua. A tal efecto, la reutilización planificada estará contenida en un instrumento reglamentario europeo que establezca las normas europeas relativas a esta actividad para todos los estados de la Unión. Se trata de dar una solución ante una posible escasez de agua para lo cual se incentiva, entre otras cosas, el apoyo a la investigación y la innovación. La idea planteada se ajusta al paradigma de la gestión integral de los recursos hídricos. Por medio de una política pública es posible la gestión coordinada del agua de la tierra y otros recursos relacionados, maximizando el bienestar económico y social resultante de una manera equitativa sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas (Global Water Partnership, 2008).



Todos estos planteamientos nos permiten entender que la reutilización, la sostenibilidad o sustentabilidad y la cultura del reciclaje pasan a ser conceptos y tipos sociales que integran conceptos económicos, ambientales, geográficos y territoriales. La gestión de los recursos hídricos y la implementación de una política pública hídrica desde la premisa de la *economía ecológica* y la *economía circular* son los complementos para entender el medio ambiente y los factores que lo rodean de una forma integral y no desde una visión aislada, sin conexión con el resto de sistemas. Al contrario, debe seguirse un análisis sistémico, pues cada uno de los posibles cambios afecta la evolución de los otros. Este paradigma económico que consiste en estudiar la asignación de recursos limitados de forma eficaz y eficiente, pues la escasez de agua provoca externalidades negativas al conjunto del sistema económico (Cardozo y Méndez, 2016) constituye un factor primordial para mantener economías amigables con el ambiente y con una buena utilización de los recursos finitos. La incorporación de políticas públicas como elementos que garanticen la reutilización, la recuperación y el reciclaje constituye un nuevo reto social.

Es fundamental la responsabilidad y conciencia ambiental de cada uno de los estados para incorporar en sus políticas gubernamentales una metodología clara y específica (Comisión Europea, 2015) que permita la utilización eficiente sostenible y sustentable de sus recursos finitos como el agua y, de esta manera, escapar de una *economía ecológica lineal* a una *economía ecológica circular*, garantizando que este derecho fundamental se cumpla. Es decir, el Estado debe garantizar el acceso al agua potable y su saneamiento, pero también es responsable de la reutilización del agua, protegiendo dos entes al tiempo: el individuo y la Naturaleza. Y, es que la reutilización de las aguas residuales debidamente planificada genera una nueva fuente de suministro de agua, capaz de aportar recursos hídricos adicionales y reducir el impacto de contaminantes biodegradables a los cauces naturales de agua, evitando la necesidad de aportes adicionales desde zonas más alejadas. El diseño de una política específica, podría sumarse a este concepto, para que así, se pueda evaluar las posibilidades de su aplicación.

### **3. Convergencia del Paradigma de Política Pública Hídrica en la articulación del Derecho Fundamental al Agua**

Para Tales de Mileto, todo estaba hecho de agua. Y es que, desde la antigüedad, el agua constituye el elemento del cual la vida surge y por el cual se transmite equilibrio al mundo. No es de extrañar la preocupación y temor ante la escalada de datos alarmantes sobre la ruptura de ese equilibrio. Según datos de la Organización de las Naciones Unidas (2014), se prevé que en 2030 el mundo tendrá que enfrentarse a un déficit mundial del 40% de agua (p. 1). Esta preocupación ha con-

tribuido para que en varios escenarios institucionales el recurso agua sea materia de análisis desde diversas perspectivas: ecológica, política, jurídica y económica, entre otras. La necesaria influencia de este recurso respecto a los seres humanos, lo ha tornado como un elemento de acceso fundamental para el desarrollo de varios derechos, pero también para precautelar de manera holística el medio ambiente en cuanto al sistema integral e integrador.

El agua constituye un elemento fundamental para la vida. Su importancia es de tal magnitud que se entrelaza con todas y cada una de las cuestiones relativas al desarrollo de los individuos. La preocupación de este elemento ha cobrado especial relevancia en los últimos tiempos, sobre todo por el debate actual en relación a la llamada “crisis mundial del agua”: la contaminación, la sobreexplotación de los recursos naturales, la sobreutilización del agua dulce para cubrir necesidades básicas, así como para su uso en actividades agrícolas, industriales y hasta la generación eléctrica. Según el segundo informe de las Naciones Unidas sobre recursos hídricos en el mundo (UNESCO, 2015), en el 2025, 1.800 millones de personas vivirán en países o regiones con escasez absoluta de agua y dos terceras partes de la población mundial podrían hacerlo en condiciones de estrés hídrico; pero, además para el 2030, casi la mitad de la población mundial vivirá en áreas de estrés hídrico, incluidos entre 75 y 250 millones de personas de África.

El agua potable de acuerdo con la “*Encíclica Laudato Si*” constituye y representa una cuestión de primera importancia porque es indispensable para la vida humana, pero también para sustentar los ecosistemas terrestres y acuáticos. En este sentido, las fuentes de agua dulce que abastecen los múltiples sectores sociales superan la oferta y la capacidad de los acuíferos, de tal manera que cada vez encontramos una dependencia de las ciudades por sistemas de almacenamiento de agua, los cuales cada vez más sufren por períodos de disminución del recurso motivado en gran parte por la crisis de escasez, un problema de gobernabilidad y una inadecuada distribución de este (Papa Francisco, 2015).

El escenario internacional franquea varios momentos en los cuales el aprovechamiento y la gestión de los recursos hídricos han sido desarrollados hasta el reconocimiento como derecho fundamental. En la *Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua*, celebrada en 1977, en Mar del Plata, Argentina –cuyo núcleo y eje consistió en un llamamiento a los estados para realizar evaluaciones de sus recursos hídricos, planes y políticas públicas para satisfacer las necesidades de agua potable y saneamiento básico–, el aspecto de la planificación de los recursos hídricos fue un eje transversal que permitió unir el concepto de agua con el medioambiente (*Recomendaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, 1977*). Todo un compendio de acuerdos se expresó en el plan de acción cuya meta, para 1990, consistía en que todas las personas tuvieran acceso al agua, dando inicio al *Decenio internacional del agua potable y saneamiento ambiental*, contenido en la resolución 35/18 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de noviembre de 1980 (ONU, 1980).

Por otro lado, en 1992, en la ciudad de Dublín, se celebró la *Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente*, la cual puso en el tapete de discusión el peligro que supone la escasez y el uso abusivo del agua dulce para el desarrollo sostenible; el pedido que nace de esta conferencia es un llamado a dar un nuevo enfoque sobre la evaluación del aprovechamiento y la gestión del agua (Miembros del grupo intersecretarías para los recursos hídricos (Gis-Rh) del Comité Administrativo y de Coordinación de las Naciones Unidas, 1992).

La *Conferencia sobre medio ambiente y desarrollo* de 1992, celebrada en Río de Janeiro, es denominada *Cumbre de la Tierra*, ya que a partir de la misma se desprenden una serie de instrumentos internacionales afines al medio ambiente como la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992)* y la *Agenda 21* que en su capítulo 18, se refiere al derecho al Agua y la protección en cuanto a su suministro mediante la aplicación de criterios para el aprovechamiento eficiente (ONU, 1992). Además, esta conferencia establece ciertos principios rectores, especialmente aquel que determina que los seres humanos constituyen el centro de la preocupación por el desarrollo sostenible, incluyendo el derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza, normando, para ello, la protección de la calidad del suministro de los recursos de agua dulce, la aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenamiento y uso de los recursos de agua dulce.

La Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2005), mediante la Resolución 2002/6, el 14 de agosto del año 2002 (Promoción del ejercicio de agua potable y saneamiento, 2002), establece el acceso al agua potable y a los servicios básicos como derecho. El Relator Especial de aquel entonces, Hadji Guissé, considera que el agua es un *Derecho Humano Fundamental*, recomendando distinguir el derecho de acceso al agua potable y, por otro, el derecho a disponer de agua potable. La diferencia radica en la gratuidad de este recurso.

Para el año 2004, durante los cincuenta y ocho periodos de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se adoptó la *Resolución 58/217* (ONU, 2004), estableciendo que la década comprendida entre el año 2005-2015 debe ser conocida como el *Decenio internacional para la acción: El agua, fuente de vida*. Recordando que el abuso de este elemento fundamental pone en riesgo el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y el mejoramiento de la salud y el bienestar de los seres humanos.

La evolución que ha tenido este derecho humano emergente pudo ver como su estructura se materializó el 28 de julio de 2010. La Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce el derecho al agua potable y saneamiento como derecho humano, afirmando que es parte de la actual ley internacional y confirmando que este derecho es legalmente vinculante para los estados, exhortándolos a desarrollar las herramientas necesarias y apropiadas para alcanzar progresiva-

mente las obligaciones relacionados con el pleno aseguramiento y tutela de este reconocimiento (*Resolución 64/292*) (ONU, 2010).

Dentro de esta perspectiva y tomando en cuenta que los estados tienen la obligación legal de garantizar a los individuos dentro de su territorio el cumplimiento de los derechos fundamentales, con mayor razón, el derecho al agua y los servicios públicos hídricos se relacionan de manera directa y estrecha como requisito para el goce y disfrute de otros derechos.

Este derecho, al ser un mecanismo según el cual se regula un elemento indispensable para la vida que ha de ser satisfecha con el fin de desarrollar las funciones básicas del individuo, no se limita al acceso de cantidad de agua suficiente para beber, sino que también nos referimos al recurso hídrico en tanto y cuanto es suficiente para el desarrollo integral de la personalidad, para el funcionamiento de servicios de saneamiento y también para integrar al ser humano y a la naturaleza. Hablamos de reutilización del agua dulce de manera planificada.

Es importante tomar en cuenta que la *Observación general N° 15* del año 2002, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, definió el derecho al agua como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico” (2002, *El fundamento jurídico del derecho al agua*), sin embargo, no debemos olvidar que varios ordenamientos jurídicos han favorecido la implementación de una nueva dinámica en cuanto al recurso hídrico. En el año 1999, Venezuela elevó a la categoría funcional la visión social de los recursos hídricos, declarando el agua como bien público y esencial para la vida, pero que además constituye un elemento indispensable para el desarrollo y la erradicación de la pobreza. Lo considera eje para el desarrollo de ecosistemas y deja de lado la posibilidad de privatización y de negociación. En cuanto al saneamiento, la idea del tratamiento y disposición final de los residuos sólidos es considerada una actividad de carácter pública, al ser un recurso que necesariamente requiere la vinculación de la sociedad. En el levantamiento y articulación de las políticas públicas se crean las instancias de participación ciudadana denominadas mesas técnicas de agua (Asamblea Nacional Constituyente, 1999).

En el caso boliviano, el agua –dentro de la cosmovisión indígena– constituye no solamente un bien de uso común, se refiere a una parte integrante de la *madre tierra*. El Estado, en este sentido, debe promover el uso y el acceso al agua sobre los principios de solidaridad, complementariedad, equidad, diversidad, reciprocidad y sustentabilidad protegiendo desde luego que el agua sea utilizada de manera prioritaria para la vida. El ordenamiento jurídico boliviano considera el recurso hídrico en todos sus estados como recurso estratégico; por lo tanto, es excluido de toda forma de privatización, así como de concesión, de acuerdo con el artículo 20 número III de la Constitución de Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009).

La legislación colombiana establece como partes integrantes del derecho al agua su acceso, el mínimo vital gratuito, la obligatoriedad de la prestación de los servicios públicos por entidades del Estado, pero también por entidades comunitarias sin ánimo de lucro (fomentando la participación social en la toma de decisiones referidas al aspecto de los recursos hídricos), la protección de los ecosistemas, sobre todo aquellos que tengan que ver con el ciclo hídrico y, finalmente, todo aquello que tenga que ver con las estructuras organizativas y de planificación hídrica a nivel nacional (*Constitución Política de Colombia, 1991*).

El nuevo modelo constitucional por el cual Ecuador atraviesa, que encuentra como punto de partida la Constitución del año 2008, genera una normativa discursiva que ratifica y reivindica muchas aspiraciones de las organizaciones y movimientos sociales, y que encontraron asidero en este texto constitucional. Una de esas aspiraciones es considerar al agua como un derecho humano fundamental e irrenunciable, pero que, además, al tener esta connotación, constituye un patrimonio nacional estratégico de uso público; es decir, que reúne las condiciones y características que debe poseer un bien de dominio público, por lo tanto, la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad son las condiciones de este bien de uso común (*Asamblea Nacional Constituyente, 2008*).

La gestión del agua posee una dinámica, según la cual existe la exclusividad pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento del abastecimiento de agua potable y el riego por su parte serán prestadas únicamente por personas jurídicas estatales comunitarias, para que, de esta manera, exista una protección efectiva del ciclo hidrológico. Este derecho es gestionado, planificado y controlado por la Autoridad Única del Agua. El conjunto de reivindicaciones en pro de la defensa del medio ambiente encuentra asidero en el reconocimiento de los "*Derechos de la Naturaleza*", garantizando la conservación del ciclo hidrológico, protección de las fuentes de agua, calidad de agua, pero también se determina los derechos a la restauración de la naturaleza, medidas para precautelar y restringir actividades que puedan alterar los ecosistemas; es decir, existe una estructura normativa que permite llevar a una nueva dimensión la discusión del agua como parte integral de la naturaleza.

No obstante, si bien es cierto que han existido avances en torno a la regulación y el reconocimiento del derecho al agua como derecho fundamental para la vida humana, así como para mantener el equilibrio de los ecosistemas, hay que decir también que estamos lejos de lograr su efectividad. Existen claras debilidades en la implementación de estas nuevas políticas hídricas como es la escasa participación de la sociedad para decidir sobre las políticas y gestión del agua; pero es que además, la estructura normativa de este derecho, en buena parte de los estados, considera el derecho humano al agua como el acceso al consumo humano y de uso doméstico, sin embargo, no toma en cuenta que este derecho fundamental también se refiere al saneamiento y a la reutilización del agua en el marco de la gestión integral de los recursos hídricos acorde a un modelo circular sostenible como hemos intentado explicar en esta comunicación.

## 4. Referencias

- Arellano, D., Sánchez, J. y Retana, B. (2014). ¿Uno o varios tipos de gobernanza? Más allá de la gobernanza como moda: la prueba del tránsito organizacional. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, 1(2), 117- 137. [https://doi.org/10.5209/rev\\_CGAP.2014.v1.n2.47538](https://doi.org/10.5209/rev_CGAP.2014.v1.n2.47538)
- Asamblea Nacional Constituyente. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha de 30 de diciembre de 1999*. [http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Venezuela.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf)
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. [http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf)
- Balcázar, F. (2003). Investigación acción participativa (iap): aspectos conceptuales y dificultades de implementación. *Fundamentos en Humanidades*, 4(7/8), 59-77. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18400804>
- Cabero-Diéguez, V. (16-19 de noviembre de 2006). *Incertidumbre, crisis ambiental y comportamiento social*. Segundas jornadas “Sociedad y medio ambiente”, Salamanca, Universidad de Salamanca.
- Cardozo, L. y Méndez, H. (2016). *El pequeño libro de la Economía Circular*. Erato.
- Chamberlin, J. (1991). La provisión de bienes públicos como función del tamaño del grupo, en J. Colomer (Ed.), *Lecturas de teoría política positiva* (153-172). Instituto de Estudios Fiscales.
- Casanova, F. (2004). *Desarrollo Local, tejidos productivos y formación*. Cinterfor- Organización Internacional del Trabajo
- Colomer, J. (2009). *Ciencia de la Política*. Ariel.
- Comisión De Derechos Humanos. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. (2005). *Derechos Económicos, Sociales Y Culturales: La realización al agua potable y al saneamiento. Informe del Relator Especial Hadji Guisé*. <https://www.cetim.ch/legacy/es/documents/rap-2005-25-esp.pdf>
- Comisión Europea. (2012). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan para salvaguardar los recursos hídricos de Europa*. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0673:FIN:ES:PDF>

- Comisión Europea. (2015). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52015DC0614>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (2002). *Observación general N° 15. El Derecho al agua* (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN15](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN15)
- Constitución Política de Colombia*. (1991). [http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion\\_General/constitucion\\_politica.pdf](http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf)
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. (2009). [http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. (1992). <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>
- Dworkin, R. (2009). *El imperio de la justicia*. Gedisa.
- García, A. (2008). *El Derecho Humano al Agua*. Trotta S.A.
- Global Water Partnership. (2008). *Principios de Gestión Integrada de los Recursos Hídricos: Bases para el Desarrollo de Planes Nacionales*. [https://www.gwp.org/globalassets/global/gwp-sam\\_files/publicaciones/sobre-girh/2008-principios-de-girh-base-para-el-desarrollo-de-planos-nacionales.pdf](https://www.gwp.org/globalassets/global/gwp-sam_files/publicaciones/sobre-girh/2008-principios-de-girh-base-para-el-desarrollo-de-planos-nacionales.pdf)
- Hardin, R. (1999). La acción colectiva y el dilema del prisionero, en J. Colomer (Ed.), *Lecturas de teoría política positiva* (81-123). Instituto de Estudios Fiscales.
- Hecló, H. (2010). *Pensar institucionalmente*. Paidós.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1987). *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo: A/42/427. Informe Comisión Brundtland*. <https://undocs.org/es/A/42/427>.
- Jiménez-Domínguez, B. (1994). Investigación ante acción participante: una dimensión desconocida, en M. Montero (Ed.), *Psicología social comunitaria: teoría, método y experiencia* (103-137). Universidad de Guadalajara.

- Miembros del grupo intersecretarías para los recursos hídricos (Gis-Rh) del Comité Administrativo y de Coordinación de las Naciones Unidas. (1992). *Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente El desarrollo en la perspectiva del Siglo XXI, 26- 31 de enero de 1992, Dublín, Irlanda*. [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/30961/ICWESp.pdf?sequence=3&isAllowed=y#:~:text=La%20Conferencia%20Internacional%20sobre%20el%20Agua%20y%20el%20Medio%20Ambiente,Desarrollo%20\(CNUMAD\)%2C%20Ri%20de](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/30961/ICWESp.pdf?sequence=3&isAllowed=y#:~:text=La%20Conferencia%20Internacional%20sobre%20el%20Agua%20y%20el%20Medio%20Ambiente,Desarrollo%20(CNUMAD)%2C%20Ri%20de)
- North, D. (1995). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica.
- Nussbaum, M. C. (2012). *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*. Paidós.
- Organización de las Naciones Unidas. (1980). *Proclamación del Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental*. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/35/18&Lang=S>
- Organización de las Naciones Unidas. (1992). *Agenda 21, Río de Janeiro*. <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21toc.htm>
- Organización de las Naciones Unidas. (2004). *Resolución 58/217. Decenio Internacional para la Acción, "El agua, fuente de vida", 2005-2015*. <http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/a-58-217-spanish.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2010). *Resolución 64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento*. [https://digitallibrary.un.org/record/687002/files/A\\_RES\\_64\\_292-ES.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/687002/files/A_RES_64_292-ES.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas. (2014). *Decenio Internacional para la Acción "El agua fuente de vida" 2005-2015*. <http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/scarcity.shtml>
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. (2013). *Reutilización del agua en la agricultura: ¿Beneficios para todos?* <http://www.fao.org/3/a-i1629s.pdf>
- Organización Panamericana de la Salud. (2011). *Agua y Saneamiento: Evidencias para políticas públicas con enfoque en derechos humanos y resultados en salud pública*. [http://www.paho.org/tierra/images/pdf/agua\\_y\\_saneamiento\\_web.pdf?ua=1](http://www.paho.org/tierra/images/pdf/agua_y_saneamiento_web.pdf?ua=1)
- Ostrom, E. (2001). La comprensión del proceso de cambio económico. *Revista de Occidente*, (240), 118-139.



- Ostrom, E. (2011). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Fondo de Cultura Económica.
- Ostrom, E. (2013). *Comprender la diversidad institucional*. KRK Ediciones.
- Papa Francisco. (2015). *Carta Encíclica Laudato Si del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común*. [http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si\\_sp.pdf](http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_sp.pdf)
- Pascual, J. (2011). *El papel de la ciudadanía en el auge y decadencia de las ciudades*. Tirant lo Blanch.
- Peters, G. (2003). *El nuevo institucionalismo. Teoría institucional en ciencia política*. Gedisa.
- Pike, A., Rodríguez-Pose, A. y Tomaney, J. (2011). *Desarrollo local y regional*. Publicaciones de la Universidad de Valencia.
- Quintana, T. (2003). *Derecho Ambiental en Castilla y León*. Editora Tirant to Blanch.
- Recomendaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua*. (1977). <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/356/54.pdf>
- Rhodes, R. (1997). El institucionalismo, en D. Marsh y G. Stoker (Eds.), *Teoría y métodos en ciencia política* (53-67). Alianza.
- Sartori, G. (2011). *Cómo hacer ciencia política. Lógica, método y lenguaje en las ciencias sociales*. Taurus.
- Snidal, D. (1991). Bienes públicos, derechos de propiedad y organizaciones políticas, en J. Colomer (Ed.), *Lecturas de teoría política positiva* (81-123). Instituto de Estudios Fiscales.
- Subcomisión de Derechos Humanos. (2002). *Promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento*. [ap.ohchr.org/documents/S/SUBCOM/resolutions/E-CN\\_4-SUB\\_2-RES-2002-6.doc](http://ap.ohchr.org/documents/S/SUBCOM/resolutions/E-CN_4-SUB_2-RES-2002-6.doc)
- Subirats, J., Knoepfel, P., Larrue, C. y Varone, F. (2008). *Análisis y gestión de políticas públicas*. Ariel.
- UNESCO. (2015). *Informe de las Naciones Unidas sobre recursos hídricos en el mundo*. [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SC/images/WWDR2015Facts\\_Figures\\_SPA\\_web.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SC/images/WWDR2015Facts_Figures_SPA_web.pdf)



# Sumario II

## La Teoría de los Servicios Públicos como pilar del Derecho Administrativo

1. La Fundamentalidad de la Teoría de los Servicios Públicos.
  - 1.1. El nacimiento de la noción de los Servicios Públicos desde la orientación pretoriana.
2. Los Servicios Públicos un concepto en permanente construcción.
3. El carácter dúctil de los Servicios Públicos.
4. La Constitucionalización de los Servicios Públicos.
  - 4.1. Procura Existencial y el Mínimo Vital.
5. Titularidad de los Servicios Públicos: El papel del Estado.
6. Clases de Servicios Públicos: Propios, Impropios y Asistenciales.
7. Caracteres de los Servicios Públicos: 7.1. Continuidad. 7.2. Regularidad. 7.3. Igualdad. 7.4. Accesibilidad. 7.5. Obligatoriedad. 7.6. Adaptabilidad. 7.7. Generalidad. 7.8. Universalidad. 7.9. Calidad y Eficiencia. 7.10. Responsabilidad.
8. La naturaleza incompatible de la interrupción en los Servicio Públicos.
9. Delimitación y determinación de un Servicio Público: 9.1. Criterio Orgánico. 9.2. Criterio Funcional. 9.3. Criterio Mixto.
10. Títulos Jurídicos necesarios para la prestación de los Servicios Públicos: 10.1. Contrato de Concesión. 10.2. Permiso. 10.3. Autorización. 10.4. Licencias.
11. Regulación y Control de los Servicios Públicos.
12. Referencias.



## 1. La Fundamentalidad de la Teoría de los Servicios Públicos

La Teoría de los Servicios Públicos se presenta en el plano jurídico como uno de los pilares del Derecho Administrativo Moderno, por medio de su aplicación, el Estado puede evidenciar el cumplimiento de sus fines. Su evolución ha permitido constatar que es una de las instituciones jurídicas más dúctiles por cuanto se encuentra en permanente adaptación al igual que la sociedad. El carácter dúctil de los servicios públicos ha traído consigo nuevos ejes rectores presentes para moldear su estructura. Como quiera que esto sea, la posición finalista de los servicios públicos requiere un nuevo enfoque que no mire exclusivamente a la satisfacción de necesidades colectivas, sino además debe velar por la protección y promoción de los derechos fundamentales.

Así, los servicios públicos al igual que muchas otras instituciones jurídicas, se han visto abocadas a un proceso de constitucionalización, el cual persigue adaptar las estructuras jurídicas a una lógica de protección y promoción de derechos. El Estado, en este proceso, está llamado a fortalecer sus prerrogativas de regulación, de vigilancia y de control para garantizar que los servicios públicos cumplan fielmente los fines planteados por el Estado.

El Estado democrático contemporáneo que fomenta una visión deliberativa, participativa y sistémica debe centrarse en la satisfacción de los derechos fundamentales que benefician directamente a la colectividad. Por lo tanto, el Estado debe cumplir un doble propósito: tutela los derechos de la persona; y propicia una institucionalidad orgánica integral. En este marco, la libertad es un elemento objetivo necesario para conocer a fondo la esencia de los derechos fundamentales a partir de una interpretación integral del sistema constitucional y de los valores que este persiga.

Incluso, puede hablarse de un mínimo intangible y de una integración dinámica de los derechos fundamentales que ponderan diversos bienes y valores jurídicos (Pina, 1992). La concepción institucional incorpora al estudio jurídico una visión económica sobre la cual las construcciones jurídicas y políticas deben partir, especialmente en lo referente a la planificación, creación, modificación, supresión, vigilancia y control de los servicios públicos. Esta perspectiva avanza y supera la clásica noción del Estado liberal minimalista, reemplazándolo por una visión basada en los derechos fundamentales y el respeto de las libertades individuales.

Desde este enfoque, el desarrollo del concepto de ciudadanía es visualizado a través de la institucionalización de una serie de derechos con el fin de reducir las desigualdades de la sociedad. Este desarrollo equilibrado requiere evidenciar que los ciudadanos accedan universalmente a un amplio catálogo de derechos considerados como esenciales para la vida (Marshall, 2007).

Así, los servicios públicos encuentran su justificación en la satisfacción de necesidades colectivas y en la tutela del interés general, sobre la base de la protección y promoción de los derechos fundamentales. Su dinámica propia le ha valido ser parte indiscutible del entramado orgánico del Estado, pues a través de estos, los fines del Estado pueden ser ejecutados. La capacidad de adaptación de los servicios públicos ha permitido que sea considerada una institución dúctil y efectiva para que el Derecho Administrativo recobre su vitalidad.

### **1.1 El nacimiento de la noción de los Servicios Públicos desde la orientación pretoriana**

La noción de los servicios públicos continúa siendo uno de los pilares fundamentales que articulan y moldean la dogmática administrativa. El origen de la noción y posterior articulación de un concepto técnico de servicios públicos surgió en Francia con ocasión de la producción pretoriana de los jueces administrativos del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos Francés. La organización del Estado Liberal conllevó un largo proceso de transformaciones que daría paso a un Estado Social Interventor, precisamente el proceso de industrialización, el florecimiento de los núcleos urbanos, el nacimiento y fortalecimiento del movimiento obrero y del sindicalismo, generaría que el Estado tenga una participación activa en los diferentes acontecimientos que la transformación social reconocía a pasos agigantados. El dualismo jurídico, explicitado claramente en la distinción entre el Derecho Público y Derecho Privado, caracterizó al derecho francés, el cual se pudo ver reflejado en un escenario jurisdiccional, en el cual la presencia de un juez administrativo y un juez ordinario trazaría un modelo que se decantó por el reconocimiento de la competencia del juez administrativo. Este reconocimiento jurisdiccional traería consigo una nueva área del derecho; todo ello, a partir de la reflexión y el nacimiento de los fallos emblemáticos necesarios que construiría la teoría de los servicios públicos como institución cardinal del derecho administrativo. Así, se pueden identificar a los fallos Blanco 1873, Terrier 1903 y Therond de 1910, los cuales coadyuvaron al modelaje de una arquitectura jurídica precisa sobre los servicios públicos. En la siguiente tabla se identifican los fallos emblemáticos del Derecho Administrativo.

**Tabla 1**  
Fallos emblemáticos del Derecho Administrativo

Fallos Fundamentales	Año	Nace desde	Hechos	Aspecto que promovió	Aporte Jurídico Orientador
Fallo Blanco	1873	Tribunal de Conflictos	<p>Agnes Blanco, de cinco años de edad, es atropellada por un vehículo de la Empresa Tabacalera de Estado.</p> <p>El padre de la niña Blanco inicia reclamación ante Tribunal Civil de Burdeos, acción por daños y perjuicios contra el Estado.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Considerado "Piedra Angular del Derecho Administrativo Moderno"</li> <li>• Los servicios públicos son actividades que desarrolla el Estado, por lo tanto, deben estar regidos por principios y un régimen jurídico propio, diverso al contenido en el Código Civil.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Actividad administrativa debe regirse por normas y principios propios diferentes a los del Código Civil.</li> <li>• Actuaciones Públicas deben ser convalidadas por una Jurisdicción Especial.             <ul style="list-style-type: none"> <li>• Responsabilidad que incumbe al Estado, por los daños causados a los individuos originado por las personas vinculadas en los servicios públicos, no se encuentran regidas bajo las normas del Código Civil.</li> <li>• La Responsabilidad no es ni general ni absoluta, tiene reglas especiales que dependen del régimen jurídico especial de los Servicios Públicos.</li> <li>• Conflictos entre particulares y el Estado, originados por la prestación de servicios públicos, genera una Responsabilidad Directa, que debe ser conocida por una jurisdicción especial administrativa.</li> </ul> </li> </ul>

<p>Fallo Terrier</p>	<p>1903</p>	<p>Consejo Estado</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Consejo General de Soné-et-Loire ofrece un pago económico por el servicio de matar viboras.</li> <li>• Señor Terrier solicita el pago por muerte de viboras. El Estado lo niega por agotarse el presupuesto.</li> <li>• Señor Terrier somete el conflicto al Conocimiento del Consejo de Estado para obtener el pago correspondiente.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Corresponde a la A.P. La organización y funcionamiento de Servicios Públicos.</li> <li>• Las controversias deben ser conocidas por el Consejo Estado.</li> <li>• Noción de Servicio Público es proyectado como toda actividad que lo realiza una persona o un ente cuyo propósito es la búsqueda del interés general.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Delimitación de la organización y funcionamiento de los servicios públicos; todas las controversias que nazcan de estas dos nociones poseen una jurisdicción especial.</li> <li>• Todas las acciones que incluyan personas públicas con terceros que tengan como fundamento la ejecución o falta de ejecución o mala ejecución de un servicio público es de competencia de la Administración Pública.</li> <li>• Unifica proceso de jurisdicción especial sobre conflictos que nacen en las entidades locales y del Estado.</li> </ul>
<p>Fallo Therond</p>	<p>1910</p>	<p>Consejo Estado</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Contrato Administrativo de exclusividad suscrito entre el señor Therond y la ciudad de Montpellier, cuyo objeto central era la captura y encierro de los perros vagabundos y la retirada de animales muertos que no hayan sido reclamados.</li> <li>• La actividad desempeñada por el señor Therond era la defensa de la higiene y la seguridad de la población; por lo tanto, era un servicio público.</li> <li>• Incumplimiento del contrato; señor Therond solicita la rescisión del contrato y solicita indemnización por daños y perjuicios.</li> </ul>	<p>Administración Pública cuando determinó que la higiene y la seguridad de la población debían ser atendidas, nació un objetivo específico que debía ser prescrito por un servicio público.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Servicios Públicos que derivan de un contrato administrativo, en donde la finalidad claramente sea la de atender una exigencia social, posee un régimen jurídico especial y sus controversias corresponde conocerlas al Consejo de Estado.</li> <li>• El contrato por medio del cual una persona jurídica de derecho público encomienda a un particular la prestación de un servicio público es un contrato administrativo.</li> <li>• La sentencia excluye la gestión privada de contratos administrativos que contengan como eje la prestación de un servicio público.</li> </ul>

Nota. Tomado de Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés- Grands Arrêts, 21ª edición, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2017.



## 2. Los Servicios Públicos, un concepto en permanente construcción

Mucho se ha discutido sobre el carácter de los *servicios públicos*, sobre su tendencia finalista o instrumental. A estos análisis se suman la contextualización política y social. Desde una perspectiva clásica, los *servicios públicos* están presentes para dar respuesta a las preocupaciones y necesidades que derivan de la sociedad en permanente evolución.

Bajo esta línea, la *Teoría de los Servicios Públicos* atravesó varias etapas. La primera corresponde al Estado gendarme que reconoce las primeras necesidades básicas derivadas de la propia burguesía. De ahí, surgen los primeros servicios de atención como las comunicaciones, el transporte, entre otros. La segunda etapa está caracterizada por las primeras manifestaciones de un Estado interventor, escenario propicio para concebir a los servicios públicos como mecanismos que dinamizan a la sociedad. La tercera etapa encuentra asidero en el Estado de Bienestar, en la cual la gestión pública está dirigida a la satisfacción de necesidades sociales y económicas como la seguridad social, la educación, la salud, el agua potable, entre otros. La cuarta etapa centra su atención en el estudio de las implicaciones del neoliberalismo en la estructura de los *servicios públicos*. Esta concepción económica, según Garrido Falla (1994), moldea y genera una verdadera crisis conceptual que se denomina la “huída del Derecho Administrativo” (p. 22).

A pesar de que estas etapas identifican algunos puntos focales que centran el debate de los *servicios públicos*, no es menos cierto que el abordaje actual parte de un escenario que por su alta complejidad demanda mayor atención por parte del Estado. La quinta etapa, por este motivo, concibe los servicios públicos como un instrumento para aplicar y evidenciar la satisfacción de necesidades de interés general, derivadas del sistema de derechos fundamentales y constitucionales; guiados, además, por la satisfacción de nuevos requerimientos sociales como los *Derechos Humanos Emergentes* o llamados *Derechos del siglo XXI* e inclusive aquellas actividades estrechamente vinculadas con el sector productivo e industrial de la sociedad.

El estudio de los *Servicios Públicos*, según el criterio de Gaspar Ariño Ortiz (2003), no se refiere a una construcción generada por el Estado de Derecho, a *contrario sensu*, su presencia es el producto de la evolución de las necesidades que la sociedad genera, de acuerdo con la evolución paulatina, permitiendo que exista una relación estrecha con el mantenimiento de la *pax pública* o inclusive al interés general, fundamental para el avance del orden social y de los procesos económicos. De esta forma, los *servicios públicos* guardan relación con el concepto de *ciudadanía*, principalmente, por el anhelo de satisfacer las necesidades de interés colectivo; este anhelo plantea nuevos principios vinculados con esta aspiración en

el marco de un sistema que permite la accesibilidad de manera igualitaria. Estos principios derivaron de la jurisprudencia francesa; y, posteriormente, fundamentaron las construcciones teóricas que en su momento van a conformar la *Escuela de Burdeos*.

En este sentido, ya que la administración pública adquiere relevancia como un ente que se encarga de tutelar los intereses de la colectividad mediante la prestación de servicios, las construcciones teóricas y jurisprudenciales inician su marcha y dan forma a los servicios públicos. Los aportes doctrinales y jurisprudenciales más relevantes y que establecen las bases de esta institución del Derecho Administrativo, los encontramos en los trabajos de León Duguit, Gastón Jèze y Maurice Hauriou. Así, el nuevo enfoque relativo a la formulación de reglas especiales encaminadas a la satisfacción de necesidades colectivas, presenta una mutación del individualismo jurídico y económico clásico al concepto de Estado, el cual gira en torno a un conjunto de servicios públicos (Jèze, 1948).

### **3. El carácter dúctil de los Servicios Públicos**

El escenario de repliegue del derecho público y de los servicios públicos obliga a revisar su concepción tradicional, para ello se ha pensado que es necesario reformular sus presupuestos conceptuales (Dromi, 2001). El nuevo rol que el Estado empieza a asumir puede ser concebido como reaccionario frente a las distorsiones creadas por las políticas neoliberales que lo llevaron a transitar por la senda de la desregularización, despojándole de la capacidad inherente para planificar, gestionar, prestar, vigilar y controlar servicios públicos, es decir, poseer plena titularidad (Muñoz, 2012). Con la incorporación del modelo constitucional ecuatoriano del año 2008, el concepto de los servicios públicos es abordado nuevamente bajo una óptica constitucional y dúctil, es decir, su lógica se levantará sobre los cimientos clásicos de la Escuela de Burdeos, basados en la solidaridad, la ética, la satisfacción de necesidades colectivas, el interés general y el bien común.

Bajo esta tónica, Andrés Serra Rojas (1977), considera que el concepto de los servicios públicos tiene que adaptarse nuevamente y adoptar un esquema que priorice su caracterización, como un método para encontrar su esencia. El Estado deja su posición neutral y asume nuevamente una posición que le permite ser parte activa en las decisiones gubernamentales. En consecuencia, la estructura y el enfoque de los servicios públicos tendrán un enfoque social y estarán complementados mediante instrumentos de política pública que permitan su tratamiento técnico.

## 4. La Constitucionalización de los Servicios Públicos

A pesar de que los servicios públicos nacieron de un contexto donde la influencia política, económica y social tuvieron injerencia, la dinámica actual ha generado un escenario propicio: la reinención de la noción de los servicios públicos. El contexto actual invita a pensar que esta institución del Derecho Administrativo centre su atención en los derechos fundamentales, las libertades públicas y, por qué no, los derechos del siglo XXI catalogados como emergentes.

Frente a este escenario, la constitucionalización de los servicios públicos es una realidad la cual propone un abordaje desde los derechos fundamentales, para lo cual el Estado debe servirse de las políticas públicas y desde luego, por los principios rectores del Derecho Constitucional y Administrativo. En el caso ecuatoriano, los derechos de protección del ciudadano y de la Naturaleza facultan al Estado la optimización de las estructuras jurídicas administrativas destinadas a regular las diversas actividades prestacionales. Así la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), en su artículo 314, determina que es una obligación estatal la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y todos los que la ley considere que deben ser generados por parte del Estado, sometidos bajo los principios transversales constitucionales de los servicios públicos.

La constitucionalización de la noción y estructura de los servicios públicos además está reflejada en el artículo 85 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que propone una línea directriz para la formulación, la evaluación y el control de las políticas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por dicho cuerpo normativo. Por lo tanto, es necesario recoger los siguientes ejes: el primero, las políticas públicas como los servicios públicos deben estar orientados hacia el efectivo cumplimiento del “buen vivir” y todo el catálogo de derechos que concentra el texto *ius* fundamental, partiendo sobre la base del principio de solidaridad; el segundo transita por el interés general y su aplicación sobre el interés individual, cuando la ejecución de las políticas públicas y la prestación de servicios públicos vulneren o amenacen vulnerar derechos constitucionales. Bajo este contexto, la política pública debe ser formulada, reformulada o adoptar medidas alternativas que permitan la conciliación de derechos que pudieran colisionar.

Así, como se encuentran servicios públicos que dinamizan derechos fundamentales, es posible identificar ciertos servicios que desarrollan sectores que el Estado considera como estratégicos, la Constitución de la República del Ecuador (2008), en el artículo 313, los ha identificado como la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético del espectro

eléctrico, el agua, entre otros y que por su importancia y especial impacto en la sociedad poseen influencia decisiva en la misma que inclusive trasciende a la esfera económica, política o ambiental, pero que de su desarrollo depende los derechos reconocidos y el interés social.

En consecuencia, resulta necesario establecer que, para cierto tipo de servicios, la satisfacción de necesidades colectivas y la dinamización de derechos fundamentales no es el centro de su atención, por lo mismo podría hablarse de servicios productivos que guardarían estrecha relación con la actividad industrial a cargo del Estado o de la sociedad civil, siempre y cuando, posean esta visión.

#### 4.1. Procura Existencial y el Mínimo Vital

Las profundas transformaciones sociales y económicas evidentes en la segunda mitad del siglo XIX moldearon el Estado Liberal para generar un tránsito hacia el Estado Social de Derecho. Este tránsito generó el nacimiento de nuevas funciones de estatales vinculadas a las nuevas exigencias del constructo social. La dogmática del Derecho Administrativo y particularmente la Teoría de los Servicios Públicos, históricamente han tenido como una de sus características su permanente expansión y transformación. Precisamente, un hecho marcaría el desarrollo y adaptación a las nuevas necesidades de la sociedad. Así, la Revolución Industrial, con la incorporación de procesos productivos tecnificados, supondría el germen de profundas transformaciones sociales, económicas, jurídicas y políticas. El proceso que trajo consigo la Revolución Industrial generaría además que grandes núcleos urbanos crezcan; esta situación dejó claro que un fenómeno social estaba en proceso, el denominado éxodo rural. La sociedad, frente a esta coyuntura de florecimiento y crecimiento de núcleos urbanos, generaría una nueva dinámica de relaciones sociales y de entorno vital. En este sentido y como consecuencia del desplazamiento del individuo del sector rural a las grandes ciudades, la dependencia del individuo a diversos entes de la administración pública era evidente, el administrado ya no puede proveerse a sí mismo de bienes y de servicios, sino que requiere del soporte público. Esta dependencia produjo paradójicamente una incapacidad del individuo de proveerse directamente de aquellos servicios vitales o fundamentales para su vida, como muy bien dice Erns Forsthoof, es en este momento que se generan incapacidades y surgen las denominadas *necesidades sociales*.

Las necesidades sociales se encuentran estrechamente vinculadas con las nuevas formas de vida de los individuos, las cuales permanentemente están en transformación al margen de la situación económica de los individuos, todos por el mero hecho de vincularse a una nueva estructura urbana necesitan abastecerse de bienes y servicios. El individuo por sí solo, no lo puede conseguir, los individuos necesitan del soporte público para abastecerse: por ejemplo, de agua potable, luz eléctrica o de internet, como lo exige la sociedad de la tecnología de la información

y comunicación. Es decir, los entornos urbanos promueven el nacimiento de servicios típicos para lograr una vida digna del individuo, considerados además básicos para su subsistencia.

La procura existencial genera directamente una transformación en el modelo de administración pública, la cual debe ser prestadora, llamada principalmente a garantizar y satisfacer las necesidades imprescindibles que exige el individuo para una vida digna y adecuada en un contexto propiciado e impulsado por la sociedad industrial. Las nuevas funciones que debe asumir una Administración Pública Prestadora conllevan, además, que luego sea responsable, para lo cual dispondrá de un conjunto de mecanismos jurídicos.

El marco de acción actual de la Teoría de los Servicios Públicos debe articularse sobre un fin concreto: procurar un mínimo existencial. Precisamente, el modelo de Estado actual, con una clara visión social, adopta y reconoce como una necesidad la organización de una Administración Prestadora, la que posee claras funciones y prerrogativas que nacen desde el desarrollo y expansión del urbanismo y de una sociedad industrializada; contexto en el que la modernidad exige de la Administración Pública las garantías suficientes para satisfacer las necesidades que requiere el individuo y que le son imprescindibles para una existencia digna y conforme al contexto en el cual se desarrolla. Así, el conjunto de prerrogativas públicas, con una finalidad prestacional, son de responsabilidad entera de la Administración Pública; es más, de acuerdo al criterio de Forsthoff, nace una responsabilidad jurídica denominada *responsabilidad existencial* de la *Administración Prestadora*; la cual, en un contexto organizado, debe establecer un sistema articulado que propenda y garantice jurídicamente la satisfacción de las necesidades sobre la base de la denominada procura existencial.

La Administración Pública, en este contexto, asume un deber objetivo de provisión de bienes y prestaciones necesarias para garantizar la dignidad humana desde la razonabilidad. La procura existencial, como un factor que sustenta los servicios públicos, promueve una nueva forma de relación entre el individuo y el Estado.

Dentro de este orden de ideas, la responsabilidad existencial del Estado propicia la participación de los administrados en las prestaciones de servicios públicos, su aseguramiento es esencial, pues a través de él es posible garantizar que las necesidades colectivas puedan ser satisfechas; precisamente, los servicios públicos poseen una protección especial del derecho público. La dogmática jurídica de Derecho Administrativo reconoce en la Teoría de los Servicios Públicos un fundamento clave para entender la importancia de una administración pública que es reconocida como responsable del cumplimiento y atención de la procura existencial. En este sentido, se comprende que la responsabilidad existencial del Estado impide que se pueda prescindir de un modelo de Administración Pública Prestadora, la cual debe suministrar el conjunto de servicios públicos esenciales

y otros que poseen una clara injerencia e impacto en el sistema económico. Como se infiere, la garantía de la procura existencial sobre un modelo articulado y homogéneo de servicios públicos exige de un importante sistema de organización burocrático para garantizar que la administración pública cumpla a plenitud su responsabilidad.

El pensamiento de Forsthoff (1975) sobre una Administración Pública prestadora de servicios requiere de una organización burocratizada, pero a la vez subordinada a la Ley. Por lo mismo, sus agentes públicos actúan sobre la base de un conjunto de prerrogativas y competencias otorgadas por un marco legal que asegura la certeza legítima, la seguridad jurídica, la legalidad y la previsibilidad legal requerida en un modelo de Estado que tiene como norte la procura existencial. Conviene precisar que la satisfacción de necesidades colectivas, en el contexto del Derecho Administrativo y de la Teoría de los Servicios Públicos, debe conciliarse y tomar partido del planteamiento y aporte generado por Forsthoff, el cual atribuye a la Administración Pública un conjunto de deberes jurídicos de provisión de servicios públicos estrictamente vinculados a la satisfacción de necesidades esenciales destinados a garantizar una vida digna y adecuada.

La delimitación de la noción de procura existencial es compleja, sin embargo, es posible establecer un ámbito de acción que consiste en el hecho de que el Estado, a través de la *Administración Pública Prestadora*, implemente diversas actividades destinadas a la satisfacción de una necesidad colectiva de carácter general, su naturaleza es la amplia accesibilidad a cualquier administrado que esté insertado en un sistema de atención, de protección y promoción de derechos fundamentales liderado por el Estado.

La estructura fundamental de los servicios públicos en el marco de un Estado Social y que promueve el bienestar y el cumplimiento de estándares para el desarrollo de una vida digna del administrado debe articularse sobre la base del derecho fundamental al mínimo vital. Conforme el criterio orientador de la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia C-543, del año 2007, el objeto del derecho fundamental al mínimo vital comprende todas aquellas medidas positivas o negativas que son incorporadas en una estructura constitucional; todas ellas articuladas para evitar que el administrado pueda ser afectado en su valor intrínseco como ser humano, al no poseer las condiciones necesarias y materiales que le permitan llevar una existencia o vida digna.

El Derecho Fundamental al Mínimo Vital, conforme el criterio de la Corte Constitucional Colombiana, constituye un derecho clave, a través del cual es posible que la persona pueda ser considerada el central o principal objeto de preocupación del ordenamiento jurídico. Por tal motivo, el Derecho Fundamental al Mínimo Vital es proyectado como una garantía específica que exige del Estado el cumplimiento de una obligación vinculada a la vida digna del individuo y su garantía mediante la prestación de los servicios públicos vitales o sociales esenciales

que promueven la dignidad humana, tales como el agua, la educación, la energía eléctrica, la salud, entre otros.

El sentido social de los servicios públicos, plasmados en los textos constitucionales, integran y ponen en evidencia la razón de ser del Derecho Administrativo como la protección, tutela y promoción de derechos fundamentales, sin perder de vista la satisfacción de necesidades colectivas que incumbe al Estado. Ciertamente, los servicios públicos se proyectan y determinan el fundamento filosófico del Estado. A través de estos instrumentos jurídicos, el Estado puede completar y alcanzar el ideal de justicia, promover un entorno de igualdad, pero a la vez, garantizar que el administrado acceda a un mínimo vital para lograr un entorno de igualdad. El Derecho a un mínimo vital que tutela y promueve una correcta articulación de servicios públicos neutraliza situaciones que pueden menoscabar la dignidad humana; al final, la *Administración Pública Prestadora*, bajo un modelo de procura existencial y que reconoce el Derecho Fundamental al Mínimo Vital como parte intrínseca y nuclear de los servicios públicos, garantiza la igualdad de oportunidades y un sistema de servicios públicos que ataca directamente a las desigualdades sociales, culturales y económicas que generan un déficit en la estructura social.

La estructura de los servicios públicos, desde el enfoque de la Escuela de Burdeos, sentó las bases necesarias para conectar una institución propia del Derecho Administrativo con la estructura jurídica constitucional del Estado. Los servicios públicos se construyen e implementan desde la solidaridad, la libertad y la igualdad material; pero a la vez, mediante un sistema que promueva la tutela del mínimo vital. Dicha tutela está llamada a asegurar la digna subsistencia de la persona y de su núcleo familiar que va más allá de la alimentación o el vestuario, está conectada con aquellas necesidades básicas y vitales para el desarrollo integral de la esfera personal, en otras palabras, son factores insolubles que garantizan y preservan la calidad de vida que le corresponde al individuo.

## **5. Titularidad de los Servicios Públicos: El papel del Estado**

Para comprender la participación del Estado en el sistema de los servicios públicos, conviene tomar como fundamento teórico el criterio de la *publicatio*. De este modo, los servicios públicos comprenden un conjunto de actividades que el Estado asume como propias para regularlas, gestionarlas y armonizarlas con marco jurídico específico de derecho público. En consecuencia, el Estado, en ejercicio de sus prerrogativas públicas y para precautelar el interés público, aplica un marco jurídico exorbitante de derecho público a ciertas actividades que, por su impacto en la sociedad, deben ser excluidas de la libre iniciativa aplicable en el derecho privado.

Bajo este criterio, los servicios públicos se proyectan como un conjunto de actividades que el Estado debe asumir, desplaza al sector privado y asume su titularidad con base a un conjunto de prerrogativas propias de un marco jurídico exorbitante del derecho público.

La titularidad estatal habilita al Estado para ejercer un conjunto de prerrogativas basadas en la regulación, organización, vigilancia, control y prestación del servicio, sea que se trate de sí solo o con la participación eventual en la gestión del servicio mediante concesión. Evidentemente, bajo esta línea de acción, los administrados no poseen un derecho propio que les habilita para la gestión directa de los servicios públicos; así, los administrados pueden acceder al sistema de servicios públicos mediante concesiones o permisos otorgados por el Estado que generan la habilitación necesaria para que el administrado pueda participar en la prestación de dichos servicios.

En esta perspectiva, la titularidad que posee el Estado sobre los servicios públicos es intransferible, goza de una especial protección que se encuentra en un régimen jurídico de derecho público. La concesión o los permisos que habilitan la gestión y prestación de terceros sobre los servicios públicos son discrecionales y bajo un marco de duración temporal. Por eso, la *publicatio* significa que el Estado es titular del servicio y, por tanto, responsable directo de su prestación.

Dentro de la dogmática administrativa, aplicada por el esquema jurídico ecuatoriano, se puede identificar que existe el reconocimiento de dos clases de servicios públicos: 1) Propios; e 2) Impropios. En consecuencia, los servicios públicos propios en el esquema constitucional ecuatoriano toman como eje de acción el artículo 314 de la Constitución de la República de Ecuador, precepto que claramente genera la responsabilidad de que el Estado provise los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias además de aquellos servicios que sean determinados por la ley. En concordancia, el Código Orgánico Administrativo (Asamblea Nacional Constituyente, 2017) consolida el planteamiento de las clases de servicios públicos, lo cual es reconocido en el artículo 34, el cual agrupa el esquema de titularidad de servicios públicos propios como aquellos cuya titularidad ha sido reservada al sector público en la Constitución o en una Ley. El segundo, mediante los servicios públicos impropios detallados en el tercer inciso del artículo 34 del Código Orgánico Administrativo (COA), el cual señala que son aquellos cuya titularidad no ha sido reservada al sector público, por lo tanto, son las administraciones públicas las llamadas a intervenir en su regulación, en su control y excepcionalmente en su gestión.

En esta perspectiva, es el propio Estado el ente que en el marco de la racionalidad decide qué actividades pueden ser consideradas como servicios públicos. Por lo mismo, es el Estado el que resuelve si es que es o no su titular. Ciertamente, los servicios públicos se encuentran integrados por un conjunto de actividades



que son esenciales para la comunidad, pero que el Estado las ha identificado y señalado como fundamentales.

Es por eso que el Estado actúa como titular regulador y controlador bajo un régimen jurídico exorbitante y específico que gestiona los servicios públicos. Dicho régimen jurídico particular y especial de derecho público debe actuar bajo un conjunto de caracteres especiales.

## **6. Clases de Servicios Públicos: Propios, Impropios y Asistenciales**

Los servicios públicos, en el marco del pensamiento administrativista, condensan la tradición de un modelo europeo sobre la categorización de los servicios públicos. Así, Marienhoff (1966) sostiene que es posible identificar la presencia de dos clases de servicios públicos, los llamados servicios públicos propios y aquellos denominados como impropios. De este modo, los Servicios Públicos Propios son aquellos que son prestados y gestionados por la administración pública directamente o por intermedio de concesionarios. Por lo tanto, la articulación, planificación e identificación de aquellas actividades consideradas vitales o estratégicas y sujetas a un especial régimen de *publicatio* deben constar en una estructura jurídica específica (Constitución o Ley).

Sin duda, los Servicios Públicos Propios reflejan la visión o enfoque que posee un Estado; existirán modelos en los cuales prevalezcan los principios del liberalismo económico o aquellos sistemas que privilegian una mayor presencia del Estado; pues a través de él, el bienestar del administrado puede ser asegurado mediante el aprovisionamiento de servicios públicos vitales, pero también, siendo parte activa de ciertas actividades estratégicas que por su especial impacto, social, económico o ambiental requieren de un régimen jurídico de derecho público que genere una arquitectura que los fundamente.

Por su parte, la estructura teórica de los servicios públicos hace posible que la participación o colaboración de los particulares en su prestación sea posible, razón suficiente para que se pueda hablar de los Servicios Públicos Impropios, dicha categoría esbozada por la dogmática administrativa plantea que subjetivamente es una actividad privada que se encuentra subordinada a un régimen jurídico de derecho público. Esta actividad atiende un requerimiento social que deriva de la situación de un entorno y realidad particular. Ciertamente, para la determinación de un Servicio Público Impropio se debe atender a su sustancia u objetivo que, a pesar de ser ejercida por particulares o administrados, también llegan a satisfacer necesidades de carácter general. En atención a la importancia de la actividad, la cual adquiere un valor social trascendente, la subordinación del administrado a un

esquema de organización de servicios públicos planteado por la administración pública resulta clave para regular un sistema que limita las diferentes actuaciones desarrolladas por aquellos que prestan un Servicio Público Impropio sobre la base de la defensa del interés general; la administración pública determinará un marco jurídico específico.

Las actividades consideradas como Servicios Públicos Impropios nacen por las exigencias sociales de un constructo social determinado, serán diversas y denominadas como fundamentales y para atender una necesidad colectiva, por ejemplo: el comercio de artículos de primera necesidad: las carnicerías, los parqueaderos públicos, las farmacias o inclusive el servicio que prestan los teatros son considerados por ciertas estructuras sociales como verdaderos Servicios Públicos Impropios. Estas actividades atienden una exigencia social evidente que las lleva por un camino que trasciende una actividad meramente privada para incidir en un espectro social específico, lo que permite la regulación del derecho público. Es la sociedad la que transforma ciertas actividades realizadas por los particulares como necesidades vitales de una comunidad.

Como bien señala Marienhoff (1966), los servicios públicos no son exclusivamente un concepto jurídico que al final congelan una actividad; es, ante todo, un hecho fruto de la realidad en constante transformación. La administración pública, en este contexto altamente complejo y dúctil, adquiere un rol fundamental, pues asume un deber específico que conlleva la determinación objetiva de las actividades desarrolladas por los particulares y que pueden ser asumidas como Servicios Públicos Impropios. Así, las obligaciones generadas por parte de la administración pública para la prestación de dichos servicios requieren de un tratamiento técnico y específico para que la necesidad que deriva de la vida en comunidad pueda continuar satisfaciéndose mediante los Servicios Públicos Impropios.

Conviene acotar que en el marco del derecho administrativo italiano y francés, a decir de Ariño Ortiz (2003), los Servicios Públicos Impropios son actividades a cargo y desempeñadas por los administrados que revisten un interés general y una clara vocación e impacto en la colectividad. Claramente, los Servicios Públicos Impropios satisfacen una necesidad; así que las actividades que se desarrollan se encuentran bajo un régimen jurídico particular diverso que contempla el contrato de concesión, pero, a la vez, sujetas a un régimen jurídico especial delimitado por condiciones técnicas.

Los servicios públicos y su permanente expansión y transformación adoptan diversos matices a partir del interés público como eje central. La doctrina de derecho administrativo sistematizó los tipos de servicios públicos e incluyó en su catalogado los denominados asistenciales. En esta perspectiva, conforme el criterio de Gaspar Ariño Ortiz (2003), los Servicios Públicos Asistenciales están presentes en la gestión pública para satisfacer las necesidades básicas del individuo; precisamente, su orientación es atender los requerimientos esenciales de la co-

munidad que nacen además de los derechos fundamentales reconocidos como la educación, la salud o la cultura. Evidentemente, los servicios públicos asistenciales se desarrollan de forma permanente para mejorar las condiciones de vida de los administrados y para dignificar su desarrollo pleno. Por esto, los servicios públicos asistenciales no encuentran su razón de ser en la satisfacción de una necesidad económica específica o incremento patrimonial, más bien, su enfoque es social y solidario.

Los servicios públicos asistenciales pueden ser prestados por entidades públicas y privadas; estas últimas, siempre y cuando exista un título jurídico que habilite a tal prestación y que se pueda encontrar en la concesión los permisos, las autorizaciones o las licencias administrativas tal como en las actividades de salud o en similares condiciones la educación, cuya esencia no es precisamente un giro económico productivo, pero en ambos casos atienden a un derecho fundamental específico en el marco del Estado de Bienestar.

## **7. Caracteres de los Servicios Públicos**

La estructura de los servicios públicos, en un contexto constitucional, incorpora ejes rectores destinados a la promoción y tutela de los derechos de los usuarios y de la Naturaleza. Precisamente, la estructura constitucional ecuatoriana recoge en el artículo 314 de la Constitución de la República (2008), los ejes rectores de los servicios públicos, así como la Responsabilidad. Este eje rector estará presente, sobre todo, en la prestación de ciertos servicios públicos esenciales para la vida y la dignidad humana. Por tanto, conviene precisar los ejes o caracteres por los cuales los servicios públicos deben transitar.

### **7.1. Continuidad**

Desde una perspectiva general, la continuidad del servicio supone que no debe ser interrumpido. La continuidad debe ser interpretada como una característica que parte de la necesidad e impacto social. De este modo, la prestación permanente del servicio bajo un sistema de regulación precisa, descarta y resulta incompatible con la interrupción del servicio, al margen de que pueda ser accidental o imprevisto; resulta claro, la necesidad es insatisfecha, los administrados sufren menoscabos directos hacia sus derechos fundamentales cuando la actividad prestacional cesa. Es por lo mismo que el Estado asume una obligación directa para lograr que la continuidad del servicio se mantenga, dicha obligación es el aseguramiento la regulación y el control de la actividad prestacional.

Se puede inferir que la continuidad hace referencia a la prestación ininterrumpida de un servicio, sin paralizaciones ni suspensiones, su razón de ser es

mitigar los riesgos que supone la suspensión de un servicio que limitaría la plena vigencia de los derechos ciudadanos (Dromi, 2001). En este marco y para asegurar la provisión de los servicios públicos, el Estado se sirve de mecanismos que garantizan su continuidad como la restricción del derecho a la huelga, el auxilio de la fuerza pública, las medidas de restricción, las servidumbres, las expropiaciones para mejorar el servicio, la nacionalización, los contratos de concesión, el control y la fiscalización.

## 7.2. Regularidad

En lo esencial, la regularidad del servicio hace referencia a que su prestación no es realizada de una manera discrecional o arbitraria, sino que existe una actuación que toma como eje de acción las reglas vigentes y técnicas aplicables a una actividad específica. La regularidad del servicio público exige que la actividad prestacional deba estar sujeta a ciertas regulaciones de carácter técnico, que guíe el ritmo y el equilibrio prestacional (Ruiz, 1997), es decir, es por medio de una regulación técnica que la actividad prestacional funciona. Por consiguiente, la regularidad toma como base los reglamentos técnicos del servicio que se proyectan como normas administrativas para lograr un correcto funcionamiento. Además que la regularidad obedece a criterios de funcionamiento y de prestación acorde al ritmo con el que puede funcionar un servicio público, por ejemplo, el horario de funcionamiento del servicio público de recolección de basura.

## 7.3. Igualdad

La igualdad en la prestación de los servicios públicos hace referencia al equilibrio en la forma de prestación de la actividad que satisface una necesidad colectiva, la cual debe llegar a aprovisionar a todos sus usuarios. El criterio generalizado sobre la igualdad en la prestación de servicios públicos impide el establecimiento de clases o categorías. La igualdad o uniformidad con la cual se presta un servicio público extiende su ámbito de aplicación y vigencia cuando la dogmática administrativa sostiene que todos los administrados deben acceder y hacerlo en condiciones similares. Ciertamente, un factor que debe ser tomado en cuenta para la plena vigencia de la igualdad en el acceso a los servicios públicos y que posee un vínculo directo, es con el precio del servicio. El precio debe ser razonable y debe dar cuenta de una realidad socioeconómica específica, por lo cual, el precio debe garantizar que los administrados accedan a un servicio específico y no los limite. Para ello, el Estado, en ejercicio de su potestad de regulación, de vigilancia y de control, puede establecer cierto tipo de categorías entre los administrados que favorezcan a los grupos de atención prioritaria sobre bases objetivas, materiales y razonables.

La igualdad con la cual un servicio público es prestado adquiere una faceta que trasciende al trato equitativo y digno. Por lo tanto, el prestador del servicio debe actuar desde un enfoque que respete los usos sociales, costumbres y la dignidad personal (Dromi, 2001).

#### **7.4. Accesibilidad**

La accesibilidad con la cual los servicios públicos deben ser prestados asegura que los individuos puedan beneficiarse y satisfacer sus necesidades, muchas de ellas vitales y sociales. No cabe duda que la prestación del servicio público debe ser desarrollado bajo condiciones que permita su propio acceso y anular cualquier forma de exclusión al servicio (Rozas & Hantke-Domas, 2013). Es por ello que la accesibilidad guarda una estrecha relación con la universalidad en la medida que corresponde al Estado el deber de asegurar que todas las personas puedan exigir y recibir la prestación del servicio público, construyendo los mecanismos jurídicos y políticos necesarios para impedir que el prestador suspenda la actividad.

#### **7.5. Obligatoriedad**

Dentro de un esquema de estado social y de bienestar, existen diversos deberes y fines que deben ser cumplidos por parte del Estado. Precisamente, el aseguramiento de los derechos fundamentales es una obligación específica que el Estado está llamado a cumplir en beneficio de los ciudadanos. La obligatoriedad, como nota característica de la prestación de los servicios públicos, guarda estrecha relación con el carácter intrínseco e inherente a la propia actividad prestacional, pues desde el enfoque finalista debe mirar a la satisfacción de necesidades colectivas y precautelar el bien común (Dromi, 2001). Dentro de esta visión, la estructura social altamente compleja y tecnificada crea y adapta nuevos servicios públicos, tributarios directos de nuevas necesidades que deben ser atendidas por el Estado para satisfacer dichas demandas y generar un entorno de dignidad. La obligatoriedad en la prestación de los servicios públicos involucra el deber del Estado de asegurar una justa prestación bajo un marco jurídico estable y técnico, el aseguramiento debe prolongarse mientras la necesidad de carácter general perdure en el tiempo, solo así el Estado cumplirá una de sus misiones: la satisfacción de necesidades colectivas. Igualmente, conviene precisar que el Estado está llamado a incorporar dentro del sistema de prestación, nuevos servicios públicos que atiendan nuevas exigencias sociales y ambientales; no hacerlo significaría incurrir en una responsabilidad por omisión.

## 7.6. Adaptabilidad

La dogmática de derecho administrativo se refiere a la adaptabilidad o mutabilidad como un criterio o característica específica sobre la cual los servicios públicos deben desplegarse en el tiempo, atendiendo las necesidades sociales que constantemente se transforman por un entorno globalizado, tecnificado y digitalizado. La adaptabilidad de los servicios públicos exige que el Estado, permanentemente, bajo un esquema o estándar de calidad pueda modificar la prestación de un servicio público para corregir deficiencias o incrementar la eficiencia, la seguridad y aprovechar el desarrollo e innovación tecnológica.

## 7.7. Generalidad

Los servicios públicos deben ser prestados, atendiendo a una visión que atiende a la generalidad; precisamente, este eje de acción está presente para impedir la creación de barreras jurídicas que impidan el acceso a los servicios públicos, de tal manera que los servicios públicos no sean entendidos como un privilegio para determinadas personas, sino que sean puestos al alcance de todos los ciudadanos. De este modo, la generalidad se construye sobre la premisa que reconoce la satisfacción de necesidades con un alcance que beneficie a todos los ciudadanos del Estado. La generalidad en la prestación de los servicios públicos deja claro que toda persona pueda acceder, usar y beneficiarse de la actividad prestacional, así lo sostiene Manuel María Díez (1977); el servicio público es para todos y no para determinadas personas, así que la prestación no puede ser negada a quien la solicita.

## 7.8. Universalidad

La universalidad será otro de los elementos necesarios para la prestación de los servicios públicos. Su esencia radica en la plenitud de la satisfacción de necesidades y al margen de la influencia de factores económicos, sociales, políticos, étnicos, religiosos y hasta culturales. El nuevo marco constitucional de los servicios públicos, presente en la Constitución de la República del Ecuador, complementa la visión del Estado de Bienestar a partir de la solidaridad para poder garantizar real y objetivamente los derechos colectivos de los ciudadanos.

Dentro de este orden de ideas, Gaspar Ariño Ortiz (2003) plantea ser más atrevido en cuanto a los ejes rectores de los servicios públicos, pero especialmente en lo referente a la universalidad. El carácter prestacional debe estar orientado a toda la población, independientemente de su ubicación territorial, condiciones socioeconómicas, políticas o de cualquier otro factor, es decir, el Estado tiene la obligación de construir una estructura institucional para garantizar el acceso a los servicios públicos indispensables para el desarrollo de la dignidad del individuo.

## 7.9. Calidad y Eficiencia

La calidad y la eficiencia, en la prestación de los servicios públicos, debe tomar en cuenta el derecho a la dignidad del individuo que propenda a una mejor condición de vida (Dromi, 2001). Estos dos ejes rectores son cobijados sobre una serie de estructuras normativas de carácter técnico. Esto permitirá el sometimiento y sujeción a un régimen jurídico de protección del consumidor que defienda el derecho al acceso de servicios que satisfagan efectivamente sus requerimientos. La calidad y la eficiencia con la cual los servicios públicos deben desarrollarse, tutelan la seguridad individual y colectiva de los consumidores, pero además, precautelando la integridad del entorno medio ambiental, que luego estará conectada a la idea de la responsabilidad extracontractual de carácter objetivo y directo

## 7.10. Responsabilidad

La configuración del Estado de Bienestar, sobre un soporte que privilegia y potencia los requerimientos sociales, como factores vitales para el desarrollo de la Dignidad del Individuo, supone que desde el texto constitucional, el Estado asuma obligaciones específicas todas ellas, fundamentales para el despliegue de un entramado institucional visible desde los servicios públicos. Así, el Estado debe cumplir fines específicos, a través de los cuales es posible, garantizar, tutelar y promocionar los derechos esenciales para que el individuo pueda desarrollar a plenitud su personalidad.

Así, el artículo 3, número 1 de la Constitución de la República del Ecuador, destaca que el Estado tiene como deber primordial garantizar, sin discriminación, el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, particularmente la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. Esta obligación de tutela debe estar reflejada en toda la incesante actividad administrativa y prestacional que el Estado efectúa para satisfacer las necesidades colectivas y lograr que los derechos constitucionales y fundamentales puedan ser gozados a plenitud por los individuos. El Estado, por lo tanto, según el artículo 277, número 4 de la Constitución de la República del Ecuador, para la consecución del buen vivir, serán sus deberes generales la de producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.

Precisamente, el Estado, sobre esta base, debe accionar su conjunto de prerrogativas públicas para institucionalizar los servicios públicos necesarios para garantizar el cumplimiento de dichos fines y, de esta manera, promocionar los derechos fundamentales.

En ese mismo sentido, conviene precisar que el principio de responsabilidad de los servicios públicos se encuentra conectado con el artículo 314 de la

Constitución de la República del Ecuador, el cual determina que el Estado es responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, así como aquellos que la Ley determine.

## **8. La naturaleza incompatible de la interrupción en los Servicio Públicos**

El derecho a la buena administración pública debe ser uno de los ejes de acción del Estado, el cual se concreta en la aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales y la ley, tal como lo señala el artículo 31 del Código Orgánico Administrativo (Asamblea Nacional Constituyente, 2017). La dogmática de derecho administrativo, manteniendo una línea de acción levantada sobre el derecho a la Buena Administración Pública, proscribió todo tipo de suspensión que pueda generar la interrupción de los servicios públicos.

El acceso a los servicios públicos es una de las principales preocupaciones en la mayoría de los países. Esto se debe a que los servicios públicos, tales como el agua potable, la electricidad y los servicios sanitarios, son esenciales para la supervivencia y el bienestar de la población. Por esta razón, la prohibición de la interrupción de los servicios públicos se ha convertido en un tema clave y de especial tratamiento por el Derecho Administrativo. La prohibición de la interrupción de los servicios públicos se basa en la necesidad de garantizar los derechos humanos. Como señala Gaibov (2020), los servicios públicos son una parte integral de los derechos humanos, ya que son necesarios para la supervivencia, el desarrollo y el bienestar de todos los individuos. Por lo tanto, la prohibición de la interrupción de los servicios públicos se ha convertido en una forma de proteger los derechos humanos y garantizar el acceso a servicios esenciales para todos los individuos. Además, la prohibición de la interrupción de los servicios públicos también es una cuestión de equidad social, la regla general es prohibir la interrupción de los servicios públicos para garantizar el acceso igualitario a los bienes y servicios, lo que contribuye a la reducción de las desigualdades sociales. Por lo tanto, la prohibición de la interrupción de los servicios públicos es una forma de promover la equidad social. La prohibición se ha convertido en una forma de proteger los derechos fundamentales y garantizar el acceso universal de los servicios esenciales.

Para el caso objetivo, una actividad proscrita que puede conllevar la interrupción en la prestación de los servicios públicos, es la huelga. Así, la huelga en el campo de los servicios públicos recibe un tratamiento específico diverso al que se aplica el derecho del trabajo; el tratamiento de la huelga en la dogmática de derecho administrativo aplica como regla general la prohibición de la huelga y su aceptación bajo ciertas condiciones especiales.



El aseguramiento de los servicios públicos genera un deber sobre el Estado que lo obliga a garantizar un adecuado funcionamiento prestacional de los servicios públicos. Ciertamente, asegurar el funcionamiento de los servicios públicos permite, a la vez, garantizar que los derechos fundamentales de los administrados son tutelados y promocionados. Para lograr el aseguramiento de los servicios públicos, el Estado posee diversas prerrogativas: 1) uso de la fuerza pública, el cual es un apoyo determinante para precautelar el interés colectivo; 2) auxilio del derecho penal, mediante la incorporación de tipos penales específicos que regulen y tipifiquen como delito la suspensión de los servicios públicos; 3) la limitación del derecho de propiedad mediante la acción de expropiación. El ordenamiento jurídico ecuatoriano para garantizar la prestación de servicios públicos y evitar su interrupción por vías de hecho, estableció un tipo penal autónomo, proyectándose como una norma jurídica destinada a la tutela de derechos fundamentales. Así, el artículo 346 del Código Orgánico Integral Penal determina que la persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público o se resista violentamente al restablecimiento del mismo o se tome por la fuerza un edificio o instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. En este orden de ideas, el Estado dispone de las suficientes prerrogativas destinadas a reencausar y asegurar la prestación de servicios públicos; todo ello en el marco de su finalidad de tutela y promoción de Derechos Fundamentales.

## **9. Delimitación y determinación de un Servicio Público**

La dogmática de derecho administrativo se ha preocupado en determinar y encuadrar si una actividad específica genera un impacto en la sociedad; para ello, se ha esbozado los siguientes criterios orientadores:

### **9.1. Criterio Orgánico**

Conforme el criterio orgánico, el servicio público toma como eje el órgano, la entidad o la institución que realizan la actividad prestacional, la cual como señala Marienhoff (1966), los servicios públicos son caracterizados y delimitados, tomando en cuenta la persona o el ente que los presta. Lo fundamental del enfoque subjetivo u orgánico es la identificación y caracterización del sujeto que presta el servicio; así, si el órgano resulta ser público, el servicio que nace de él tiene el soporte de un régimen jurídico especial de derecho público; si la persona es una institución privada, el servicio se encuentra sometido a una estructura jurídica de derecho privado. Conforme el criterio orgánico, los servicios públicos se encuentran delimitados y nacen siempre y cuando la actividad sea realizada por la administración pública de una manera directa o por medio del auxilio de un concesionario.

## 9.2. Criterio Funcional

Dicho criterio toma en cuenta la sustancia, el hecho objetivo y material que nace del servicio público. El carácter funcional valora la necesidad que se pretende satisfacer mediante la prestación de un servicio público, al margen del órgano o institución que realice la actividad prestacional. Es un servicio público si la necesidad que debe ser satisfecha, tiene o posee una vocación social o colectiva.

Conviene precisar que el criterio funcional ha tenido gran acogida dentro de los estudiosos del derecho administrativo; precisamente, la noción general de los servicios públicos surge de un enfoque funcional, al ser entendidos como un conjunto o un sistema de actividades a cargo de la administración pública o de los particulares que participan en su prestación mediante un título jurídico administrativo que los habilita para hacerlo; y que dicha actividad tenga como fin satisfacer necesidades de carácter general y en beneficio de la colectividad.

## 9.3. Criterio Mixto

El criterio mixto busca encontrar lo mejor del criterio objetivo material y el criterio subjetivo. El criterio mixto toma como eje la finalidad de un servicio o actividad pública, la cual determina el carácter del servicio que complementa, si es que dicha finalidad satisface una necesidad colectiva de carácter general. El enfoque de los servicios públicos es dúctil (y por lo mismo debe ser amplio); aquí, una visión teleológica es lo más pertinente para establecer el criterio orientador que permita determinar la presencia de un servicio público; emplear un solo criterio de orientación para justificar su presencia y su identificación reduce la visión y el ámbito de aplicación. Por consiguiente, un servicio público debe ser entendido como todas aquellas actividades en las cuales la administración pública participa directa o indirectamente, buscando la satisfacción de las necesidades colectivas y bajo el soporte de un régimen jurídico especial de derecho público.

## 10. Títulos Jurídicos necesarios para la prestación de los Servicios Públicos

La prestación de servicios públicos constituye una de las actividades fundamentales que debe cumplir el Estado para el cumplimiento de sus fines; sin embargo, la sociedad –en constante transformación– exige el reconocimiento de nuevos servicios públicos cada vez más complejos y tecnificados. El Estado, ante esta constante transformación, requiere de la colaboración de los particulares y precisamente por medio de los Títulos Jurídicos de Prestación de Servicios, es posible que dicha colaboración pueda ser plasmada en la práctica.

Ciertamente, el Estado puede ceder o delegar a la iniciativa privada la prestación de servicios públicos, al amparo de los Títulos Jurídicos de Prestación de Servicios; mas esto no significa perder las prerrogativas de regulación, de vigilancia y control, notas esenciales para el mantenimiento de un sistema de servicios públicos, al amparo de los ejes o principios rectores. Por tanto, en la práctica se puede identificar diversas especies de Títulos Jurídicos de Prestación de Servicios como: El Contrato de Concesión, el Permiso, la Autorización y la Licencia, que a continuación se exponen.

### **10.1. Contrato de Concesión**

El contrato de concesión para la prestación de los servicios públicos representa una forma jurídica administrativa, con la cual el Estado transfiere la gestión del servicio público a los particulares. Dicha forma jurídica administrativa, de carácter bilateral, plantea que el concesionario asuma la obligación prestacional del servicio, lo que conlleva, además, adquirir un derecho económico que se traduce en el cobro de un precio por el servicio prestado.

En principio, los servicios públicos deben ser prestados por el propio Estado o por los particulares cuando existe una forma jurídica administrativa de por medio que sustenta un vínculo entre el Estado y el particular, el cual tiene como núcleo transferir el deber de prestación de un servicio. El contrato de concesión es uno de los tipos de contratos administrativos recogidos en la dogmática administrativa. Por esta razón, el nexo que nace entre el Estado y el particular se encuentra reglamentado por un régimen jurídico particular de derecho público que debe priorizar y asegurar que la prestación de los servicios públicos sea efectiva, de tal manera que el Estado garantice y promueva los derechos fundamentales.

El contrato de concesión, en el marco de los servicios públicos, según lo expresado por Roberto Dromi (2001), debe ser entendido como un contrato por medio del cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y el funcionamiento de un servicio público por un determinado tiempo. Desde la reflexión de Dromi, el concesionario del servicio público actúa por su propia cuenta riesgo, recibiendo por ello una retribución por el precio pagado por los usuarios.

### **10.2. Permiso**

El permiso se encuentra contenido en acto administrativo de potestad exclusiva de la administración pública; su carácter es diverso al que posee el contrato de concesión, en el sentido que el permiso es una declaración unilateral. Tal como lo expresa Roberto Dromi (2001), el permiso es una forma jurídica administrativa que tutela los intereses de un administrado. El permiso genera un privilegio

especial a favor del administrado que le habilita para ejercer un derecho. En principio, la administración pública habilita el ejercicio de un derecho específico que normalmente, por sí solo, se encuentra tutelado y restringido por el ordenamiento jurídico. En lo esencial, el permiso no proyecta una delegación, lo que genera es una declaración unilateral que habilita al administrado realizar una actividad determinada, la cual genera un impacto específico en la comunidad, con un alcance restringido, ya que se encuentra limitado hacia cierto tipo de actividades objetivamente identificadas. Cabe resaltar que el permiso, más que el otorgamiento de un derecho, tolera un uso específico del mismo, el cual debe estar sujeto a un esquema reglado, generado por la propia administración pública. Como bien lo expresa Agustín Gordillo (2006), el permiso se concede generalmente respecto de actos o hechos de sujetos de derecho, el ejercicio de un derecho en principio prohibido por el orden jurídico.

### 10.3. Autorización

Por su parte, la autorización que –al igual que el permiso se encuentra contenido en un acto administrativo expreso generado por la administración pública– se presenta como una forma discrecional, con la cual la administración pública habilita a los particulares para el ejercicio de una actividad que genera un impacto en la sociedad. Así, la autorización reconoce directamente un derecho preexistente, el cual no puede ejercerse sin que exista la valoración precisa, objetiva y previa de la administración pública, la cual debe manifestar su conformidad. En efecto, la administración pública, luego de realizar un juicio lógico sobre la base de la razonabilidad, reconoce el cumplimiento de las condiciones necesarias sujetas a un marco reglado para que el individuo pueda ejercitar un derecho específico que por sí solo no lo podría usar y gozar.

Cabe destacar que la autorización no nace ni se otorga de oficio por parte de la administración pública, sino que debe existir previamente un requerimiento por parte del órgano o persona que realizará la prestación del servicio público; de este modo, una vez otorgada la autorización, según el criterio de Marienhoff (1966), se produce una integración de voluntades, en la cual no se atribuye un nuevo poder o derecho, sino que solo se atribuye la facultad de ejercitar un poder o un derecho ya existente; como tal, la autorización tiene un carácter declarativo y no constitutivo.

La autorización evidentemente habilita el ejercicio de una actividad de la forma que establece la norma. Por lo tanto, la actividad que se desarrollará puede ser ejercida por personas naturales, jurídicas públicas o privadas; además, debe ser expresa, ya que la actividad a desarrollar debe ser precisa; y en ejercicio del poder de policía que posee la administración pública, puede ser revocada en cualquier momento cuando el interés público se encuentre en riesgo o lo exija.

#### 10.4. Licencias

La licencia constituye un acto administrativo que contiene una delegación expresa que permite la prestación de un servicio público, el cual no forma parte de aquellos que nacen de un sector estratégico y tampoco pueden ser considerados como esenciales que, sin embargo, por su naturaleza, sí contribuyen a la satisfacción de una necesidad colectiva específica. Dentro de este marco, Roberto Dromi (2001) sostiene que la licencia sustituye al Estado en la prestación de un servicio público; a diferencia del contrato de concesión, la licencia no tiene un plazo determinado. Esto no quiere decir que el Estado se desentiende de los servicios públicos, al contrario, es el que regula y controla la forma en la cual el licenciataria presta el servicio.

### 11. Regulación y Control de los Servicios Públicos

La regulación de los Servicios Públicos –una de las preocupaciones del Estado al momento de ejercer la prestación de los servicios públicos– se refiere precisamente a su regulación. A partir de este concepto traído desde la política económica, supone la existencia de mecanismos que corrijan las fallas en el mercado. El diseño normativo que debe centrarse en la regulación de los servicios públicos toma como factores que sustentan su dimensión, diferentes elementos y variables económicas. Desde este enfoque, la regulación de los servicios públicos consiste en garantizar los derechos y las obligaciones tanto de usuarios como del Estado o del ente encargado de la prestación del servicio, manteniendo una visión sistémica entre la relación de la sociedad con el Estado.

El núcleo fuerte de la regulación consiste en otorgar al Estado las facultades necesarias para definir los estándares indispensables para concretar el fin de los servicios públicos, para ello, la normativa afín debe recoger criterios técnicos que garanticen una prestación efectiva (Culebro y Gonzáles-Laporte, 2013). Este criterio es compartido por Dromi, quien expresa que sin regulación, no puede existir el control, de ahí que la regulación es una función indeclinable del Estado; a partir de su real conocimiento y aplicación, se logra transparentar los derechos y las obligaciones de las partes (Dromi, 2001).

Desde esta perspectiva de estudio, la regulación se presenta como una prerrogativa propia del Estado, la cual no puede perderse; es por tanto, consustancial a la actividad administrativa. Los servicios públicos requieren de estructuras normativas que guíen su camino. Este marco normativo institucional es necesario para lograr la consolidación de un modelo que supere la idea de “Estado Mínimo” (Moya-Mena, 2013), imponiéndose un sistema que reoriente y garantice un marco normativo técnico para la correcta prestación de servicios públicos. La vigilan-

cia y el control de los Servicios Públicos generan un impacto directo sobre la calidad prestacional de un servicio, lo que repercute en beneficios para la sociedad. Así, el criterio de Gaspar Ariño Ortiz (2003) justifica la presencia de la vigilancia y el control como prerrogativas que debe liderar el Estado.

En consecuencia, el Estado conserva dichas atribuciones, aun cuando la actividad sea concedida; esta retención de potestades permite conocer las formas y medios de llevar a cabo la prestación. A fin de cuentas, el Estado continúa manteniendo su titularidad y esto le permite ejercer su facultad de dirección y responsabilidad. La vigilancia y el control son instrumentos para garantizar la correcta prestación del servicio y mitigar los riesgos que pueden originarse en la actividad prestacional. El ejercicio de la vigilancia y el control se ejerce no solo para saber si el prestador cumple, sino también para establecer si puede cumplir mejor la actividad encomendada, sea en cantidad, calidad e incluso el régimen tarifario del que se trate (Dromi, 2001).

## 12. Referencias

- Ariño-Ortiz, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre 2008*.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2017). *Código Orgánico Administrativo*. <https://www.gobiernoelectronico.gob.ec/wp-content/uploads/2020/11/COA.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia C-543*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-543-07.htm#:~:text=C%-2D543%2D07%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20Corte%20constata%20que%20ninguna,el%20demandante%20no%20puede%20realizarse>.
- Culebro, J. y Gonzáles-Laporte, C. (2013). Regulación y evolución de organismos reguladores en telecomunicaciones. El caso de México y Francia. *Gestión y Política Pública*, XXII(1), 45-83. [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-10792013000100002&script=sci\\_abstract](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-10792013000100002&script=sci_abstract)
- Diez, M. (1977). *Manual de Derecho Administrativo*. Plus Ultra.
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina.

- Forsthoff, E. (1975). *El Estado de la Sociedad Industrial*. Instituto de Estudios Políticos.
- Gaibov, R. (2020). The importance of protecting public services as a part of human rights. *Journal of Human Rights*, 13(1), 13-18.
- Garrido-Falla, F. (1994). El Concepto de Servicio Público en Derecho Español. *Revista de Administración Pública*, (135), 7-36. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17240.pdf>
- Gordillo, A. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo.
- Instituto Nacional de Administración Pública. (2017). *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts*. Dalloz. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2018-86](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2018-86)
- Jèze, G. (1948). *Principios generales del derecho administrativo*. Depalma.
- Marienhoff, M. (1966). *Tratado de Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot.
- Marshall, T. (2007). *Ciudadanía y Clase Social*. Alianza Editorial.
- Moya-Mena, S. (2013). Estado e individuo en Robert Nozick y Ayn Rand: las bases frágiles de la justicia libertaria. *Revista de Filosofía Universidad de Costa Rica*, LII(132), 99-110. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/filosofia/article/view/13896>
- Muñoz, F. (2012). *Ecuador: de la receta del Consenso de Washington al Pos neoliberalismo, en Rafael Correa, Balance de la Revolución Ciudadana*. Planeta.
- Pina, A. (1992). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Civitas.
- Rozas, P. y Hantke-Domas, M. (2013). Gestión Pública y Servicios Públicos, notas sobre el concepto tradicional de servicio público. *CEPAL- Serie Recursos Naturales e Infraestructura*, (162). [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6366/LCL3648\\_es.pdf?sequence=1](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6366/LCL3648_es.pdf?sequence=1)
- Ruiz, J. (1997). *Derecho Administrativo*. (U. N. México, Ed) Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Serra-Rojas, A. (1977). *Derecho Administrativo*. Porrúa.





# Sumario III

## La Responsabilidad Extracontractual del Estado: Instrumento jurídico de protección de derechos

1. Elementos Introdutorios. 2. Evolución: La Construcción Jurídica de la Responsabilidad del Estado. 2.1. La Responsabilidad del Estado, su construcción desde los precedentes. 2.2. El carácter directo y objetivo de la Responsabilidad y su aplicación en el Estado de Bienestar. 3. Fundamentos Teóricos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. 3.1. La Representación. 3.2. El carácter Organicista. 3.3. La proporcionalidad de las Cargas. 3.4. La Responsabilidad por Riesgo. 4. Elementos de la Responsabilidad en el contexto ecuatoriano. 4.1.-El Daño Antijurídico. 4.1.1. Daño Emergente. 4.1.2. Lucro Cesante. 4.1.3. Daño al Patrimonio Familiar. 4.1.4. Daño Inmaterial. 4.1.5. Daño al Proyecto de Vida. 4.1.6. Daño Moral y Psicológico. 4.1.7. Daños Colectivos y Sociales. 4.1.8. Daño Físico. 4.2. Relación de Causalidad. 4.2.1. Teoría de la Equivalencia de Condiciones. 4.2.2. Teoría de la Causa Adecuada. 4.3. Falta o Falla del Servicio. 4.4. El Riesgo Objetivo. 4.4.1. Actividad Peligrosa, una noción en construcción. 4.5. La Reparación Integral. 4.5.1. Dimensiones de la Reparación Integral. 4.5.2. Alcance de la Reparación Integral. 4.5.3. Características de la Reparación. 4.5.4. La Reparación Integral: Principio o Derecho Subjetivo. 4.6. Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Modelo Constitucional Ecuatoriano. 5. Referencias.



## 1. Elementos introductorios

Con el desarrollo del Estado moderno, la necesidad de proteger y promover los derechos fundamentales ha sido la constante en el proceso evolutivo de la sociedad. En este marco se construyó una institución fundamental que se incorpora al Derecho Administrativo como un verdadero instrumento jurídico de protección a favor de los administrados, los cuales sufren por los excesos o las fallas que puede generar la Administración Pública, al momento de satisfacer las necesidades colectivas. Es por medio de la Responsabilidad Extracontractual del Estado que la tutela de los derechos fundamentales de los administrados puede ser efectiva. Para muchos administrativistas, la aceptación de este tipo de responsabilidad lleva consigo el germen del nacimiento del Derecho Administrativo contemporáneo.

El carácter pretoriano de la Responsabilidad Extracontractual del Estado ha permitido que su construcción evidencie un largo proceso evolutivo que abarca desde la irresponsabilidad hasta la responsabilidad objetiva y directa del Estado. Actualmente, diversos elementos estructurales, que paulatinamente se han ido incorporando a los textos normativos, moldean y matizan este tipo de responsabilidad. La legislación ecuatoriana reconoce la Responsabilidad Extracontractual del Estado como un instrumento efectivo para la protección y promoción de los derechos constitucionalizados.

El reconocimiento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado es fruto de un proceso de reflexión jurídica; sus bases teóricas derivan de los precedentes judiciales, luego matizados para formar una institución propia del Derecho Administrativo. Su punto de partida deriva de los enfoques realizados por el Derecho Civil, para luego adquirir un carácter autónomo afín a la realidad del Derecho Público y Administrativo. Bajo este contexto, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (1994) consideran que dentro del nuevo rol que el Estado debe desempeñar, los principios de legalidad y de Responsabilidad del Estado actuarán como el soporte necesario para construir el Derecho Administrativo moderno.

El proceso evolutivo que la Responsabilidad del Estado ha tenido que sufrir hasta su aceptación y regulación, contribuyó para levantarse como uno de los pilares fundamentales tanto del Estado de Bienestar como del Derecho Administrativo (Bielsa, 1957). Su aceptación deriva de las múltiples actividades que el Estado debe asumir, las cuales, incrementan con el paso del tiempo; por ello, en la realización de las múltiples actividades y funciones que el Estado lidera, podrían existir perjuicios de diversa naturaleza que afectarían la esfera jurídica de los administrados, ante esto, la indemnización, es la reparación que la Responsabilidad del Estado presenta como un mecanismo jurídico fundamental para equilibrar la relación entre el Estado y el Administrado.

## 2. Evolución: La Construcción Jurídica de la Responsabilidad del Estado

El estudio de la Responsabilidad Extracontractual del Estado requiere de un enfoque integral, ya que su estructura posee una dinámica propia que le ha permitido desarrollarse al ritmo de la sociedad; y conforme el Estado ha readaptado su estructura y fines, su evolución destaca dos grandes etapas hasta su reconocimiento a nivel constitucional.

El primer momento –y no menos importante– hace referencia a la irresponsabilidad absoluta. Aquí será la antigua Grecia y Roma las que inicien con un enfoque denominado como responsabilidad arcaica, la cual no producía efectos sobre el gobernante. Algunos antecedentes remotos en el mundo griego asemejan la responsabilidad con la noción misma de la dignidad humana o incluso, en algunos postulados de Aristóteles, se hacía referencia a la función reparadora del derecho por medio de la justicia correctiva (Saavedra, 2005). Más tarde, Roma, en su período republicano, admitiría en ciertos supuestos la existencia de una especie de responsabilidad cometida por los funcionarios como la propiedad *quiritaria*, la cual no podía ser expropiada, sino cuando una indemnización era vulnerada. Desde luego, este antecedente grafica que la responsabilidad como institución jurídica era limitada y no contemplaba ninguna fórmula para que el ciudadano romano accione un mecanismo jurídico de protección. Por consiguiente, el poder que poseían los funcionarios romanos era casi ilimitado, al derivarse de un poder que nacía de la República; sin embargo, el poder no podía ser ejercido de forma abusiva o despótica, sino que estaría guiado por el interés público; el freno ante medidas lesivas estaba a cargo de los magistrados o mediante la *provocatio ad populum* que procedía sobre algunos delitos en los que el pueblo resulta ofendido.

El Derecho Romano, en este sentido, construiría la *teoría del fisco*, la cual planteaba que el patrimonio público no formaba parte del dominio del príncipe ni de la República; era el fisco quien debe reunir los requisitos necesarios para que actúe como una persona moral junto al emperador, correspondiéndole entre otros aspectos, muchos privilegios del Derecho Civil. Es importante mencionar que el fisco representaba al Estado en todas las disputas de orden civil, donde el patrimonio público se encontraba de por medio. Con ello empezó a extenderse la división entre la actividad privada que genera los órganos del poder y los actos de poder (Morales, 2007).

La responsabilidad del Estado mantendría un desarrollo casi imperceptible en la Edad Media, época caracterizada por la fragmentación del poder, lo que daría paso al feudalismo y a la influencia religiosa en todas las facetas sociales. El poder no podía quedar al margen y, por ello, estará sustentado en el derecho divino. Resulta impensable que el concepto de soberanía pueda visualizarse, el poder frag-

mentado y disperso impidió que una administración pública unitaria responda por las actuaciones dañinas que podían cometerse en contra de sus súbditos.

El Renacimiento traería consigo una nueva visión del ejercicio del poder. Nicolás de Maquiavelo y su planteamiento sobre la actuación del Príncipe en el gobierno de un Estado daría cabida al nacimiento del concepto de Estado como una forma de organización política. Este ente reuniría una serie de novedades como la posesión permanente y exclusiva de un territorio, pero además el establecimiento de una autoridad específica que genera un vínculo de mando sobre sus habitantes. Maquiavelo y su “*lo stato*” supera la organización medieval y la reemplaza por unidad política y jurídica; los gobiernos dispersos en feudos se transformarán en unidades organizadas, con jerarquía de funcionarios, con un orden jurídico unitario, con un ejército y con un territorio específico y delimitado; esta tónica serviría para justificar la monarquía absoluta. La unidad política que se denominaría Estado, traerá consigo nuevas formas de organización tanto para la sociedad como nuevas construcciones jurídicas. A pesar del avance, la irresponsabilidad del Estado seguirá manteniéndose por la fuerte influencia de la concepción jurídica, política y religiosa.

La soberanía, con el paso del tiempo, adquirirá otra connotación, pues de ella se desprende la cohesión social por medio de la aplicación de la fuerza, cuestión fundamental que le permite al Estado mantener unida a la comunidad. La soberanía así entendida será potestad, capacidad, facultad absoluta e ilimitada, es decir, *imperium* que no admite otro poder supremo por encima de este. Jean Bodin (citado en Chevallier, 1974) será quien incorpore esta concepción de soberanía, la cual guardará una estrecha relación con la irresponsabilidad por reunir ciertas características como su carácter absoluto aplicada por el soberano; este no se somete a su creación, su carácter indivisible impide que pueda ser compartida la prerrogativa de incidir directamente en los designios de los individuos a lo largo de la historia y sin un límite específico.

Bajo esta perspectiva, el absolutismo monárquico encuentra su fundamento (que luego será complementado por el contractualismo) que justificará aún más el carácter del gobernante irresponsable. Hobbes, en este plano, argumentará con su máxima *homo homini lupus est* o el hombre es lobo del hombre: el ser humano es caracterizado por sus sentimientos personales e individuales que miran a su propia satisfacción de deseos, de desconfianza, que anhela la competencia y la gloria. Es la guerra y el permanente estado de todos contra todos lo que evitará que la sociedad progrese y adquiera su bienestar, expresaría Hobbes. Así, en este estado de descontrol, el hombre debe renunciar a un estado de naturaleza para someterse a un pacto voluntario para constituir una voluntad única o Leviatán-“Estado”. Será este Leviatán quien, por medio de poderes exorbitantes, preserve la seguridad y el bienestar de todos los hombres o es la guerra perpetua fruto de la ausencia del poder absoluto o la paz como consecuencia del poder absoluto que es totalmente incompatible con algún tipo de responsabilidad (Monk, 1996).

El carácter divino de los gobernantes europeos generaba un escenario de irresponsabilidad que da cabida a la fórmula conocida como “*The King can do not wrong*” = el rey no puede equivocarse, que fue concebida en el sistema jurídico del *common law*. La Revolución Francesa traería consigo nuevos aires y, sobre todo, una ruptura conceptual, pasando del *ancien régime* hacia un nuevo modelo de Estado, el cual privilegia la división de poderes que en algún momento estuvo concentrado en el monarca. La Declaración de los Derechos del Hombre del Ciudadano de 1789 reconocería un amplio catálogo de derechos, al menos básicos, que debe poseer el individuo. A pesar de este reconocimiento, este documento no cambió su percepción con respecto a la forma de entender el daño producido por parte del Estado, la irresponsabilidad estatal se mantendría inclusive en este momento. El dogma de la soberanía nacional, concepto insertado por las corrientes liberales de la época, no es más que un planteamiento abstracto y solapado, pues a decir de Gastón Jéze, es el “*derecho divino*” la base para que los reyes gobiernen, pero que ahora ha sido sustituido por el derecho que posee el pueblo para organizarse y regularse (Cuetara, 1983). Bajo este supuesto, García de Enterría y Fernández (1994) con justa razón manifiestan que la sociedad ingresa en pleno siglo XX, arrastrando aún los viejos pensamientos medievales.

La etapa de irresponsabilidad se extiende hasta otras esferas como la inglesa, sistema que desde el siglo XVI, consideraba que la corona poseía un carácter infalible y, por lo mismo, no podía cometer errores. Este razonamiento no era extensible a sus funcionarios, por eso se permitió que los administrados puedan generar diversas acciones directas en contra del funcionario público que les generaba algún daño; podría decirse que este sistema plantea el germen de una responsabilidad del Estado al menos parcial.

El razonamiento del *common law*, plasmaría una especie de responsabilidad parcial del Estado. El sustento para ello, era expresado en la necesidad de que los funcionarios vinculados a los órganos que forman el Estado también debían representarlos; y, por lo tanto, éstos debían responder por los daños ocasionados (Gigena, 1973). El sistema de la responsabilidad parcial del Estado, se extendió, mientras las medidas indemnizatorias por los daños cometidos, podían ser satisfechas mediante el patrimonio de los funcionarios públicos. Este enfoque, fue desechado cuando el Estado asumió un rol más visible en la sociedad, generó así, el aumento significativo de daños a los particulares que no podían ser cubiertos por el patrimonio de sus agentes (Duque, 1984). En 1947 el sistema inglés acepta la responsabilidad extracontractual de la Corona inglesa, con la aplicación de la *Crown Procceding Act*, según la cual, la Corona es tratada como una persona común susceptible de ser responsabilizada por las faltas realizadas por sus funcionarios. Similar situación vivió el modelo norteamericano, en el cual, mediante la *Federal Court Claims Act*, en el año 1946, permitió que los particulares, puedan acceder a los mecanismos jurídicos en contra del Estado, en búsqueda de medidas resarcitorias, o compensatorias, por los daños que los administrados pudiesen sufrir por las diferentes actividades que ejercen los órganos públicos (Duque, 1984). En este

sentido, se abre la posibilidad para que el sistema de responsabilidad estatal centre su atención en una nueva faceta, una en la cual el funcionario autor del hecho era quién debía responder con su patrimonio personal, en los casos en los cuales de su participación pueda desprenderse elementos de la culpa o del dolo.

La insuficiencia de la tesis civilista, dará paso a un siguiente estadio de la responsabilidad derivada de los excesos de la administración pública en desmedro del individuo. La realidad francesa, guía este escenario y para ello se servirá de la doble personalidad del Estado; es decir, este es titular de derechos patrimoniales, pero también posee derechos de soberanía, se manifiesta como una persona de derecho privado, pero también como una persona de derecho público, por lo tanto, todas aquellas manifestaciones que nacen de cada una de estas líneas engendrarán consecuencias específicas, dando paso a los actos de gestión y los actos de autoridad (Gigena, 1973). Este planteamiento será el que guíe una nueva óptica al aceptarse la responsabilidad parcial del Estado.

## **2.1. La Responsabilidad del Estado, su construcción desde los precedentes**

Con el nacimiento del Estado liberal como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789, dos ejes serán desarrollados. El primero, según el cual, el Estado debe estar sujeto y sometido a una ley, es decir nos encontramos ante el naciente principio de legalidad; y el segundo, que el Estado en el ejercicio de sus funciones puede actuar en beneficio de la colectividad, pero que además debe pagar los perjuicios ocasionados, así el principio de responsabilidad trabajará armónicamente con la legalidad reconocida en este modelo. Este paradigma, deja a un lado las falsas interpretaciones que se tenían sobre la relación existentes entre el derecho y el poder político, este último ya no tiene una derivación o una conexión con la divinidad, sino que encontrará asidero en el pueblo, el gobernante actuará a nombre de este, la discrecionalidad excesiva sucumbe ante lo que dispone la ley (García de Enterría y Fernández, 1994).

Así como en muchos modelos, Francia generó un modelo de responsabilidad del Estado desde una concepción civilista, la cual comprendía la responsabilidad del amo, por los daños causados por sus empleados, en ejercicio de sus funciones. Si bien es cierto, esta corriente tuvo su acogida interesante, será las limitaciones de la materia civil, la que daría paso a una nueva dinámica del Derecho Administrativo. Esta nueva tendencia partirá desde el célebre Fallo Blanco de 1873, dictado por el Tribunal de Conflictos Francés, al considerar, que el Estado es responsable por sus actos y que se extiende inclusive a las personas que actúan en el servicio público (Villacreses, 2022).

Las consecuencias que traería el Fallo Blanco generaría efectos notables para las posteriores construcciones normativas afines al Derecho Administrativo,

pues a decir de Pardo (2013), la responsabilidad que puede exigirse a las Administraciones, para que indemnizen a los perjudicados, es una de las piezas más importantes del Derecho Administrativo. Este criterio luego será desarrollado por Doménech (2010) al considerar que, para generar una noción más precisa, debe hablarse de un conjunto de reglas en virtud de las cuales, los diferentes órganos del Estado, deben reparar bajo ciertos esquemas normativos, los daños que se ocasionen. Con lo cual, la articulación constitucional, poseerá un verdadero cuadro normativo secundario, que evite la discrecionalidad en la aplicación de la responsabilidad.

El reconocimiento de la Responsabilidad del Estado como principio, a partir del Fallo Blanco de 1873, delimitó la materia administrativa como autónoma; en este sentido, las instituciones y principios enmarcados en el Derecho Civil, señalaría este fallo, son claramente insuficientes, para hacer frente a los nuevos hechos, que se originan con las relaciones, entre el Estado y los particulares. Este precedente reconoce una jurisdicción especial y la Responsabilidad del Estado como principio. El Tribunal de Conflictos francés, consideró que la responsabilidad que incumbe al Estado, por los daños causados a los particulares, por hechos de las personas que emplea el servicio público, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil. La nueva especie de responsabilidad no es general ni absoluta, tiene reglas especiales, que varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos de los individuos y las obligaciones del Estado.

En este orden de ideas la Responsabilidad del Estado, entendida como un principio general del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, encuentra pleno fundamento al permitir que el Estado, por intermedio de sus órganos y agentes públicos se encuentren al servicio del individuo y también en caso ecuatoriano de la *Naturaleza*. Lograr la consecución del bien común, mediante la tutela de los derechos fundamentales, sería el fin último del Estado, por consiguiente, siguiendo el esquema jurídico actual, cualquier posibilidad que conlleve un tratamiento desigual y que rompa el equilibrio social, trae como consecuencia la presencia de una actividad dañosa que no debe soportar el individuo o la *Naturaleza*, por lo tanto, su reparación debe ser asumida por el ente que lo ha causado (Delpiazzo, 2005).

Ciertamente, la importancia de la Responsabilidad del Estado no puede pasar desapercibida; por lo tanto, su reconocimiento como principio transversal, es clave para fortalecer la protección y promoción de los derechos fundamentales. El carácter de principio jurídico permite contribuir a las bases fundamentales de carácter primario del sistema jurídico y que además pueden ser vinculados, sea directamente o indirectamente, a diversas soluciones, contribuyen al logro de una serie de soluciones expresadas mediante su aplicación, hacia casos que el derecho positivo secundario no ha previsto, pero que en alguna medida por el alto grado de abstracción son reguladas de manera implícita (Delpiazzo, 2003).



## 2.2. El carácter directo y objetivo de la responsabilidad y su aplicación en el Estado de Bienestar

El cambio de visión política, supondrá un tránsito necesario, entre un modelo de Estado abstencionista, hacia uno que busca una mayor injerencia en la regulación de las actividades, que inciden directamente en la satisfacción de necesidades colectivas, esta faceta, trae consigo un modelo que reconoce el carácter directo de la responsabilidad del Estado; en unos supuestos, existirán regímenes especiales de responsabilidad de carácter subjetivo y otros objetivo, pero la Responsabilidad Extracontractual del Estado, adquirirá fuerza y consistencia, al reconocer el carácter directo y objetivo, que emana del accionar permanente y constante de un funcionamiento deficiente, tardío o la no prestación del servicio. La nota diferenciadora, con un sistema de corte civilista, invita a pensar que la responsabilidad directa, exime al administrado de la obligación de probar la culpa del agente público; pues con la demostración del daño y la relación de causalidad, es suficiente para configurar un modelo que impone un gravamen al Estado, por su deficiencia prestacional.

Esta etapa, supera al régimen que, por obvias circunstancias, impedía que las aspiraciones indemnizatorias o reparatoras de los administrados sean satisfechas, pues se encontraban con situaciones en las cuales, el funcionario público, no podía cubrir totalmente dichas exigencias o, inclusive cuando la identificación de los autores del daño quedaba en la indeterminación; la responsabilidad del Estado de manera directa supone que, este al tener una clara solvencia compense los daños de una manera efectiva.

## 3. Fundamentos Teóricos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

La Responsabilidad Extracontractual del Estado, según el modelo del que se trate, posee un fuerte enraizamiento constitucional, precisamente por tutelar los derechos del individuo, y actualmente también los derechos de la *Naturaleza*. El reconocimiento de una responsabilidad directa y objetiva del Estado, ha contribuido que un mecanismo de protección jurisdiccional pueda ser accionado por los administrados que sufrieron la vulneración de un derecho. Así, el núcleo fuerte, de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, debe adaptarse a estas nuevas exigencias, por lo tanto, nuevos elementos complementan su estudio, para generar una visión integral, que moldea una nueva cultura jurídica, una que transita por el campo de la protección y promoción de los derechos fundamentales. Varias teorías sustentan la Responsabilidad Extracontractual del Estado, entre ellas:

### 3.1. La Representación

La corriente de la representación posee un apego significativo con los lineamientos establecidos por el Derecho Civil, su punto de partida se refiere al mandato, institución que es utilizada por el funcionario público que representan al Estado. Por lo tanto, la responsabilidad está fundamentada en la *culpa in eligendo* o *in vigilando*. Los seguidores de esta tendencia consideran al Derecho Civil como la rama de las Ciencias Jurídicas que se encarga de regular las relaciones entre el Estado y el funcionario. Su sentido será trastocado por la constitucionalización de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y el sometimiento de esta figura al derecho público y los elementos que moldearán su estructura.

### 3.2. El carácter Organicista

El desarrollo conceptual, de la corriente organicista, plantea que la actuación de toda persona jurídica de derecho público está sometida al principio de legalidad y que carácter unitario que posee el Estado le faculta para que su funcionamiento esté dispuesto por diversos tipos de organismos y funcionarios públicos. La interacción con los administrados se produce mediante, formas jurídicas administrativas, todo ello, en nombre del Estado.

Julio Altamira Gigena (1973) considera que el creador de esta corriente es Gierke quien ve en las personas jurídicas un conjunto de órganos; es más, advirtió en su momento que si desaparecen los órganos, igualmente ocurriría con las personas jurídicas. El punto clave del pensamiento de Gierke consiste en configurar al funcionario público como un órgano de ese gran organismo al cual llamamos Administración Pública; por consiguiente, todo acto que realice dicho agente, se reputa realizado por la administración y por lo mismo es responsable por ello

El organicismo, clarifica su intención al sostener que cuando los funcionarios públicos cometen una falta, es el Estado quien la comete. Si la administración es eficiente, activa, rápida es porque sus funcionarios lo son también; todo lo contrario sucede cuando los mismos funcionarios son negligentes o ineficientes, la Administración Pública lo será también.

### 3.3. La proporcionalidad de las Cargas

Las cargas públicas hacen referencia a las contribuciones que los individuos realizan, para garantizar su supervivencia y el cumplimiento de ciertos fines del Estado y que puede representar un sacrificio en su patrimonio o libertad de presentarse su desequilibrio. El alcance de las cargas públicas contribuye a dar forma al concepto de Estado, recordando que para el logro de la paz interna y la libertad del conglomerado social, es necesario la contribución individual. La cons-

titucionalización de este concepto, y su vinculación necesaria con el principio de responsabilidad, hace que su presencia sea necesaria dentro del Estado de Bienestar que busca la satisfacción de los derechos fundamentales y también la tutela de aquellos derechos que se desprenden del medio ambiente.

Jorge Teisser será quien proponga que las cargas públicas deben vincularse a la categoría de la responsabilidad del Estado, partiendo del artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Ciudadano (1789), precepto que sostiene que para el logro y mantenimiento de la fuerza, así como para garantizar los gastos de la administración, es indispensable que el ciudadano contribuya para que este reparto sea equitativo debido a sus medios.

La Teoría de la Proporcionalidad de las Cargas Públicas centra su atención en el ciudadano y plantea que éste no debe sufrir de forma inequitativa, la ruptura de este frágil equilibrio en caso de ruptura de este reparto supondría el nacimiento de un daño. La proporcionalidad de las cargas públicas requiere equilibrio y una justa distribución entre todos los ciudadanos conforme a sus capacidades, este gravamen no puede imponerse más sobre un ciudadano que sobre otro, decir otra cosa, conlleva que el ciudadano soporte una carga adicional y ocasione un perjuicio; luego la Responsabilidad Extracontractual del Estado, se presentará para tutelar el principio de equidad y el de igualdad que amparan a todos los ciudadanos de la sociedad (Gigena, 1973).

### 3.4. La Responsabilidad por Riesgo

León Duguit (1926), plantearía que la Responsabilidad del Estado, se levanta sobre la idea de un gran seguro social, soportado por la caja colectiva, en provecho de aquellos que sufren un perjuicio originado por el funcionamiento de los servicios públicos, que se prestan para el provecho de todos. La propuesta de Duguit está matizado por la presencia del riesgo como un factor recurrente en todas las actividades que desempeña el Estado, en el cumplimiento de sus fines, y del cual es posible que se desprenda ciertos efectos nocivos para los administrados. El riesgo a sufrir un daño está latente, el Estado debe y tiene la misión de mitigarlo, por medio de sus prerrogativas, sea regulando, vigilando o controlando; en el preciso momento en el que, las cargas públicas generan un trato inequitativo, el riesgo muta y se transforma en un daño objetivo.

## 4. Elementos de la Responsabilidad en el contexto ecuatoriano

Una aproximación jurídica a los diferentes elementos estructurales que fundamentan la Responsabilidad Extracontractual del Estado es clave para cono-

cer a profundidad este mecanismo jurídico de protección y promoción de derechos. La presencia del daño antijurídico, de la relación de causalidad, del riesgo objetivo, de la falta o falla del servicio y de la reparación son fundamentales para construir de manera integral un modelo de responsabilidad.

#### 4.1. El Daño Antijurídico

Para hablar de la Responsabilidad Extracontractual de carácter objetivo y directo del Estado es necesaria la presencia de un elemento estructural básico que demuestre y materialice las actuaciones irregulares de la Administración Pública. En este sentido, la noción del daño antijurídico cobra relevancia y demuestra que el obrar defectuoso del Estado ocasionó un desequilibrio en las cargas públicas, que derivó en una violación a los derechos de los ciudadanos. El daño parte desde la visión del derecho privado, para luego ser adaptada a la influencia publicista. Así, se puede apreciar que, desde el punto de vista civil, el daño es “toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de admisión, etc.” (Wolf, 1933, p. 617). El daño, como tal, es una problemática fundamental que ya posee una larga tradición en cuanto a su abordaje jurídico. Su noción fue estudiada por el Derecho Romano en el cual era posible encontrar dos clases de daño, el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*. El primero lo sufre el sujeto activo de la relación contractual y genera un perjuicio; el segundo se refiere al provecho o ganancia que deja de percibir el sujeto activo de la relación contractual por el efecto del incumplimiento de una determinada acción. Por ello, el análisis de interpretación jurídica que se realiza sobre daño y perjuicio tiene como punto diferenciador el hecho de que en el primero es la pérdida o el menoscabo directamente sufrido y en el segundo una ganancia la que se esperaba percibir en el futuro (Wolf, 1933). El daño se presenta como un requisito para la existencia de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. El carácter civilista que reporta la noción del daño y que se traduce básicamente en un enfoque que mira a la apreciación económica, posee una dinámica diferente cuando se refiere a los daños ocasionados por el Estado.

Desde luego al daño afecta diferentes facetas de la personalidad del individuo, como la disminución de su patrimonio, que incluye todos los bienes y derechos de los que dispone (Henoa, 1988) o el sufrimiento en su esfera personal por diversos acontecimientos que pueden limitar su expectativa de vida. Sin embargo, las nuevas corrientes constitucionales, la influencia marcada por los derechos fundamentales y la incesante preocupación por la protección medioambiental en el marco del desarrollo sostenible genera una nueva dinámica relativa al daño en materia de responsabilidad estatal.

Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández (1994) ahondan el estudio del daño, y para ello varias son las condiciones necesarias para determinar su presencia. En este orden de ideas el daño debe ser efectivo, evaluable económi-

camente e individualizado. Sobre el carácter efectivo, éste debe ser cierto y real y, por lo tanto, el individuo que ha sufrido en su integridad patrimonial o en la esfera de sus derechos subjetivos debe probar que el accionar o la omisión de los entes públicos ha degenerado en dichos gravámenes. El carácter objetivo, que resulta de esta circunstancia, pone de manifiesto que el daño excluye ciertos supuestos, como la eventualidad, la potencialidad o situaciones futuras que pueden acontecer; es decir, que el daño eventual es excluido por carecer del entendimiento material y objetivo de la responsabilidad estatal.

Respecto a la evaluación económica, se ha pensado que el daño debe poseer una naturaleza que parte de los efectos lesivos sobre el patrimonio de la víctima. No quiere decir que otro tipo de gravámenes no sean susceptibles de apreciación, como el daño inmaterial o el daño ambiental, en los cuales la determinación o cuantificación del daño puede resultar complejo (García de Enterría y Fernández, 1994). Por otro lado, la individualización del daño debe reflejar una situación concreta que afecta directamente al patrimonio o a los derechos subjetivos del individuo.

En todo caso, el daño cometido por parte de los entes públicos y que lesionan la integridad del individuo constituyen una alteración directa a las cargas públicas. Si esto es así, el daño debe ser antijurídico. El carácter antijurídico convierte el perjuicio material en una lesión resarcible siempre que la persona que los sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo; la antijuricidad en este supuesto se refiere al perjudicado, quien no está obligado a soportar dicho gravamen por no existir causas que justifiquen o que legitimen como tal dicho perjuicio (García de Enterría y Fernández, 1994).

A pesar del enfoque protector hacia los derechos subjetivos y la constitucionalización de las repercusiones del daño, éste requiere matizarse y adaptarse a nuevos horizontes. El Código Orgánico Administrativo (Asamblea Nacional Constituyente, 2017), en el contexto ecuatoriano, en su artículo 334, sostiene que el daño calificado es aquel que la persona no tiene la obligación jurídica de soportar o que además resulta de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas y por lo tanto deriva inmediatamente y específicamente de la acción u omisión de las administraciones públicas. Este precepto incluye además los eximentes de responsabilidad, precisamente el legislador ha considerado que cuando los daños que se derivan de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, sin perjuicio de las prestaciones económicas que el ordenamiento jurídico pueda establecer para estos casos. Ciertamente el legislador ha tratado de dar una definición de daño, qué sin embargo omite las condiciones necesarias para determinar su presencia ampliamente comentada por García De Enterría y Tomás Fernández, necesariamente, su noción conceptual requiere ser completada tanto con aportes doctrinarios como desde los precedentes.

Desde una visión amplia, el daño comprende una lesión sobre un derecho o sobre un interés jurídicamente protegido, lo que genera una obligación de reparación. Ciertamente, la existencia del daño origina la obligación de repararlo; pero a la vez, crea un derecho subjetivo, de que quien lo sufre pueda solicitar su reparación. En el marco de una perspectiva integral, un título de imputación esencial para la determinación de la Responsabilidad Extracontractual del Estado es el daño antijurídico, noción que requiere de un sentido integral, diverso al que posee la tradición civilista y que se había desarrollado con mucho éxito en el plano jurídico. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que, con ocasión de una violación a los derechos humanos, es posible identificar dos clases de daño, el daño material y el daño inmaterial.

Al respecto el daño material se refiere a la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. En ese mismo contexto, el daño inmaterial, por su especial naturaleza dificulta la determinación de un valor económico, el dolor, la incertidumbre del individuo que ha sido vulnerado en sus derechos fundamentales genera una obligación que va más allá de la indemnización, lo que requiere es la reparación compensatoria.

En este sentido, se comprende que el Daño Antijurídico es un título jurídico de imputación esencial para la activación de la responsabilidad extracontractual del Estado, integrado por especies y tipologías que colaboran en la consolidación de una noción que aglutine las diferentes circunstancias nocivas que puede sufrir un individuo, de acuerdo a la siguiente tabla.

**Tabla 2**

*Composición del Daño Antijurídico*

<b>Composición del Daño Antijurídico</b>	
<b>Daño Material</b>	<b>Daño Inmaterial</b>
Daño Emergente	Daño al Proyecto de Vida
Lucro Cesante	Daño Moral y Psicológico
Daño al Patrimonio Familiar	Daños Colectivos y Sociales
	Daño Físico

*Nota.* Tomado de Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés- Grands Arrêts, 21<sup>a</sup> edición, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2017.

### 4.1.1. Daño Emergente

Sobre el daño emergente, conviene destacar que se encuentra integrado por todos aquellos gastos directos o indirectos, que son destinados para atender al individuo que ha sufrido una violación en sus derechos fundamentales, con ocasión de la acción u omisión del Estado. El daño emergente por su especial enfoque, debe ser reducido a un criterio que permita en lo posterior satisfacerlo, precisamente la base probatoria exige la pormenorización de los gastos, así como su vinculación con el caso concreto. Conforme la orientación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que respecta al daño emergente conviene aplicar una compensación económica como es la indemnización. Cabe resaltar, que la exigencia fundamental radica en acreditar el vínculo entre el daño reclamado y la violación sufrida, a esta reflexión llegó la Corte IDH, en el caso Ricardo Canese vs Paraguay. (Fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31 de agosto de 2004.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos delimitó el daño emergente con una serie de factores que permiten su adecuada articulación, lo cual genera y proyecta una contribución interesante para el fortalecimiento del Daño Antijurídico como título jurídico de imputación en la Responsabilidad Extracontractual del Estado detallado de la siguiente manera:

**Tabla 3**

*Elementos que articulan el Daño*

Tipo de Daño	Factores	Vinculación con Sentencia Corte IDH	Año
Daño Emergente	Gastos derivados por la muerte de una persona	Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador	Sentencia 4 de julio de 2007
	Gastos funerarios	Caso Cantoral Huamán y García Santa Cruz Vs. Perú	Sentencia 10 de julio de 2007
	Gastos destinados al esclarecimiento de las causas de los hechos	Caso Cantoral Huamán y García Santa Cruz Vs. Perú	N/S
	Gastos por gestiones a cargo de familiares de la víctima en diversas dependencias destinadas a su localización	Caso Castillo Páez Vs. Perú	Sentencia 27 de noviembre de 1998

Daño Emergente	Alimentación y hospedaje	Caso de la Cruz Flores Vs. Perú	Sentencia 18 de noviembre de 2004
	Traslados de familiares para visitar a la víctima durante su privación de la libertad	Caso Cantoral Benavides Vs. Perú	Sentencia 3 de diciembre de 2001
	Gastos médicos y psicológicos, incluye lo aquellos efectuados durante la violación, como los futuros (incluye familiares)	Caso Cantoral Benavides Vs. Perú	Sentencia 3 de diciembre de 2001
	Gastos por afectaciones a familiares directos de las víctimas	Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala	Sentencia 26 de mayo de 2001

*Nota.* Sistematización del autor a partir de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Responsabilidad del Estado.

#### 4.1.2. Lucro Cesante

El lucro cesante, como un tipo especial de Daño Material, toma en cuenta la repercusión sobre la capacidad temporal o permanente para realizar una actividad productiva. Precisamente, la Corte IDH delimita la noción del lucro cesante con un criterio estándar y orientativo sobre dos posibilidades. Esto es, si el individuo que sufre el daño, sobrevive, el cálculo para determinar objetivamente el lucro cesante, debe realizarse sobre el tiempo que la víctima permaneció sin realizar una actividad productiva, como consecuencia de la vulneración de un derecho subjetivo; mientras que, si el individuo que sufre el daño, muere por las afectaciones generadas por este, la determinación del lucro cesante toma como base el salario mínimo establecido. Precisamente, el lucro cesante también es considerado como la pérdida de ingresos o pérdidas patrimoniales, que nace con ocasión de una vulneración directa y objetiva de un derecho fundamental, derivado de la acción o la omisión del Estado directamente o por intermedio de un agente que actúa a nombre de este.

El lucro cesante, debe ser valorado a partir de un análisis científico, contenido en un informe pericial. Por lo tanto, la reparación de este tipo de daño material en casos de fallecimiento, requiere que la cuantificación esté construida a partir de todo lo que dejará de aportar el fallecido, conforme la siguiente tabla:



**Tabla 4**  
*Lucro Cesante*

<b>Lucro Cesante</b>		
Capacidad temporal o permanente. Impide la realización de una actividad productiva		
Individuo Sobrevive	Valora el tiempo que el individuo permaneció sin realizar una actividad productiva	Existencia objetiva de la pérdida de ingresos o pérdidas patrimoniales
Individuo Muere	A partir del salario mínimo establecido	

*Nota.* Sistematización del autor a partir de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Responsabilidad del Estado.

#### 4.1.3. Daño al Patrimonio Familiar

El Patrimonio Familiar y su daño, constituye otro tipo especial de Daño Material, en este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció algunos criterios orientadores para la determinación del daño al patrimonio familiar, y que nacen como consecuencia del Caso Baldeón García Vs. Perú (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 6 de abril de 2006, sistematizados de la siguiente manera:

**Tabla 5**  
*Elementos que articulan el Daño al Patrimonio Familiar*

<b>Criterios Orientadores</b>		
Daño al Patrimonio Familiar	Cambio sustancial en las condiciones y calidad de vida	Derivados de hechos imputables al Estado
	Gastos relacionados con el exilio o con la reubicación del hogar	
	Gastos de reincorporación social	
	Gastos realizados para obtener empleos que fueran perdidos a raíz de las violaciones cometidas por el Estado	
	Gastos relacionados a la pérdida de estudios	
	Pérdida de posesiones	
	Detrimiento de la salud física	
	Detrimiento de la salud psíquica y emocional de la familia	

*Nota.* Sistematización del autor a partir de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Responsabilidad del Estado.

Bajo estos criterios orientadores planteados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, queda reflejado que el Daño al Patrimonio Familiar, identifica un menoscabo directo a los miembros de la familia, quienes de manera directa sufren como consecuencia de una violación a un Derecho Fundamental de uno de sus miembros.

#### 4.1.4. Daño Inmaterial

El Daño Antijurídico, adopta además la forma inmaterial. Así, el Daño Inmaterial, representa un detrimento que afecta directamente al honor, a la imagen e inclusive a los sentimientos del individuo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia César Vs. Trinidad y Tobago, de 11 de marzo de 2005, considera que el daño inmaterial, está integrado por los sufrimientos y las aflicciones que sufren directamente las víctimas e incluso sus allegados. En este sentido, el carácter inmaterial del daño excluye el carácter meramente pecuniario y se centra en el menoscabo directo de valores, que son significativos para los individuos o su familia; es por ello, que el carácter inmaterial del daño, es de difícil cuantificación monetaria; por lo tanto, corresponde una compensación.

En esta misma línea, la Corte IDH, en el Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (*fondo, reparaciones y costas*) del 25 de noviembre de 2003, sostiene que el daño inmaterial comprende: “tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”. El daño inmaterial afecta directamente a la estabilidad del individuo en sus diferentes facetas, precisamente lo que está en juego es la dignidad del individuo, claramente las diversas tipologías del daño inmaterial tienen en común que es difícil asignarles un valor económico que sea destinado para reparar al individuo, a falta de cuantificación económica procede la compensación.

La compensación como una especie de reparación vinculada directamente a dar atención al daño inmaterial puede aplicarse de dos maneras: 1) mediante el pago en dinero o la entrega de bienes y servicios reducidos a un valor económico; o 2) mediante la realización de actos u obras que tengan un impacto público, las cuales expresen el rechazo de los hechos que violentaron los derechos fundamentales, rescatar la memoria de las víctimas, así como, destacar otro tipo de medidas de satisfacción, vinculadas al reconocimiento de la dignidad e inclusive precisando que el Estado debe implementar los correctivos necesarios para evitar que los hechos dañosos se vuelvan a repetir. Caso De la Cruz Flores Vs. Perú (*fondo, reparaciones y costas*), sentencia de 18 de noviembre de 2004. Es decir, el daño inmaterial y su atención se logra mediante la aplicación de un modelo objetivo de medidas de satisfacción y de garantías de no repetición. De la misma forma, conviene precisar que la fijación de un monto económico destinado para atender

el daño en inmaterial debe ser analizado tomando en cuenta las circunstancias de cada caso, en donde diversos factores desempeñarán un papel específico y determinante al momento de fijar en equidad la indemnización o la compensación correspondiente.

En este orden de ideas, el daño inmaterial se encuentra integrado por tipologías como: 1) daño al proyecto de vida; 2) daño moral y psicológico; 3) daños colectivos y sociales; y 4) Daño físico. El daño inmaterial debe reunir diversos factores, expresados en la siguiente tabla:

**Tabla 6**

*Daño Inmaterial*

<b>Composición del Daño Antijurídico</b>			
<b>Afecta</b>	<b>Consecuencias</b>	<b>Formas</b>	<b>Daño Material</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Honor</li> <li>• Imagen Sentimientos</li> <li>• Dignidad Humana.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aflicciones</li> <li>• Valores menoscabados</li> <li>• Sufrimiento.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Medidas compensatorias.</li> <li>• Medidas de satisfacción.</li> <li>• Garantías de no repetición.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pago en Dinero</li> <li>• Entrega de Bienes</li> <li>• Acceso a Servicios                             <ul style="list-style-type: none"> <li>• Actos públicos</li> </ul> </li> <li>• Obras con impacto público</li> <li>• Rescatar memoria de individuo vulnerado en sus derechos fundamentales.</li> </ul>

*Nota.* Sistematización del autor a partir de los fallos sobre Responsabilidad del Estado, de emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### **4.1.5. Daño al Proyecto de Vida**

El proyecto de vida se encuentra articulado por la planificación que todo individuo posee, y conforme a sus lineamientos elige entre varias posibilidades diferentes caminos a seguir, en el marco de la garantía de la libertad y de la racionalidad que todo individuo posee de manera intrínseca. En otras palabras, el proyecto de vida es la libre elección que toma un individuo para realizarse en el futuro. Así, el individuo es verdaderamente libre cuando posee las opciones necesarias para enrumbar su existencia y con ello llevarla a su culminación; por lo mismo, la esencia del proyecto de vida radica en un valor existencial intrínseco, que debe ser tutelado por parte del Estado.

Sobre el daño al proyecto de vida, se puede concluir que existe un menoscabo que nace como consecuencia de una acción u omisión de un agente público,

el menoscabo se proyecta y ataca directamente a la realización personal, al poder conducir el destino. Como parte de la dignidad del ser humano y de la libertad que es inherente a su esencia el individuo, posee una prerrogativa objetiva, que le permite planificar y proyectar su vida en el tiempo; es un derecho fundamental, el cual se encuentra en permanente construcción y perfeccionamiento. Merece la pena subrayar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplica el criterio de qué el proyecto de vida, guarda una relación absoluta con el concepto de realización personal, que se sustenta en las opciones que el sujeto puede adoptar y tener para gestionar su vida y, al mismo tiempo alcanzar su destino. En lo esencial, claramente la Corte IDH, en el Caso Tamayo Vs. Perú, sobre reparaciones y costas contenidas en la sentencia del 27 de noviembre 1998, concluyó que la cancelación o el menoscabo del proyecto de vida constituye e implica la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor. El daño objetivo implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, el cual afecta de forma que su reparación se hace compleja.

Visto de esta forma, el daño al proyecto de vida requiere de un profundo análisis e interpretación por parte del operador de justicia; ciertamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al identificar que el proyecto de vida corresponde a un concepto abstracto y amplio, lo incluyó dentro del conjunto de conceptos jurídicos indeterminados, que para su concreción es necesario una lectura del contexto donde aplican la adaptabilidad a un caso en concreto, la razonabilidad y la lógica en su aplicación. Siendo las cosas así, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, de 3 de diciembre de 2001, ordenó al Estado de Perú asumir los gastos de los estudios universitarios de individuo que sufrió el daño, para que pudiera rehacer su proyecto vital.

Como bien explica la Corte IDH, la reparación al proyecto de vida trata de aliviar el sufrimiento del individuo al sentir que se hace justicia, lo que importa y es necesario considerar es, qué tipo de reparaciones son necesarias y justas para el caso, pues es muy difícil medir y remediar el sufrimiento humano. En relación a la problemática expuesta, el Juez Candao Trindade, en su voto razonado dentro de la sentencia Loayza Tamayo Vs. Perú del año 1993, sostiene que no se puede poner precio al sufrimiento y recuerda que el ser humano, no es un *homo oeconomicus* (hombre económico), las aspiraciones y proyectos no se reducen a un concepto meramente económico, como tampoco se reduce a un concepto de un mero agente de producción. Por todo esto y en definitiva el proyecto de vida, su reparación requiere generalmente de medidas que van más allá de una mera indemnización pecuniaria y qué pueden consistir en medidas de rehabilitación, de acuerdo a la siguiente tabla:

**Tabla 7**

*Daño al Proyecto de Vida*

<b>Daño al Proyecto de Vida</b>			
<b>Núcleo</b>	<b>Reducción objetiva</b>	<b>Apreciación</b>	<b>Criterio Orientador de la Corte IDH</b>
Libre elección de realización personal, comprende un valor existencial	Pérdida oportunidades	Complejo reducir a un valor económico	Reparación Daño consiste en medidas de rehabilitación
	Libertad del individuo		

*Nota.* Sistematización del autor a partir de los fallos sobre Responsabilidad del Estado, de emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### **4.1.6. Daño Moral y Psicológico**

Con respecto al Daño Moral es referirnos a una categoría que se encuentra formada por un conjunto de perjuicios que limitan el adecuado despliegue de la personalidad del individuo, como la honra, el sufrimiento, la humillación y el dolor, todos ellos atacan directamente al individuo y su dignidad. En otras palabras, el daño moral, entraña un estado de humillación al cual el individuo es sometido, al margen de su dignidad como ser humano (Calderón, 2013).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha contribuido directamente en la delimitación del daño moral, pues reconoce que el individuo que sufre de la violación a los derechos fundamentales como la vida, la integridad personal, la libertad no debe acreditar que ha sufrido daño moral, resulta evidente que toda persona que ha sido sometida a torturas, agresiones y vejámenes, experimente directamente un profundo sufrimiento, el cual inclusive a decir de la Corte IDH, es extensible a los padres al mantener un contacto afectivo y estrecho con el individuo que sufre el menoscabo.

De hecho, la orientación aportada por la Corte IDH valora como fundamental los efectos psíquicos vinculados con los padecimientos físicos e inclusive con las alteraciones en la vida cotidiana que el individuo puede sufrir que se extiende hasta sus familiares, lo significativo es una disminución de los valores que limitan la dignidad humana (Pinacho, 2019).

En cuanto al daño psicológico, esta especie o tipología de daño inmaterial está configurado por la alteración o la modificación patológica de la estructura psíquica como consecuencia de una violación un derecho fundamental la cual afecta

directamente la esfera verbal o simbólica del individuo. Dentro de este marco, la reparación del daño psicológico puede ser en conjunto con el daño moral o de manera autónoma, todo depende del caso en concreto y la reflexión del operador de justicia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha contribuido con criterios orientativos sobre la forma de abordar y reparar el daño moral y psicológico, se plantea entonces que la reparación a este tipo de daños se realice con la determinación objetiva de una indemnización, complementada con medidas de satisfacción, de rehabilitación, medidas restitutorias; además, del deber de investigar y sancionar, expresado en la siguiente tabla:

**Tabla 8**

*Daño Moral - Psicológico*

<b>Daño Moral - Psicológico</b>				
<b>Especies</b>	<b>Núcleo</b>	<b>Ocasiona y Afecta</b>	<b>Sufre</b>	<b>Factores de Reparación</b>
Daño Moral	Limita adecuado despliegue de la personalidad del individuo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Honra</li> <li>• Sufrimiento</li> <li>• Humillación</li> <li>• Dolor</li> <li>• Dignidad</li> </ul>	Individuo que sufre violación a derechos fundamentales. Extiende a familiares directos.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Indemnización.</li> <li>• Medidas de satisfacción.</li> <li>• Rehabilitación.</li> <li>• Medidas restitutorias.</li> <li>• Deber investigar y sancionar</li> </ul>
Daño Psicológico	Alteración patológica de la estructura psíquica, esfera verbal o simbólica del individuo.			

*Nota.* Sistematización del autor a partir de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Responsabilidad del Estado.

#### **4.1.7. Daños Colectivos y Sociales**

Los daños originados y que tienen que ver con el carácter colectivo y social son aquellos que poseen una naturaleza propia, al identificar una vulneración y afección directa de los derechos fundamentales de un grupo de personas o inclusive en una población específica. De allí, que para identificar adecuadamente este tipo de daño, las afectaciones que se produzcan van más allá del mero carácter individual. Existe una línea o estándar a seguir propuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ese estándar permite clarificar que, los daños colectivos y sociales aplican en casos específicos en los cuales la población sufre directamente como: masacres, menoscabos directos a derechos de pueblos o nacionalidades indígenas. La reparación de este tipo de daño conlleva la aplicación

de medidas restitutorias como aquellos derechos que se tienen sobre un territorio, indemnizatorias, medidas de satisfacción, como, por ejemplo: la construcción de unidades de educativas, centros de salud; entre otros, aplica además las garantías de no repetición e inclusive cierto tipo de medidas que por su esencia miran al desarrollo económico de la comunidad, de acuerdo a la siguiente tabla:

**Tabla 9**  
*Daños Colectivos y Sociales*

<b>Daños Colectivos y Sociales</b>		
<b>Ataca directamente</b>	<b>Formas</b>	<b>Reparación</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sufrimiento de la población</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Masacres</li> <li>• Menoscabos a derechos de pueblos o nacionalidades indígenas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reparación</li> <li>• Medidas de satisfacción</li> <li>• Garantías no repetición</li> <li>• Medidas que promueven el desarrollo económico y social de la comunidad</li> </ul>

*Nota.* Sistematización del autor a partir de los fallos sobre Responsabilidad del Estado, de emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### **4.1.8. Daño Físico**

Los daños físicos comprenden, a decir de los lineamientos aportados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de aquellas afectaciones que alteran el normal funcionamiento del cuerpo humano; dicha normalidad, es alterada por agentes externos sean físicos, químicos o biológicos. Visto de esta forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, (reparaciones y costas), sentencia de 25 de mayo de 2001, ha generado un lineamiento específico sobre la forma de reparar el Daño Físico, decantándose mayoritariamente en el otorgamiento de medidas de rehabilitación, indemnización y satisfacción. Sin embargo, conviene tener presente que el daño físico puede ser reparado adicionalmente, mediante la responsabilidad que posee el Estado en lo que respecta a su deber de investigar, sancionar, deber de actuar en el derecho interno, dichos factores, contribuyen significativamente a dar atención a los daños físicos sufridos, este tipo de daño, debe estar objetivado se la siguiente manera:

**Tabla 10**

*Daño Físico*

Daño Físico		
Núcleo	Factores que inciden	Reparación
Afectaciones que alteran el normal funcionamiento del cuerpo humano	Agentes externos sean físicos, químicos o biológicos	Medidas de rehabilitación, Indemnización Satisfacción Deber de investigar y/o sancionar

*Nota.* Sistematización del autor a partir de los fallos sobre Responsabilidad del Estado, de emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## 4.2. Relación de Causalidad

Tradicionalmente se desecha la posición que admite la existencia de un daño que deba ser soportado por quién no ha contribuido en su realización; ciertamente, es necesario una relación entre el daño causado y la acción u omisión del Estado que está llamado a responder por él mismo. Debe señalarse que históricamente, en el Derecho Romano la *Ley Aquilia* exigía y reclamaba que el daño fuera cometido no solo sobre el cuerpo de la víctima, sino también por el cuerpo del agresor; es decir, *corpore corpori*. Siendo las cosas así, el daño debía ser el resultado inmediato del acto material que generaba una persona. En todo caso, posteriormente, el horizonte jurídico matizó la regulación de la responsabilidad, pero siempre exigiendo como un elemento fundamental la relación o nexo entre la existencia del daño y la conducta del agente responsable.

Precisamente, resulta claro que esta relación de necesidad es el nexo causal que se proyecta como un elemento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, el cual claramente objetiva la necesidad de un vínculo entre causa y efecto entre la acción u omisión del Estado y el daño producido.

Desde una orientación filosófica, todo lo que llega a ser tiene una causa; es decir, existe un influjo que nace de otro ser, qué hace que una cosa sea lo que es. En lo esencial, la relación de causalidad puede ser definida como el vínculo establecido entre dos fenómenos en donde uno de ellos depende y debe su existencia del otro.

Un sistema de responsabilidad que contempla y reconoce un modelo objetivo y directo supone además reconocer como fundamental que la acción u omisión de un ente público puede derivar en un resultado dañoso entre estos dos fac-



tores, existirá un elemento elemental una relación o nexo causal. En este sentido, para evidenciar la responsabilidad del Estado, es preciso detectar y delimitar la existencia de una relación de causa y efecto entre el hecho o acto que se le imputa y el daño ocasionado cuya reparación se exige.

Desde esta perspectiva, la delimitación de una relación de causa y efecto entre el hecho atribuido al Estado y el daño antijurídico generado es un presupuesto o condición fundamental para que pueda declararse la obligación de reparar el daño.

La responsabilidad del Estado, en su faceta objetiva y directa, reconoce la importancia de la relación de causalidad como un factor determinante para la formulación de la Responsabilidad Extracontractual del Estado este elemento deriva desde una visión civilista, para luego ser matizada por las necesidades del derecho público.

El nexo causal está relacionado directamente con la prueba, que en un plano teórico contribuye a la elaboración de la sentencia por parte del juez, quien decide luego de adquirir la necesaria convicción sobre los hechos relevantes que han sido proporcionados por parte de los individuos involucrados directamente. Al respecto es importante rescatar el criterio de Sanmartino (2012), quien considera que la relación de causalidad es un requisito indispensable del supuesto de hecho y que por medio de este nacerá la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Su descripción debe ser clara y precisa, conecta el daño jurídico que ha soportado el individuo con el obrar sea positivo o negativo de la administración pública. El nexo de causalidad es un componente fundamental para el esclarecimiento de la responsabilidad del Estado, ya que sirve para canalizar efectivamente la noción de indemnización y además fija de manera clara y precisa el alcance de la imputación que luego se verá plasmada en la reparación.

El carácter objetivo marca la pauta para que las pretensiones puedan ser probadas y que el daño sufrido pueda ser resarcido. Así, la demostración del encajamiento fáctico, que denota el sufrimiento de un daño y su correspondiente reparación, es clave dentro del sistema de responsabilidad del Estado y recae en el individuo que propone dicha pretensión. Es decir, que la carga procesal le facultará para generar la conexión entre el daño sufrido que debe ser cierto y probado con una actuación específica del Estado.

La relación de causalidad como un título jurídico de imputación de la responsabilidad extracontractual del Estado, es ante todo un eje sobre el cual dicho instrumento jurídico de protección de derechos se proyectará. De allí, que en todo sistema que reconozca la responsabilidad objetiva y directa del Estado, los criterios aplicables para justificar la existencia de consecuencias dañosas originadas de hechos acaecidos por la acción o la omisión del estado resultan determinantes. Por consiguiente, la relación de causalidad se convertirá en un factor de equilibrio y consistencia de un sistema de responsabilidad del estado.

En materia de derecho administrativo, sobre la discusión que se ha centrado para determinar el eje y el ámbito de aplicación de la relación de causalidad se han propuesto diversas teorías, sin embargo, podría decirse qué cabe destacar la teoría de la equivalencia de las condiciones, y la de la causa adecuada.

#### ***4.2.1. Teoría de la Equivalencia de Condiciones***

Sostiene que la causa del daño deriva de todos los hechos o acontecimientos, sin los cuales el daño no se habría materializado; todos ellos, equivalentemente se proyectan como condiciones necesarias para la producción del daño. De allí, que para la equivalencia de condiciones todos los hechos o acontecimientos contribuyen a la producción del resultado final, por lo mismo deben ser calificados como causas.

#### ***4.2.2. Teoría de la Causa Adecuada***

La orientación de la teoría de la causa adecuada propone como eje central que no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. Precisamente, la causa adecuada es una condición que delimita el curso natural de las cosas, es ordinaria ya que esta llamada a producir un resultado. De este modo, conviene realizar un análisis probabilístico en cada caso, que destaca la experiencia y además el curso ordinario de las cosas, este análisis exhaustivo enmarcado en la previsibilidad distinguirá la causa adecuada, la que normalmente es la llamada a producir un resultado; por los demás, existen otras condiciones o circunstancias que pueden agravar el resultado final, pero que, por sí solas, no producirían el resultado final que es el daño.

La Legislación ecuatoriana a través del Código Orgánico Administrativo (Asamblea Nacional Constituyente, 2017), en su artículo 335, determina que el nexo causal es aquel que se encuentra entre el daño calificado y la acción u omisión de la administración pública o el hecho dañoso que violente el derecho se fundamentará en hechos probados. Esta definición, aunque incompleta y deficitaria da cuenta del tránsito necesario entre una responsabilidad subjetiva eminentemente de corte civilista hacia una responsabilidad objetiva y directa de corte publicista, además de ubicar al individuo en una posición en la cual debe probar el daño sufrido y conectarlo con una actividad estatal, genera una dinámica propia para articular efectivamente la relación causal. En efecto, esta visión debe reunir ciertas características. La primera considera a la relación causal como una actividad que tiene como función conectar los elementos fundamentales del supuesto de hecho que dará origen a la Responsabilidad Extracontractual del Estado; la segunda considera al nexo causal como un elemento indispensable porque a través de éste, es posible demostrar que el resultado del accionar público fue dañoso y ocasionó un gravamen al individuo quien no tiene la obligación de soportarlo, generando un

desequilibrio en las cargas públicas; y el tercer elemento es entendido como un requisito técnico, pues a través de este se pretende demostrar el encadenamiento de situaciones que juntas han generado un resultado dañoso en desmedro de un tercero (Sanmartino, 2012).

En este sentido y a tono con una visión integral, la causalidad no puede ser entendida como un mero concepto que reúne de manera sucesiva diferentes elementos separados y aislados. El éxito de un verdadero vínculo causal como factor de imputación de la responsabilidad del Estado es valorar un conjunto de acontecimientos sistémicos que sumados dan como consecuencia el menoscabo que sufre el individuo o la naturaleza.

### 4.3. Falta o Falla del Servicio

La *falta o falla* del servicio es considerado como un elemento estructural céntrico de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. El carácter objetivo de esta noción hace referencia a la deficiente, ausente o mala organización de los servicios públicos. Por este hecho es el particular quien sufre y debe ser indemnizado o reparado.

Efectivamente, la influencia francesa es determinante para consolidar este elemento estructural al considerarlo como el fundamento para que el Estado resarza el daño cometido, y todo ello como consecuencia de la irregularidad en la prestación del servicio público que deja entrever la forma errónea en la cual actuó el Estado (Becerra, 2005). Incluye las actividades que desempeñan diversos agentes públicos, en el cumplimiento de sus competencias, evitando que exista una separación entre la actividad prestacional propiamente dicha y la actividad administrativa que ejercen los funcionarios (Depuis, 2004).

Conforme lo explica Georges Vedel y Pierre Devolvé (1992), la falta de servicio se da cuando ésta es imputable a uno o más agentes públicos y no puede ser separada del ejercicio de la función pública. Así, pensar en la posibilidad de atribuir un supuesto dañoso exclusivamente al agente que lo causó resulta improbable. Sin embargo, este carácter de la falta de servicio no se refiere al carácter impersonal o anónimo, pues es la Administración Pública que, si bien no tiene una existencia física, se manifiesta en el mundo por medio de la actuación de sus agentes. En ciertos supuestos existe un conocimiento claro de los agentes que actuaron en nombre del Estado, mientras que en otros su conocimiento es incierto; para ello, la arquitectura jurídica de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por falta o falla de servicio reconoce como un mecanismo idóneo que la víctima dirija sus demandas en contra de la Administración Pública, sin que tenga que nombrar exhaustivamente a todos los funcionarios públicos que se encuentran involucrados en el cometimiento de la falta. Después de todo será el Estado quien responda de manera directa.

Este avance en materia de responsabilidad, no solo permite su aplicación, sino que toma en cuenta la importancia de la personalidad única del Estado, al actuar siempre por medio de un agente público. La voluntad estatal en estricto rigor es inexistente; es la voluntad de los agentes públicos, la que es imputada al Estado (Waline, 1959).

La falta o falla del servicio en el contexto ecuatoriano está vinculado a la influencia del Derecho Civil, sobre todo en la delimitación de los criterios para configurar su presencia, que son: 1) que el servicio ha funcionado mal; 2) que el servicio no ha funcionado; y 3) que el servicio ha funcionado tardíamente, siempre tomando en cuenta que la falla personal del agente es subsumida por el Estado en razón del carácter unitario de la función administrativa (Parejo, 1998).

Para complementar la noción de la falta o falla del servicio público, la tendencia actual del Derecho Administrativo ha razonado que otro medio para responsabilizar al Estado es aquel que parte de la aceptación de la omisión; es decir, cuando expresamente el Estado incumple su deber jurídico de satisfacer derechos fundamentales. Así, la omisión se presenta como un generador de responsabilidad, la cual, en el estudio de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, ha causado mucha expectativa, pues se trata de responder a la interrogante ¿en qué medida el Estado puede ser responsabilizado por la omisión en la prestación de servicios públicos? A esto, Agustín Gordillo (2006) responde que la responsabilidad del Estado, en virtud de una omisión en el ejercicio de la función administrativa, procede en tanto y cuanto esta inacción pública sea determinante en el ejercicio irregular de la función.

#### 4.4. El Riesgo Objetivo

La Teoría del Riesgo Creado encuentra su origen en la necesidad de dar solución a los diversos problemas que el auge de una sociedad industrializada trajo consigo. En efecto, es la Revolución Industrial la que en la Europa de fines del siglo XIX generaría una profunda transformación en la configuración social del Estado. El riesgo creado desde el enfoque francés sostiene que quien crea una fuente posible de daño está obligado a repararlo, al margen de que hubiera existido culpa en el agente e inclusive al margen de la falla o falta de servicio; el riesgo es una apuesta que complementa los títulos de imputación tradicionales.

Los daños causados como consecuencia de la acción o de la omisión de una actividad pública que conlleva un cierto grado de peligrosidad requiere que su tratamiento sea recogido dentro de la estructura de la responsabilidad extracontractual del Estado con la denominación precisa. Imputación por Riesgo Excepcional. En este sentido, el riesgo excepcional está fundamentado cuando la administración pública genera ciertos espacios en los cuales el administrado es propenso a sufrir daños que inciden directamente en la plena vigencia de los derechos fun-

damentales. El riesgo excepcional puede extenderse inclusive a los casos en los cuales se toman todas las medidas necesarias para evitar el daño, sea mediante la implementación de protocolos administrativos, normativas de regulación de carácter técnico, vigilancia y control administrativo, entre otros.

La presencia del riesgo excepcional es evidentemente quien desarrolla la actividad estatal con un contenido peligroso genera inexorablemente un riesgo que afecta los bienes jurídicos protegidos y tutelados por la responsabilidad extracontractual del Estado. La regla es la obligación que tiene el Estado de reparar los daños sufridos cuando el riesgo excepcional se ha manifestado, la excepción aplica en situaciones en donde la exoneración de la responsabilidad procede si se prueba la existencia de una causa extraña. En principio el riesgo excepcional puede manifestarse y es aplicable a los daños derivados de la prestación de servicios públicos, los cuales por su esencia social y que satisfacen necesidades colectivas conllevan a la vez en ciertos momentos diversas actividades peligrosas, que crean riesgos a terceros. Por lo tanto, en el momento en el cual el riesgo excepcional invade la esfera jurídica y altera profundamente la situación jurídica del administrado la administración pública se encuentra comprometida.

Conviene precisar además, que el riesgo excepcional nace de una actividad lícita generada por el Estado que además es imprevisible e irresistible y como consecuencia de dichos caracteres nace la obligación objetiva del Estado de reparar los daños originados por la materialización de los riesgos. El riesgo como un título jurídico de imputación complementa efectivamente la estructura de tutela que posee la responsabilidad extracontractual del Estado y que puede presentarse cuando la falla, falta o deficiente prestación de un servicio público o de un actor legítimo de las autoridades gubernamentales son ausentes.

Así las cosas, el riesgo excepcional tiene un fundamento claro: es la tutela del principio de igualdad que los administrados gozan y tiene al amparo de la ley y a la distribución equitativa de las cargas públicas. De la misma forma, conviene precisar que en el ejercicio de una actividad pública como la prestación de un servicio público, el estado emplea diversos medios e incluso utilizar recursos que colocan a los individuos en una situación de riesgo con una naturaleza excepcional, que supera los beneficios que estos recibirán de llegar a perfeccionarse la actividad pública o la prestación del servicio público. García de Enterría y Fernández (1994), en su Curso de Derecho Administrativo, sostienen que el modelo español a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España reconoce la responsabilidad de la administración por riesgo creado, en aquellos supuestos en los cuales existan accidentes producidos por o dentro de la organización administrativa los cuales no son debidos a una causa extraña y que su concurrencia corresponde probar a la administración pública.

El régimen de responsabilidad objetiva que encuentra fundamento en el título jurídico de imputación que se ha denominado el riesgo excepcional tiene asi-

dero y plena aplicación por la permanente transformación de la sociedad, la cual con innovaciones en diversos campos abrió a la vez la producción de mayores responsabilidades y por lo tanto la presencia de nuevos daños.

#### **4.4.1. Actividad Peligrosa, una noción en construcción**

Junto a la noción de riesgo excepcional no se puede perder de vista la noción de peligro el cual constituye un concepto complejo que precisa las amenazas de una vida cada vez más compleja. En el contexto jurídico ecuatoriano, la noción de riesgo y de peligro requiere un abordaje específico y técnico, revestido de elementos orientadores que deriven principalmente de los operadores de justicia.

A pesar de ello, tanto el riesgo como el peligro son abordados desde diversos espacios. Como señala Javier Tamayo Jaramillo (1997), la peligrosidad comprende toda actividad que una vez que ésta ha sido desplegada en su totalidad eleva las probabilidades para que el daño se pueda manifestar, y que excede además las probabilidades de las cuales un individuo está en capacidad de soportar por sí solo. En consecuencia, las diversas situaciones que amenazan directamente la plena vigencia de derechos fundamentales de los individuos requieren de la atención permanente del estado, mediante sus atribuciones ex presas de regulación, vigilancia y control.

Conviene precisar que catalogar que una actividad es peligrosa debe obedecer a territorios objetivos y científicos los cuales deben determinar la metodología para gestionar dichas actividades y mitigar los posibles desequilibrios en las cargas públicas que puedan afectar a terceros. Como resultado, las actividades peligrosas no pueden ser determinadas discrecionalmente por parte del operador de justicia sino a criterios técnicos y objetivos partiendo de la naturaleza propia de las cosas, de las circunstancias en las cuales esta se puede desplegar y atendiendo el comportamiento de los agentes que ejecutan o llevan a cabo dicha actividad, todo ello en el marco preciso de la adopción de protocolos o procesos para gestionar dichas actividades necesarios para evitar que la actividad peligrosa cause un daño. En este sentido, se puede comprender que la delimitación de las actividades peligrosas obedece a criterios objetivos calificados de una manera precisa por una estructura jurídica, la cual debe ser la que oriente y aclare la forma de gestionar dichas actividades por parte del ente público; ciertamente, la presencia del estado como agente de mitigación es clave para evitar la concreción de posibles daños.

El sistema jurídico colombiano, ante la inexistencia de un régimen jurídico especial que regule de una manera objetiva las actividades peligrosas ha generado un sistema de precedentes, originados desde el Consejo de Estado, que sintetiza de una manera interesante la aplicación de la noción de las actividades peligrosas, que muy bien puede servir de elemento orientativo para nuestro sistema jurídico de derecho administrativo y que se encuentran sistematizadas en la siguiente tabla explicativa:

**Tabla 11**  
Tipos de actividades peligrosas

<b>Actividad Peligrosa desde el enfoque del Consejo del Estado colombiano</b>	<b>Sustancias Peligrosas</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Manipulación de combustibles y explosivos, incluye derivados de petróleo, gas, pólvora y otros analógicos.                             <ul style="list-style-type: none"> <li>Fumigaciones con Glifosato o análogos.</li> </ul> </li> </ul>
	<b>Redes de Energía Eléctrica</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Todo el sistema eléctrico, desde su producción hasta el consumo.</li> <li>Instalaciones y centrales de generación, conducción y distribución de energía.</li> </ul>
	<b>Vehículos Terrestres y Aeronaves</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Aeronaves del Estado, incluye los daños a terceros (en la superficie), causados por las aeronaves.</li> </ul>
	<b>Armas de fuego</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Equipos necesarios y destinados a la autoridad pública. El arma no necesariamente debe pertenecer al Estado, basta que sea asignada o esté bajo custodia de un agente público.</li> </ul>
	<b>Establecimientos carcelarios o de rehabilitación de menores</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Instalaciones carcelarias dedicadas a la rehabilitación de menores delincuentes.</li> <li>Amerita responsabilidad objetiva a favor de las personas que son perjudicadas por los detenidos.                             <ul style="list-style-type: none"> <li>Detenidos, lesiones de muerte a compañeros de prisión dentro del establecimiento.</li> <li>Vigilancia y seguridad de los establecimientos carcelarios.</li> </ul> </li> </ul>
	<b>Hospitales Psiquiátricos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Constituyen actividades riesgosas por los pacientes y las terapias que se utilizan.</li> <li>No depende de la utilización de cosas, sino de la gestión y tratamiento de personas consideradas por su naturaleza como peligrosas.</li> </ul>

*Nota.* Sistematización del autor a partir de los fallos del Consejo de Estado de Colombia sobre actividades peligrosas en el marco de la Responsabilidad Patrimonial del Estado por actividades riesgosas.

El riesgo como elemento que complementa la estructura de la responsabilidad del Estado nace y se presenta en el escenario del Derecho Administrativo como una contribución generada por parte del Consejo de Estado francés ante la insuficiencia de la corriente de la falta de servicio público. Hablar del riesgo, es hablar de la permanente actividad administrativa y de la constante exposición a la cual los individuos se encuentran sometidos por el hecho de vivir en sociedad. Y es que para lograr el cumplimiento de los fines propuestos por el Estado, el riesgo creado surge como una constante (Villanova, 1956).

El fundamento para incorporar el riesgo como un factor determinante dentro de la responsabilidad estatal se encuentra en el atentado al principio de igualdad, el cual es transversal y está presente en todas y cada una de las actividades que ejerce el Estado, principalmente al momento de prestar servicios públicos. Este principio requiere equilibrio constante, es decir, mantener armonía en las cargas públicas. La ruptura de este balance constituye el hecho generador de la responsabilidad, pues nadie está llamado a sufrir un perjuicio mayor que otros (Rousseau, 1956). La doctrina, en este punto, se refiere a la existencia de una responsabilidad por riesgo creado. Bajo este elemento la falta o falla del servicio queda desplazada en un segundo plano. Lo esencial para su procedencia es la demostración de la relación de causalidad entre el perjuicio sufrido por el desequilibrio de las cargas públicas y la conexión con la actividad administrativa.

Hablar del riesgo objetivo, como uno de los elementos estructurales de la Responsabilidad Extracontractual del Estado entraña que este elemento se vincule de lleno con la teoría de los servicios públicos, escenario en el cual es posible evidenciar como de forma notoria existen excesos en las cargas que normalmente soportan los administrados como contrapartida a los beneficios que se desprenden de la prestación de servicios públicos o de la ejecución de obras públicas (Jaramillo, 1997).

#### **4.5. La Reparación Integral**

La reparación integral del daño es quizá uno de los elementos que marcan la pauta para el fortalecimiento de un sistema de Responsabilidad Extra Contractual del Estado. El enfoque que la doctrina aplica es que mediante este elemento es posible reivindicar los derechos fundamentales vulnerados por el Estado. Las medidas de reparación obedecen a un análisis técnico jurídico, que deben partir desde los estándares mínimos exigidos por la comunidad internacional (Nash-Rojas, 2009). La reparación integral está constituida por: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

Siguiendo esta línea, la Organización de las Naciones Unidas (2005) mediante su Resolución 60/147, establece las directrices básicas para aplicar reparación integral, estos lineamientos son tomados en cuenta por la Corte Intera-



mericana de Derechos Humanos, que en su producción ha vinculado un enfoque moral y legal. La esencia de la reparación integral debe partir de la compensación monetaria por los daños y perjuicios sufridos. La compensación monetaria obedece a un juicio lógico y a la valoración de diversos elementos fácticos que una vez contrastados, es posible determinar la cuantificación concreta del daño material o inmaterial. Por su lado, la rehabilitación comprende cierto tipo de medidas que coadyuvan a la regeneración como la atención médica, psicológica o servicios sociales que permiten a las víctimas reincorporarse a la sociedad.

La reparación integral en cuanto a medida de satisfacción por los daños sufridos es una pieza indispensable para la consecución de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, su lógica y razón de ser, consiste en la promoción de la justicia y la remediación de las violaciones a los derechos fundamentales. Al respecto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos considera que la reparación integral no puede ser reducida exclusivamente al pago de compensaciones económicas, su noción va más allá, pues se requiere medidas de rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición (Nash- Rojas, 2009).

La reparación integral constituye un factor fundamental a la hora de establecer los diferentes daños que requieren ser resarcibles. Sin embargo, conviene precisar que la reparación integral implica que no solo debe activarse para verificar un mero quantum; sino que es necesario determinar la verdadera magnitud del perjuicio en un sentido amplio. La aplicación objetiva, material y lógica de la reparación integral conlleva el reconocimiento de un modelo que descarta el criterio puramente indemnizatorio en relación con el derecho de daños. La visión actual traza un horizonte, en el cual se ha podido reconocer, de aplicación inmediata diferentes criterios o estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destinados a fortalecer el modelo de reparación integral. En este sentido, las medidas de tipo satisfactorio, garantías de no repetición, aplicación de la justicia restaurativa y conmemorativa, entre otras, se encuentran configuradas, para proteger directamente el núcleo de los Derechos Fundamentales directamente vulnerados con la materialización del daño. En este punto, el efecto constitucionalizador impulsó una metodología que fortalece la institucionalización de la Responsabilidad Extracontractual del Estado.

Así mismo, bajo este contexto el principio de reparación integral, requiere de la aplicación de un conjunto de normas y de precedentes que permiten materializar un efectivo restablecimiento integral del daño. Por lo tanto, el principio de reparación integral, sintetiza un criterio que orienta hacia un resarcimiento del daño con el fin de que el individuo que lo sufre, pueda acercarse a un punto cercano al que se encontraba, antes de suscitado el hecho que originó el detrimento. Bajo este argumento, la reparación implica además la búsqueda del restablecimiento del statu quo y lograr reivindicar la dignidad del individuo.

La reparación integral es objeto de estudio esencial, cuyo fin es determinar su alcance y aplicación. En efecto, la reparación integral contiene la necesidad de verificar la materialización de una lesión hacia un bien jurídico protegido, de una violación a un derecho fundamental e inclusive la afección a un interés legítimo. Ciertamente la reparación, necesariamente, implica la objetivación de un daño, el cual por su condición, debe ser antijurídico; ya que quien lo sufre, no está obligado a soportarlo, manifestándose una clara desproporcionalidad en las cargas públicas.

Por consiguiente, toda violación que contenga un derecho fundamental afectado conlleva ineludiblemente el nacimiento de una obligación de reparación integral por todos aquellos daños que pueden derivarse de dicha alteración. Lo cual significa que el operador de justicia, en el marco de sus competencias, debe determinar con exactitud la reparación integral del daño sufrido, procurando la restitución in integrum del perjuicio; para lo cual, con una visión profunda del derecho transgredido, pueda efectuar en toda su dimensión el abordaje de medios adicionales de reparación tales como: la rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y el restablecimiento simbólico, entre otros factores que pueden ser tomados en cuenta.

La visión actual sobre la reparación integral la cual involucra la tutela, la protección y la promoción de los derechos fundamentales, debe evolucionar desde una visión eminentemente indemnizatoria con un carácter estrictamente apegado al factor económico, hacia la búsqueda del restablecimiento de un equilibrio vulnerado, razón por la cual es necesario adoptar una serie de mecanismos jurídicos que propenden la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Claramente, el operador de justicia ante un entorno en el cual la responsabilidad extracontractual del Estado se presenta como un instrumento jurídico de protección de derechos, está llamado a mantener una posición dinámica que reconozca los estándares planteados por los diferentes organismos internacionales destinados a la generación de un sistema de responsabilidad del estado integral cuyo fin sea la protección de los derechos fundamentales.

Precisamente, el paradigma actual del Derecho Administrativo sugiere que el individuo y la sociedad constituyen el eje fundamental y vertebral del Estado. Este enfoque propicia una visión que reconoce la aplicación directa e inmediata del ordenamiento jurídico internacional de derechos humanos e inclusive su prevalencia sobre el sistema jurídico interno. Cabe destacar que el juez no debe limitarse exclusivamente a administrar justicia a partir de un criterio exclusivo enfocado en la indemnización monetaria, el paradigma actual exige integrar en las sentencias, las diferentes medidas que el ordenamiento jurídico dispone para garantizar el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados, en el marco de un diálogo preciso y argumentado, razonable, lógico y coherente.

Sobre la base de lo expuesto, el papel que desempeñan los jueces de lo contencioso administrativo es fundamental, su procura es articular un criterio plas-

mado en una voluntad jurisdiccional, enfocada en el pleno y completó restablecimiento de los derechos fundamentales; su función es clave inclusive evita que tribunales internacionales de derechos humanos, desplacen la justicia interna para cumplir los propósitos de tutela, protección y promoción de derechos que no fueron valorados en un escenario nacional. Como se afirma luego, la reparación integral como núcleo de la Responsabilidad del Estado debe ser objetivada mediante la adopción de medidas pecuniarias y no pecuniarias, conforme a los estándares de aplicación y de argumento establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se puede señalar que la aplicación de un modelo de reparación integral, está dirigido a reivindicar los derechos fundamentales vulnerados. Así, las diferentes medidas aplicadas para garantizar un enfoque integral de reparación suponen una contribución pedagógica e instructiva que sensibiliza a las instituciones públicas, sobre la importancia de una correcta actuación del Estado. Conviene además precisar que la reparación integral matiza y fortalece la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Desde esta perspectiva, María del Pilar Amenábar (2018) argumenta que la reparación integral encuentra fundamento en el principio de igualdad de las cargas públicas, como un factor que contribuye a la protección de en la esfera patrimonial y personal del individuo que sufre un daño.

Efectivamente, la relevancia de la reparación integral en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene como fundamento central el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En dicho precepto se puede notar que la reparación integral extiende su protección de la esfera material a la inmaterial e inclusive reconoce diferentes medidas como: a) la investigación de los hechos; b) la restitución de derechos, bienes y libertades; c) la rehabilitación física, psicológica o social; d) la satisfacción, mediante actos en beneficio de las víctimas; e) las garantías de no repetición de las violaciones, y f) la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial. Al mismo tiempo, la producción de la jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de reparación integral, ha permitido que los Estados paulatinamente adquieran una nueva visión sobre la materia. Actualmente, el nuevo paradigma sobre reparación integral representa un desafío para los estados que deben dar respuesta a los derechos fundamentales vulnerados de sus ciudadanos de una manera precisa, oportuna y consecuente con los daños sufridos.

Resulta lógico que la regla general es lograr un adecuado equilibrio o equivalencia entre los daños sufridos y la reparación que se debe otorgar. Precisamente, la existencia de un cabal restablecimiento del equilibrio por la irrupción generada por el daño y que atacó directamente a la tranquilidad que gozaba el individuo, debe ser el motivo para que la tutela judicial opere en el plano material. Claramente, toda afectación que sufre el individuo en sus diferentes dimensiones, material, corporal, social y sentimental activa una obligación, según la cual el Estado está llamado a devolver al individuo a la misma situación en la que se encontraba antes

de sufrir el hecho dañoso, el enfoque actual trazado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y qué parte de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos conlleva que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. No cabe duda, el Estado se encuentra en la obligación “patrimonial”, de borrar la sombra de los acontecimientos dañosos, debe compensar a la víctima tomando en cuenta todas las dimensiones que configura la reparación integral; pero sin superar el límite que los daños generaron pues, esto significaría que el individuo paradójicamente pueda ser enriquecido sin causa; o, a la inversa si es que el daño que requiere ser reparado no cumple su finalidad puede generar un empobrecimiento sin justa causa para el individuo.

#### ***4.5.1. Dimensiones de la Reparación Integral***

La formulación de la reparación integral en un escenario en el cual la protección de los derechos fundamentales constituye su eje vertebral, sumado al efecto constitucionalizador ha promovido una reformulación sobre el alcance de la reparación integral. Naturalmente, es evidente el tránsito desde la mera compensación económica, hacia un modelo que prioriza una fórmula amplia destinada a la reparación de aquellos factores, que ponen en riesgo y afectan la plena vigencia de los derechos humanos. En efecto, en esta línea, la Resolución 60/147 de la Organización de las Naciones Unidas sobre: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”; permitiría por vez primera delimitar las dimensiones de la reparación integral y generar un nuevo horizonte sobre la materia. Dicha resolución, en su principio número 18, claramente destaca que tanto el derecho interno como el derecho internacional, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, están en la obligación de dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de una forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, enmarcadas, en la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición, la Reparación Integral, por lo tanto debe sistematizarse de la siguiente manera:

**Tabla 12**  
Reparación Integral y sus formas

<b>Ejes</b>	<b>Factores Específicos</b>	<b>Elementos para Reparar la violación a los Derechos Fundamentales</b>
<b>Restitución</b>	Devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de derechos fundamentales.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Restablecimiento de la libertad</li> <li>2. Disfrute de los derechos humanos</li> <li>3. Identidad</li> <li>4. Vida familiar</li> <li>5. Ciudadanía</li> <li>6. Regreso a su lugar de residencia</li> <li>7. Reintegración en su empleo</li> <li>8. Devolución de sus bienes</li> </ol>
<b>Indemnización</b>	<p>Aplicar de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación del derecho fundamental y a las circunstancias de cada caso.</p> <p>Apreciar los perjuicios con contenido económico que nacen como consecuencia de violaciones de derechos fundamentales</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Daño físico o mental</li> <li>2. Pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales</li> <li>3. Daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante</li> <li>4. Perjuicios morales</li> <li>5. Gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales</li> </ol>
<b>Rehabilitación</b>	Atenuar las consecuencias de la violación y habilitar a las víctimas y familias para volver a la vida que llevaban antes de la transgresión.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Atención médica</li> <li>2. Psicológica</li> <li>3. Servicios jurídicos y sociales</li> </ol>

<p><b>Satisfacción</b></p>	<p>Rescatar la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad y la publicidad de la reprobación oficial a las violaciones de derechos.</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Medidas eficaces para que no continúen las violaciones.</li> <li>2. Verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad.</li> <li>3. Búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas.</li> <li>4. Declaración oficial o decisión judicial que restablezca dignidad, reputación y derechos de la víctima y personas vinculadas a ella.</li> <li>5. Disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades.</li> <li>6. Sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones.</li> <li>7. Conmemoraciones y homenajes a las víctimas.</li> <li>8. Exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos.</li> </ol>
<p><b>Garantías de no Repetición</b></p>	<p>Generar real y objetivamente por parte del Estado todas las condiciones para que los hechos que provocaron la Responsabilidad del Estado no vuelvan a suceder.</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>a. Control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad.</li> <li>b. Procedimientos civiles y militares ajustados a las normas internacionales relativas a las garantías.</li> <li>c. Fortalecimiento de la independencia del poder judicial.</li> <li>d. Protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros.</li> <li>e. Educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad.</li> <li>f. Promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, normas internacionales por: funcionarios públicos, personal de las fuerzas de seguridad, establecimientos penitenciarios, medios de información, personal de servicios médicos, psicológicos, etc.; fuerzas armadas y personal de empresas comerciales.</li> <li>g. Promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales.</li> <li>h. Revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos.</li> </ol>

Nota. Sistematización del autor a partir de la Resolución 60-147 de la ONU.

### ***4.5.2. Alcance de la Reparación Integral***

La reparación integral posee un alcance sustantivo y adjetivo. Sobre el alcance sustantivo, existe la obligación del Estado de reparar el daño sufrido, para lo cual debe tomar en consideración los precedentes y estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que resultan significativos y que hacen alusión a lo que comprenden las medidas reparatorias a las cuales el individuo que ha sufrido el daño puede acceder. Precisamente, el alcance sustantivo debe velar por la adecuación y efectividad de las medidas de reparación, atributos que articulan la reparación integral. La reparación es adecuada, cuando las medidas de reparación atienden directamente al sufrimiento del individuo, al daño objetivo, y a las características particulares que posee quien sufre de tal menoscabo. Por otro lado, la efectividad ataca directamente a las medidas de reparación, las cuales deben privilegiar el reconocimiento del daño causado y lograr objetivamente la reparación de los derechos conculcados.

Sobre el alcance adjetivo, el Estado asume la obligación de disponer de las suficientes garantías, recursos o caminos necesario para que el individuo que ha sufrido un menoscabo pueda obtener una adecuada reparación integral en tiempo adecuado, al amparo de un debido proceso y garantizando a plenitud la tutela judicial efectiva. El alcance adjetivo, es desarrollado con una legislación nacional precisa que permita y garantice la accesibilidad y la aceptabilidad de la reparación integral. La accesibilidad habilita y permite que el individuo que sufre del daño pueda efectivamente y sin discriminación activar los mecanismos judiciales y administrativos dispuestos por el Estado para garantizar que la reparación pueda ejecutarse. En cuanto a la aceptabilidad, como un principio que garantiza que los mecanismos judiciales y administrativos son pertinentes y se ajustan a los requerimientos del individuo que busca tutela, el Estado debe priorizar el fortalecimiento de la certeza legítima, la seguridad jurídica la juridicidad, la dignidad humana, la intimidad así como el bienestar físico y psicológico, tanto del individuo que sufre el daño como de aquellos individuos que directa o indirectamente sufren; como por ejemplo, las familias.

### ***4.5.3. Características de la Reparación***

Se puede inferir que el marco jurídico articulado por una estructura orgánica, que reconoce la Responsabilidad Extracontractual del Estado, encuentra en la reparación integral un elemento destinado a la tutela, la protección y la promoción de los derechos fundamentales. La reparación integral, como un derecho fundamental transversal se encuentra conformado por las siguientes características:

**Restitutivo:** El enfoque de la reparación integral, tiene como principio rector que el individuo que sufre el daño, pueda ser situado en la medida de lo posible en la situación en la que se encontraría de no haberse producido la violación

objetiva y constatada de los derechos fundamentales; por lo mismo, el carácter reparatorio refleja directamente una *restitutio in integrum*.

**Integral:** La integralidad constituye una característica nuclear de la reparación la cual está llamada a pormenorizar los diferentes ámbitos que requiere de la tutela del operador de justicia. Para lo cual, es necesario una lectura sistémica de la reparación. Así, la integralidad de la reparación debe ser adecuada, transformadora, efectiva y objetiva.

**Equitativo:** Ante el desequilibrio en las cargas públicas, la reparación integral esta llamada a compensar sobre la base de la equidad los daños sufridos. En este campo, el artículo 41° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, incorporó el concepto de *satisfacción equitativa*. Sin embargo, conviene precisar que la reparación además de ser equitativa debe ser proporcional y determinar un justo balance entre proporcionalidad y equidad.

**Solidario:** La reparación integral, debe privilegiar el carácter sensible de las condiciones y perspectivas futuras reflejadas en una clara proyección del individuo que sufre el daño y que se encuentran presentes en su *proyecto de vida*. La solidaridad, dignifica al ser humano en su esfera personal y reequilibra las condiciones adversas sufridas por la acción u omisión del Estado.

#### 4.5.4. La Reparación Integral: Principio o Derecho Subjetivo

La Reparación Integral, desde una mirada analítica, es configurada como un derecho fundamental transversal, que en ciertos momentos potencia la vigencia, tutela, protección y promoción de otros derechos fundamentales. En todo caso, existe una obligación directa de los Estados para protegernos, asegurarlos, restablecerlos y repararlos; todo ello, con un propósito, velar por la dignidad humana.

La reparación integral, nace y se proyecta como una consecuencia jurídica por la vulneración de un Derecho la cual requiere del soporte de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. La estructura constitucional ecuatoriana, promueve que toda persona que se vea afectada en sus derechos por la acción o la omisión del Estado tiene el Derecho a exigir la reparación. Por esta razón, resulta indispensable que la exigibilidad de la reparación integral lo transforme en un derecho individual y colectivo justiciable, la vulneración al derecho fundamental y la consiguiente generación del daño origina una obligación del Estado que debe ser satisfecha atendiendo el derecho a la reparación a favor de la víctima, de sus parientes o compañeros.

La resolución 60/147 de la ONU, así como el artículo 63°1 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, contextualiza y reconoce como



Derecho Fundamental la reparación integral de las víctimas de delitos en general, de graves violaciones de los derechos humanos y del desplazamiento forzado en especial. Es por ello que la transversalidad de este derecho, informa el ordenamiento jurídico nacional e impregna el enfoque tutelar que posee la reparación integral, que a decir de los instrumentos jurídicos mencionados, debe ser adecuada, efectiva, rápida, justa, suficiente y proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido; de tal suerte que, se pueda cumplir la máxima aspiración de la reparación integral, la *restitutio in integrum*.

En esa medida el desarrollo del constitucionalismo ecuatoriano, propició que la Responsabilidad Extracontractual del Estado, reconozca la reparación como uno de los ejes medulares. Por un lado, el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Ecuador de 1998 en su artículo 20, reconocía la responsabilidad del Estado; sin embargo, la obligación que nacía como consecuencia de un accionar público deficiente, era la indemnización (*claramente enfoque que privilegiaba una lectura pecuniaria*). Por su lado, el artículo 11 número 9 de la Constitución de la República de Ecuador de 2008, evidencia un avance significativo, determina la obligación del Estado a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la incesante actividad pública. Este enfoque, es complementado por el artículo 86 número 3 de la norma citada, precepto en el cual el juez, en caso de constatar la vulneración a derechos, reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, declarará su vulneración y subsiguientemente ordenará la reparación integral, material e inmaterial, para lo cual debe especificarse las obligaciones positivas o negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial.

En consecuencia, la reparación integral, como elemento esencial de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, al ser clave para tutelar, proteger y promocionar Derechos Fundamentales, debe reunir los siguientes ejes, los cuales permiten identificar su presencia; y, sobre todo, que una vez activada por el operador de justicia, responda a directa y objetivamente, a la exigencia del individuo. Así, la reparación debe proyectar:

- 1.** Asegurar, la reparación integral del daño causado al individuo por la vulneración de derechos humanos.
- 2.** Garantizar, el derecho a la reparación integral en el marco del derecho internacional de derechos humanos, en lo que respecta a: alcance, naturaleza, modalidades e identificación de los beneficiarios.
- 3.** Incorporar, en la estructura de la reparación integral diferentes medidas aplicadas por la justicia distributiva y por la justicia restaurativa. El fin último de la reparación es la dignificación del individuo y la *restitutio in integrum*.
- 4.** Reconocimiento de diversas dimensiones que se adaptan al caso en concreto y al daño sufrido, como la: pecuniaria, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.
- 5.** Acceso y respeto, a la verdad y a la tutela judicial efectiva.

6. Promoción, de la dignidad humana mediante la adecuada asistencia social y ayuda humanitaria, vinculadas directamente al proyecto de vida del individuo que ha sufrido el daño.

#### **4.6. Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Modelo Constitucional Ecuatoriano**

La tradición jurídica administrativa de los diferentes modelos occidentales denota su afán por la adaptación y la constante construcción de nuevos paradigmas. Respecto la noción de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, la tónica ha demostrado que su construcción es dinámica, lo cual se puede notar con el frecuente desarrollo pretoriano y normativo. En el modelo ecuatoriano, este tipo de responsabilidad es constitucionalizada desde su propio concepto que reúne muchos de los elementos reconocidos por los diferentes modelos europeos como el francés y español. De acuerdo con el artículo 11, número 9, de la Constitución de la República del Ecuador (2008), el reconocimiento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado trae consigo que el Estado pueda dar cumplimiento a una de sus aspiraciones fundamentales respetar y hacer que se respeten los derechos constitucionalizados.

En este orden de ideas, el enfoque que plantea este precepto augura que el Estado, como sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, están obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares. La reparación a la que hace mención la Constitución de la República del Ecuador (2008) nos permite entender que se enmarca sobre los daños sufridos como consecuencia de la falta o deficiente prestación de los servicios públicos, por acciones u omisiones de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos, inclusive el Estado debe responder en ciertos momentos a pesar de haber actuado legítimamente.

El sistema ecuatoriano está caracterizado por dos momentos claros y que responden a las reales necesidades evolutivas de la materia, pues el primer momento hace referencia al reconocimiento de una responsabilidad civil extracontractual indemnizatoria, cuyo eje de acción parte del elemento subjetivo (culpa o dolo del agente público); el segundo momento, en donde la constitucionalización de la responsabilidad objetiva transita hacia el carácter reparador integral por parte del Estado mediante el reconocimiento objetivo (*lo que importa es que se justifique el daño con ocasión de una relación causal que deriva de una potestad pública*), bajo el soporte de un esquema normativo de derecho público.

El primer momento que el sistema ecuatoriano atravesó en materia de responsabilidad extracontractual del Estado está reflejado por su regulación mediante los criterios del Derecho Civil, cuyo basamento se apega a la culpabilidad del agente. Esta tendencia exigía al individuo que sufrió el daño probar la ilicitud

de la conducta estatal, la culpabilidad del funcionario público y, además, la relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño. Este carácter civilista enfrentó el paulatino desarrollo y consolidación del Derecho Público ecuatoriano, que trajo consigo el modelo de la objetivación de la responsabilidad estatal en beneficio del individuo que sufre el acontecimiento dañoso. El tránsito hacia el modelo objetivo se inicia con la Constitución Política de la República del Ecuador (1998), la cual esquematizó y reconoció en su artículo 20 la responsabilidad estatal como una garantía que poseían los individuos para lograr una indemnización por los perjuicios causados por las actuaciones desarrolladas por las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, así como por los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos, conforme las competencias asignadas por la Constitución y la Ley.

El alcance de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y su carácter objetivo en el caso ecuatoriano da cuenta del afán por incorporar un nuevo modelo publicista y constitucional, que permita al administrado demostrar únicamente la existencia de un perjuicio, la vulneración de derechos o de daño y que se determine con claridad el nexo causal, el cual debe justificar que el Estado y su accionar ocasionó el perjuicio. El alcance de este nuevo planteamiento propuso el trazo de nuevas líneas jurisprudenciales y es importante mencionar que a partir del año 2000 diversos pronunciamientos de la entonces Corte Suprema de Justicia del Ecuador estuvieron encaminados al reconocimiento de una responsabilidad objetiva del Estado, la cual debía ser regulada mediante las normas de la propia Constitución y del Derecho Administrativo dejando a un lado la responsabilidad civil extracontractual.

El caso ecuatoriano es comentado por Ernesto López Freire quién plantea que el sistema jurídico ecuatoriano mira a la responsabilidad estatal como un instrumento que entraña una obligación directa de responder por todos los perjuicios que se causen y que una persona sufra sin que tenga la obligación legal para ello (desequilibrio en las cargas públicas), siempre y cuando el daño derive del ejercicio de la función pública o de aquellos que actúan a nombre del Estado para la prestación del servicio público como son los concesionarios y los delegatarios. Un sistema de responsabilidad estatal de corte publicista reconoce que no es la causa del daño lo ilícito, sino el perjuicio en sí; por lo tanto, las reglas del derecho privado o del Código Civil deben quedar al margen por ser un asunto de índole constitucional y también sujeto al Derecho Administrativo, por ser éste el brazo ejecutor de la Constitución (Freire, 2003).

La responsabilidad objetiva que trae el sistema ecuatoriano partió desde la influencia civilista hasta el desarrollo mediante una visión constitucionalista y administrativista, basa su estructura no solamente en la norma fundamental, sino también en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969), que reconoce la obligación del Estado de reparar el daño ocasionado y sus consecuencias, y la de determinar el

pago de una justa indemnización. Así, varios elementos configuran la responsabilidad objetiva del Estado ecuatoriano, entre ellos la existencia de un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que conlleva un sacrificio del administrado. La intencionalidad de los funcionarios es irrelevante. Ésta debe verificarse en un proceso diferente en el cual el administrado no va a formar parte como es “la Repetición”.

El Estado puede oponerse en alguna medida a las pretensiones de indemnización cuando éste justifique que los daños producidos son como consecuencia de cuestiones de fuerza mayor, de caso fortuito o por culpa de la víctima. El defecto sistémico es otro elemento que se puede encontrar y que puede ser entendido como la suma de varias actividades públicas que conducen a la prestación del servicio público cuya deficiencia funcional ha causado un daño (Fallo de Casación, Florencio Antonio Andrade Medina en contra de CONELEC, 11 de abril 2007).

El régimen constitucional ecuatoriano, considera de acuerdo con el artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que cualquier persona a cualquier título trabaje, preste un servicio u ocupe un cargo, función o dignidad en el sector público se considera como servidor público y que, según el artículo 233 (2008), del mismo cuerpo normativo no se encuentran exentos de responsabilidad tanto administrativa, civil y penal por sus actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones. La objetividad de la responsabilidad que plantea el régimen ecuatoriano posee una connotación según la cual la priorización de la indemnización del daño causado a la víctima es entendida como el núcleo fuerte de esta institución. Esta naturaleza ha sido fortalecida además por la noción de reparación integral bajo los estándares que para el efecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado.

Al respecto Diego Mogrovejo Jaramillo (2009), considera que la responsabilidad objetiva y directa que posee el Estado para resarcir y satisfacer los requerimientos de los administrados que han sufrido en sus derechos subjetivos, posee una esencia concreta, y es que del contexto constitucional ecuatoriano su función es la de cumplir la reparación integral de los derechos de las víctimas.

En todo caso la reparación pretende conseguir un objetivo que es dejar a la víctima en la situación en la que se encontraba antes y que muy bien puede ser aplicado en el campo de los daños que sufre la naturaleza y los recursos hídricos cuando el Estado no adopta políticas públicas o servicios hídricos integrales que beneficien al ser humano y a la *Naturaleza*.

El sistema ecuatoriano de Responsabilidad del Estado derivado de la Constitución de la República del Ecuador (2008), ha incorporado una visión que reconoce los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su estructura, permitiendo delinear una nueva óptica al respecto. Los elementos tradicionales de la responsabilidad estatal aún están presentes, como la falla o defi-

ciente prestación del servicio público o el desequilibrio de las cargas públicas, que son tomados en cuenta como bases para levantar la responsabilidad bajo el régimen constitucional y administrativo. La falla del servicio se traduce en el defecto sistémico funcional del servicio público que es un elemento estructural objetivo que demuestra el funcionamiento anormal del servicio. Mientras que el desequilibrio en las cargas públicas coloca al administrado en una situación desigual frente al resto de la comunidad.

La Responsabilidad Extracontractual del Estado, tal y como se encuentra formulada en el contexto ecuatoriano, incluye: 1) El carácter objetivo, basta con la demostración del daño causado; 2) Una connotación directa, de quien debe asumir las consecuencias de los hechos o actos dañosos; 3) La desigualdad en la distribución de las cargas públicas, con base en el principio de igualdad; 4) La presencia de la falta, falla o deficiencia en la prestación de un servicio público, este factor se produce si los órganos públicos no actúan, debiendo hacerlo, si su actuación es tardía o si ellos funcionan defectuosamente causando perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio y si bien no se requiere individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión origina la falta (Rousseau, 1956); 5) El riesgo como un título de imputación que genera un desequilibrio en las cargas públicas; 6) La presencia del daño, refleja un derecho constitucional vulnerado, el daño debe ser además susceptible de indemnización sea material o inmaterial (Calderón, 2013); 7) La presencia del nexo causal que vincula el daño y la falta, falla o deficiencia en la prestación de servicios públicos, sea de manera directa o por concesión.

El modelo jurídico de Responsabilidad Extracontractual del Estado vigente en Ecuador, incorpora diversos elementos que se encuentren dispersos tanto la normativa como en diversos fallos emblemáticos proporcionados por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Nacional de Justicia, sumado a ello los elementos de orientación que derivan de aquellos fallos proporcionados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los cuales el Estado ecuatoriano es declarado responsable internacionalmente. Bajo ese contexto, el juicio número 168-2007, de la Corte Suprema de Justicia de la República de Ecuador, es tomado como un fallo con un rico análisis técnico y jurídico el cual aporta significativamente a la consolidación del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado resumido en la siguiente ficha técnica:

**Tabla 13**

Ficha técnica: Responsabilidad Extracontractual del Estado- Corte Nacional de Justicia – República del Ecuador

Caso	Número	Fecha	Hecho Generador	Ejes Orientadores de la Sentencia
<p>Mesías, Ojeda e hijo vs Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Cristóbal de Patate y Procurador General del Estado</p>	<p>Resolución Nro. 652-2019 Casación Nro. 17811-2013-11576</p>	<p>29 octubre de 2019</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Indemnizaciones pecuniarias por los daños materiales e inmateriales debido al colapso de un muro de contención que ocasionó la muerte de 3 de los hijos del matrimonio Mesías Ojeda. Sumado a ello al daño material, psíquico y psicológico de su hermano superviviente y del matrimonio Mesías Ojeda.</li> <li>• Destrucción total de la casa de habitación y de todos sus bienes y enseres de los accionantes como consecuencia de la construcción deficiente del muro de contención que colinda con su casa de habitación, construcción que fue dispuesta por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Cristóbal de Patate.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La distribución de las cargas públicas individuales, se encuentra amparada por un criterio general de igualdad material o sustancial, todo lo que provoca un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas que conlleve un sacrificio individual intolerable del administrado debe ser sujeto de reparación, que busca reestablecer el balance afectado.</li> <li>• El comportamiento de un funcionario público, es atribuible al Estado, en el marco y ha efectos del régimen de Responsabilidad la del Estado.</li> <li>• Las causas eximentes que afectan la atribución del efecto dañoso, se refiere a la fuerza mayor, caso fortuito, la culpa de la víctima debe justificar su exclusividad, como factor generador del daño. Dichos hechos hacen referencia principalmente a hechos imposibles de ser evitados los cual son eventos que no pueden ser previsibles y solucionables con una técnica adecuada.</li> </ul>

<p>Mesías, Ojeda e hijo vs Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Cristóbal de Patate y Procurador General del Estado</p>	<p>Resolución Nro. 652-2019 Casación Nro. 17811-2013-11576</p>	<p>29 octubre de 2019</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Indemnizaciones pecuniarias por los daños materiales e inmateriales debido al colapso de un muro de contención que ocasionó la muerte de 3 de los hijos del matrimonio Mesías Ojeda. Sumado a ello al daño material, psíquico y psicológico de su hermano superviviente y del matrimonio Mesías Ojeda.</li> <li>• Destrucción total de la casa de habitación y de todos sus bienes y enseres de los accionantes como consecuencia de la construcción deficiente del muro de contención que colinda con su casa de habitación, construcción que fue dispuesta por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Cristóbal de Patate.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La reparación de los perjuicios inmateriales que sufrieron los actores busca atenuar los efectos anímicos y psicológicos que tuvieron que soportar, no se pretende equipar financieramente el fallecimiento de los familiares lo que es difícil cuantificar.</li> <li>• Cuando el perjuicio afecta los bienes personales más debe procurarse una compensación, en la práctica no existen parámetros definidos para delimitar las reparaciones de carácter integral; por ello, debe aplicarse la ponderación de los daños y los efectos resarcitorios valorados por el criterio y prudencia del juzgador.</li> <li>• Para el cálculo y determinación de las indemnizaciones se tomó el valor correspondiente del salario básico unificado a la fecha de la sentencia y además la expectativa de vida en el Ecuador.</li> <li>• Criterios para determinar las indemnizaciones por daño moral, parten del artículo 2232 del Código Civil<sup>1</sup></li> </ul>
---	--	---------------------------	---	---

Nota. Sistematización del autor a partir de la Resolución Nro. 652-2019, Casación Nro. 17811-2013-11576, de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador – Gaceta Judicial 2019, Serie XIX, Número 4, páginas 1939-1952.

<sup>1</sup> **Código Civil de la República del Ecuador, Artículo 2232.** En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchan la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando la prudencia del juez, la determinación del valor de la indemnización, atentas las circunstancias, es como previstas en el inciso primero de este artículo.

El modelo de Responsabilidad Extracontractual del Estado presente el sistema jurídico ecuatoriano se encuentra en permanente construcción, constantemente nuevos elementos orientativos son incorporados para lograr una reflexión integral y aplicabilidad práctica, la cual ciertamente, lucha por la tutela de derechos fundamentales conculcados y que requieren el resarcimiento integral. Los elementos orientativos proporcionados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son fundamentales, los cuales en diversos casos en los que el Estado ecuatoriano ha sido declarado responsable, se puede apreciar que la responsabilidad del estado en cuanto a institución permanentemente se transforma y se adapta a las exigencias de un entorno que busca la tutela permanente del administrado. Así, a continuación, se puede apreciar una síntesis de los principales fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales el Estado ecuatoriano ha sido declarado responsable por la vulneración de derechos fundamentales, en cada uno se encuentran los elementos de orientación robustecen la capacidad de reflexión y de argumentación que los operadores de justicia en el sistema jurisdiccional ecuatoriano.

A continuación, se incorpora diferentes casos en los cuales el Estado ecuatoriano ha sido declarado Responsable por la violación de diversos derechos fundamentales, y que han sido sistematizados, para identificar los elementos que nutren y fortalecen el sistema de Responsabilidad Extracontractual ecuatoriano.



**Tabla 14**  
Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia en contra del Estado ecuatoriano- Caso N° 1

Caso	Fecha	Hechos	Derechos fundamentales vulnerados	Sentencia	Reparación	Factores de la Sentencia
Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador	5 de febrero de 2018	Contagio con VIH tras una transfusión de sangre que se le realizó a una niña de tres años.	- Derecho a la Vida - Derecho a la Integridad personal - Derecho a la Educación	El Estado no cumplió adecuadamente su rol de supervisión y fiscalización frente a entidades privadas que prestan servicios de salud.	Reparación Integral.	<p>Proveer inmediata y permanentemente el tratamiento médico. Proveer educación primaria, superior y universitaria (gratuita) /Beca.</p> <p>Mecanismos de no repetición que incluyan:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional.</li> <li>- Valor económico por el daño material e inmaterial sufrido.</li> <li>- Valor económico al representante de la víctima por concepto de reintegro de costas y gastos.</li> <li>- Brindar tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a Talía.</li> <li>- Amplia a niños que tengan VIH.</li> <li>- Realizar programas de educación a los funcionarios sobre el VIH.</li> <li>- Entregar a la menor una vivienda digna.</li> <li>- Procesos de supervisión y fiscalización de Bancos de Sangre Públicos / Privados.</li> </ul>

Nota. Sistematización del autor a partir de los fallos sobre Responsabilidad del Estado, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Tabla 15**  
Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia en contra del Estado ecuatoriano- Caso N° 2

Caso	Fecha	Hechos	Derechos fundamentales vulnerados	Sentencia	Reparación	Factores de la Sentencia
Palacio Urrutia y Otros Vs. Ecuador	24 de noviembre de 2021	Se publicó el artículo "No a las mentiras", el cual constituyó un artículo de opinión que se refirió a un asunto de interés público. Autor del artículo sentenciado por el delito de "injurias calumniosas graves contra la autoridad".	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Derecho a la libertad de pensamiento y expresión</li> <li>- Derecho a la libertad personal</li> <li>- Derecho a la propiedad</li> <li>- Derecho de circulación y de residencia</li> <li>- Derecho al trabajo</li> </ul>	<p>El Estado violó varios derechos de los autores del artículo.</p> <p>Declara responsabilidad internacional Estado.</p>	Reparación Integral.	<p>Dejar sin efecto la sentencia condenatoria. Publicar el resumen oficial de la Sentencia.</p> <p><i>Garantías de no repetición:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Establecer vías alternativas al proceso penal para la protección del honor de los funcionarios públicos respecto de opiniones.</li> <li>- Implementar un plan de capacitación a funcionarios sobre derechos humanos y libertad de expresión.</li> <li>- Pagar daño material e inmaterial y reintegro de costas y gastos.</li> </ul>

Nota. Sistematización del autor a partir de los fallos sobre Responsabilidad del Estado, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Tabla 16**  
Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia en contra del Estado ecuatoriano- Caso N° 3

Caso	Fecha	Hechos	Derechos fundamentales vulnerados	Sentencia	Reparación	Factores de la Sentencia
Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador	5 de julio de 2006	Muerte de Laura Susana Albán Cornejo en un hospital privado, por negligencia médica.	- Derecho a la vida - Derecho a la integridad personal - Libertad de pensamiento y de expresión - Protección a la familia	Se concluye que el Estado no cumplió adecuadamente su rol de supervisión y fiscalización frente a entidades privadas que prestan servicios de salud.	Reparación Integral	- Esta Sentencia <i>per se</i> involucra reparación. - Difundir los derechos de los pacientes, utilizando los medios de comunicación adecuados y tomando en cuenta la legislación nacional e internacional. - Capacitar a los profesionales de la salud sobre la normativa que el Ecuador ha implementado en torno a los derechos de los pacientes y a la sanción por su incumplimiento. - Pagar a los padres (daño material e inmaterial).

Nota. Sistematización del autor a partir de los fallos sobre Responsabilidad del Estado, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Tabla 17**

Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia en contra del Estado ecuatoriano- Caso Nº 4

Caso	Fecha	Hechos	Derechos fundamentales vulnerados	Sentencia	Reparación	Factores de la Sentencia
Clavijo Tapia Vs Ecuador	5 de febrero de 2018	<p>Peticionaria detenida en Guayaquil sin orden de detención, con relación al operativo "plata" contra el tráfico de drogas.</p> <p>Fue trasladada hasta las oficinas de Interpol del Guayas, donde permaneció 15 días incomunicada y fue torturada en busca de que se declare culpable de participación en el hecho que se investigaba.</p> <p>Posteriormente, en Quito, se le inició un proceso penal sin que se señalara el motivo o razón de la detención.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Derecho a la Integridad Personal</li> <li>- Derecho a la Libertad Personal</li> <li>- Garantías Judiciales</li> <li>- Protección Judicial</li> </ul>	<p>El Estado violó los derechos, garantías y protección judiciales de la peticionaria por el tiempo de privación de la libertad sin condena.</p>	<p>Reparación Integral</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Indemnización compensatoria (el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral sufridos por la peticionaria).</li> <li>- Enjuiciamiento civil y penal a las personas que, en cumplimiento de sus funciones estatales, participaron en la violación alegada.</li> <li>- El Estado se reserva el Derecho de Repe-tición contra aquellas personas que resulten responsables de la violación a los derechos humanos mediante sentencia definitiva, firme, dictada por los tribunales del país.</li> </ul>

Nota. Sistematización del autor a partir de los fallos sobre Responsabilidad del Estado, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Tabla 18**  
Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia en contra del Estado ecuatoriano- Caso N° 5

Caso	Fecha	Hechos	Derechos fundamentales vulnerados	Sentencia	Reparación	Factores de la Sentencia
Suárez Rosero Vs. Ecuador	7 de marzo de 1998	<p>Detención por parte de la Policía Nacional, en operación "Cición," para el control del narcotráfico internacional.</p> <p>Violaciones al Debido Proceso. Restricción de las visitas familiares.</p> <p>- Se interpuso un recurso de Hábeas Corpus que fue rechazado. - Sentenciado a dos años de prisión y una multa.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- A la Integridad Personal</li> <li>- Derecho A la Libertad Personal</li> <li>- Derecho Tutela Judicial Efectiva</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El Estado violó los derechos y garantías vinculados a la tutela y protección judicial.</li> <li>- Privación de la libertad sin condena.</li> <li>- Protección de la honra y la dignidad y protección a la familia</li> </ul>	Reparación Integral	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Inejecutabilidad de la multa a la víctima.</li> <li>- Eliminación del nombre del Registro de Antecedentes Penales y del Registro del Consejo Nacional de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas.</li> <li>- Indemnización, costas procesales y gastos.</li> <li>- Supervisar el cumplimiento de la Sentencia de Reparaciones y Costas.</li> </ul>

Nota. Sistematización del autor a partir de los fallos sobre Responsabilidad del Estado, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Tabla 19**  
Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia en contra del Estado ecuatoriano- Caso N° 6

Caso	Fecha	Hechos	Derechos fundamentales vulnerados	Sentencia	Reparación	Factores de la Sentencia
Caso Garzón Guzmán Vs. Ecuador	5 de julio de 2006	Desaparición forzada cometida por agentes estatales en contra de personas identificadas como subversivas, pertenecientes a los grupos "Alfaro Vive Carajo" y "Montoneras Patria Libre".	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica</li> <li>- Derecho a la libertad personal</li> <li>- Derecho a la integridad personal</li> <li>- Derecho a la vida</li> <li>- Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial</li> </ul>	<p>El Estado es responsable por la desaparición forzada cometida por la Policía Nacional.</p> <p>César Gustavo Garzón Guzmán privado de libertad por agentes estatales.</p>	Reparación Integral	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pagar a los padres (<i>daño material e inmaterial</i>).</li> <li>- Imponer sanciones a los responsables de la desaparición.</li> <li>- Investigar de manera completa, imparcial y efectiva el paradero de César Gustavo Garzón Guzmán. Incluso, adoptar las medidas necesarias para entregar a sus familiares los restos mortales.</li> <li>- Implementar un programa adecuado de atención a los familiares</li> <li>- Esta Sentencia <i>per se</i> es de reparación.</li> <li>- Adoptar las medidas de no repetición para evitar que se produzcan hechos similares.</li> </ul>

Nota. Sistematización del autor a partir de los fallos sobre Responsabilidad del Estado, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Tabla 20**  
Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia en contra del Estado ecuatoriano- Caso N° 7

Caso	Fecha	Hechos	Derechos fundamentales vulnerados	Sentencia	Reparación	Factores de la Sentencia
Caso Vásquez Durand Vs. Ecuador	1 de septiembre de 2021	Desaparición forzada de Jorge Vásquez Durand, comerciante de artesanías de nacionalidad peruana. Detenido por agentes del Estado ecuatoriano al ingresar al país, el 30 de enero de 1995, durante la llamada "Guerra del Cenepa" entre Ecuador y Perú, después de lo cual, se desconoce su paradero.	- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica - Derecho a la libertad personal - Derecho a la integridad personal - Derecho a la vida - Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial	El Estado es responsable por la desaparición forzada de Jorge Vásquez Durand, violó sus derechos, garantías y protección judicial.  Omisión del Estado, no inició una investigación de oficio una vez que tuvo conocimiento de la desaparición forzada.	Reparación Integral	- Publicar Sentencia - Indemnización ( <i>daño material e inmaterial</i> ) - Sancionar a los responsables de la desaparición - Búsqueda del paradero de Jorge Vásquez Durand

Nota. Sistematización del autor a partir de los fallos sobre Responsabilidad del Estado, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Tabla 21**

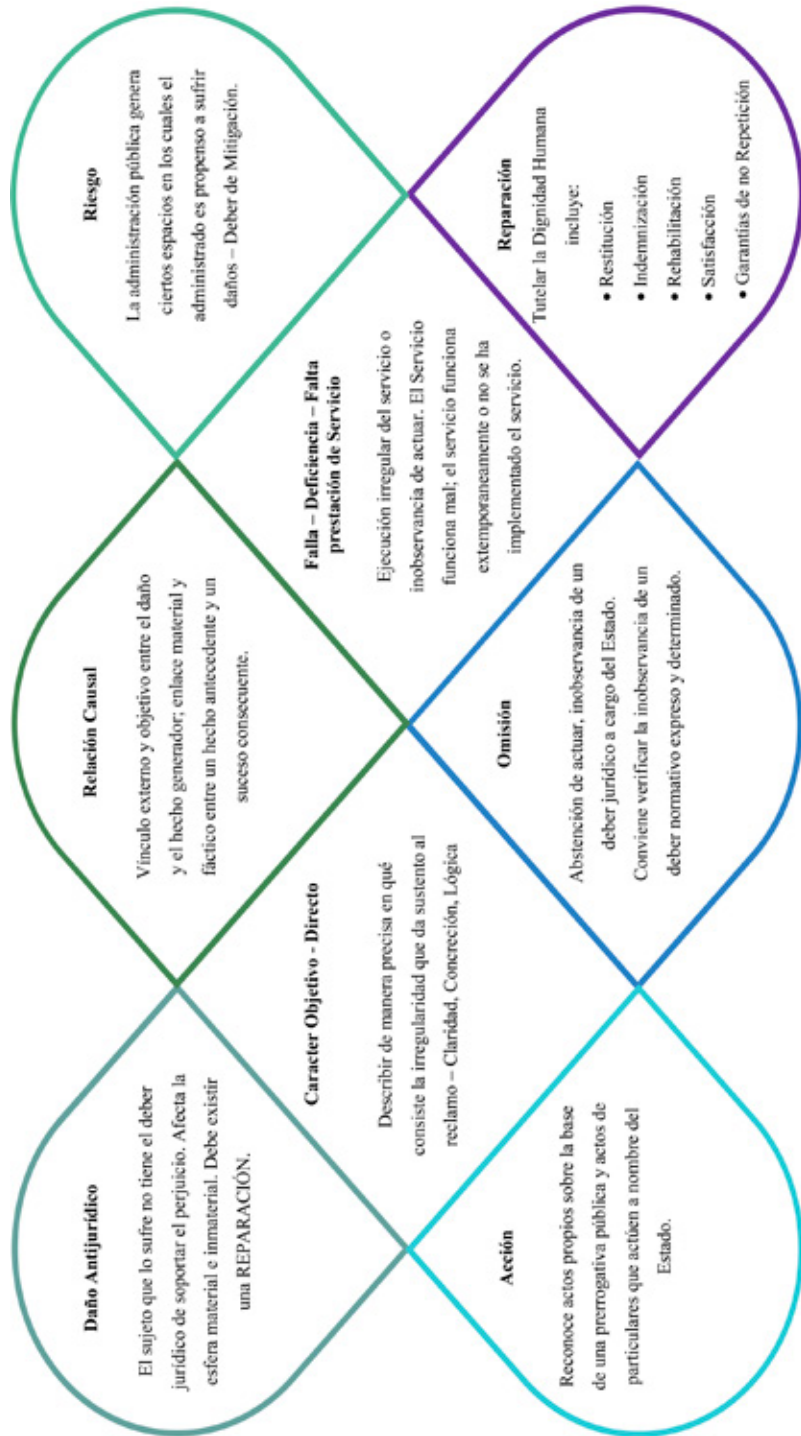
Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia en contra del Estado ecuatoriano- Caso N° 8

Caso	Fecha	Hechos	Derechos fundamentales vulnerados	Sentencia	Reparación	Factores de la Sentencia
Aroca Palma y Otros Vs. Ecuador	7 de marzo de 1998	Presunta detención ilegal y arbitraria; y la posterior ejecución extrajudicial de Joffre Antonio Aroca Palma, Impunidad de los hechos.	- Derecho a la vida - Derecho a libertad personal - Derechos a las garantías y protección judiciales - Derecho a la integridad personal	El Estado es responsable por la violación de los derechos a la vida, integridad personal, libertad personal, garantías judiciales y protección.	Reparación Integral	- Compensación por el daño material e inmaterial. - Medidas de satisfacción debidamente concertadas con los familiares. - Medidas de atención en salud física y mental para los familiares de Joffre Antonio Aroca Palma. - Investigación completa y efectiva de las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente informe. - Mecanismos de no repetición. - Capacitación para agentes policiales. - Medidas para asegurar la rendición de cuentas en el fuero penal, disciplinario o administrativo. - Medidas para fortalecer la capacidad investigativa, con la debida diligencia y de conformidad con los estándares internacionales. - Fortalecimiento de protocolos para uso de la fuerza.

Nota. Sistematización del autor a partir de los fallos sobre Responsabilidad del Estado, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



**Figura 1**  
Modelo de Responsabilidad Extracontractual e Integral del Estado



Nota. Sistematización del autor, con los elementos presentes en la normativa y en los diferentes fallos nacionales / internacionales que articulan el modelo integral de Responsabilidad Extracontractual del Estado en el sistema ecuatoriano.

## 5. Referencias

- Amenábar, M. P. (2018). *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2017). *Código Orgánico Administrativo*. Suplemento del Registro Oficial No. 31, 07 de julio 2017.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre 2008.
- Asamblea Nacional Francesa. (1789). *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-02/20190225\\_derechosdelhombre\\_1789\\_0.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-02/20190225_derechosdelhombre_1789_0.pdf)
- Becerra, R. (2005). *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Bielsa, R. (1957). *Derecho Administrativo*. Depalma.
- Calderón, J. (2013). La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. En *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer* (pp. 145-219). Biblioteca Jurídica UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/11.pdf>
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (1994). *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas S.A.
- Gigena, J. A. (1973). *Responsabilidad del Estado*. Astrea.
- Chevallier, J. (1974). *Los Grandes Textos Políticos. Desde Maquiavelo hasta nuestros días*. Aguilar.
- Cuetara, J. M. (1983). *La actividad de la Administración. Lecciones de Derecho Administrativo*. Tecnos.
- Delpiazzo, C. (2003). Responsabilidad de la Administración en Uruguay. *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, (10), 31.
- Delpiazzo, C. (2005). *Derecho Administrativo Uruguayo*. Porrúa.

- Doménech, P. (2010). *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo: Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*. La Ley.
- Depuis, G. (2004). *Droit Administratif*. Armand Colin.
- Duguit, L. (1926). *Las Transformaciones del Estado*, Francisco Beltrán. Librería Española y Extranjera.
- Duque, R. (1984). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Temis.
- Freire, E. L. (2003). *La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador, en Temas de Derecho Constitucional*. Ediciones Legales.
- Gordillo, A. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Fundación de Derecho Administrativo.
- Henao, J. C. (1998). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo, J. (1997). *La responsabilidad del Estado, el daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Temis.
- Mogrovejo-Jaramillo, D. (2009). La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008. *Revista de Derecho*, (12), 71-93. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2304/1/05-TC-Mogrovejo.pdf>
- Monk, I. H. (1996). *Historia del pensamiento político moderno*. Ariel Ciencia Política.
- Morales, J. L. (2007). *Responsabilidad del Estado por error judicial* (Segunda Ed.). Ediciones Doctrina y Ley.
- Nash-Rojas, C. (2009). *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (1988-2007). Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r15428.pdf>
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

- Organización de las Naciones Unidas. (2005). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>
- Pardo, E. (2013). *Lecciones de Derecho Administrativo: La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Marcial Pons.
- Parejo, L. (1998). *Manual de Derecho Administrativo*. Ariel.
- Pierre-Devolpé, G. V. (1992). *Droit Administratif*. PUF.
- Pinacho, J. S. (2019). *El derecho a la reparación del daño en el Sistema Interamericano*. Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Rousseau, C. (1956). *Teoría General de la Responsabilidad en Derecho Administrativo*. A. H. Ortiz, Ed.
- Saavedra, R. (2005). *La responsabilidad del Extracontractual de la Administración Pública* (Tercera Ed.). Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Sanmartino, P. (2012). Responsabilidad de los poderes públicos en el Estado constitucional social de derecho: características y nuevas precisiones sobre la “relación de causalidad”. *Revista de Derecho Público*, (2), 229-271. <http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=4331>
- Vedel, G. & Devolvé, P. (1992). *Droit Administratif*. PUF.
- Villacreses, J. (2022). Régimen de responsabilidad extracontractual del Estado por actividad administrativa. *Revista de Direito Económico e Socioambiental*, 13(3), 503-564. <https://doi.org/10.7213/revdireconsoc.v13i3.29977>
- Villanova, S. R. (1956). La Responsabilidad de la Administración Pública. *Revista de Administración Pública*, (19), 30.
- Waline, M. (1959). *Traité de Droit Administratif*. Sirey.
- Wolf, E. K. (1933). *Derecho de las Obligaciones*. Bosch.

# Sumario IV

## Los Derechos Humanos Emergentes: Una generación de derechos en construcción

1. Elementos Introdutorios.
2. La Construcción de los Derechos Humanos.
3. El Carácter Generacional de los Derechos Humanos.
4. Derechos Humanos de Primera Generación.
5. Derechos Humanos de Segunda Generación.
6. Derechos Humanos de Tercera Generación.
7. Derechos Humanos de Cuarta Generación.
8. La ductilidad del Derecho y el Reconocimiento de los “Derechos Humanos Emergentes”.
  - 8.1. Dimensiones de los Derechos Humanos Emergentes o del Siglo XXI.
9. Referencias.



## 1. Elementos Introdutorios

Los derechos humanos constituyen un avance fundamental en el pensamiento jurídico occidental. Desde sus bases históricas, la dignidad, la libertad, la solidaridad, la vida son pilares para la construcción de un Estado que tutele y promueva los derechos humanos. En este marco, el devenir de la sociedad está caracterizado por el desarrollo y transformación constante. La globalización ha permitido que se pueda hablar de una sociedad y de un derecho global. Este escenario generó que durante el transcurso histórico los individuos exijan el reconocimiento de nuevos derechos que potencien su personalidad y desplegar su dignidad. Así, las generaciones de derechos humanos se presentan como un aporte que sistematiza de forma histórica el pensamiento jurídico en materia de derechos humanos. Actualmente, la sociedad se decanta con nuevas exigencias, lo que da paso a hablar de derechos humanos de cuarta generación estrechamente vinculados con el mundo cibernético, aspecto que el Derecho no puede dejar de lado. Por otra parte, se plantea que los Derechos Humanos Emergentes, o del Siglo XXI, nacen debido a las nuevas exigencias de la sociedad para garantizar su vida digna en el marco de una sociedad profundamente globalizada.

Los derechos humanos reflejan y expresan diversos acontecimientos que marcaron la historia de la humanidad, claramente su reconocimiento ha moldeado el pensamiento jurídico y político de occidente. Desde su origen, los derechos humanos representan un conjunto de reivindicaciones y facultades reconocidas en un momento histórico a los individuos, para que activándolas puedan dar acceso a la tan ansiada dignidad. La estructura de los derechos humanos posee una característica que permite su constante transformación: la ductilidad; esto es lo que ha hecho posible un resurgimiento y reconocimiento de nuevas reivindicaciones que, desde luego, se encuentran en sintonía con las necesidades de la sociedad en un momento histórico determinado.

La constante transformación de los derechos humanos ha traído consigo que se pueda establecer con fines de sistematización, con un enfoque historicista, una organización generacional. Se pueden identificar cuatro generaciones, todas ellas marcadas por momentos determinantes en la vida de la humanidad. Sin embargo, las generaciones de derechos humanos constituyen un trabajo inacabado, su evolución es permanente. En efecto y como consecuencia de las exigencias sociales y ambientales actuales y urgentes, nace la noción de los *derechos humanos emergentes* (Cruz et al., 2018).

Los *derechos humanos emergentes* surgen como una idea innovadora que responde a la preocupación de la sociedad civil que expresa la necesidad de reivindicar una serie de derechos humanos, muchos de ellos tratados con indiferencia por parte de los órganos gubernamentales. Los derechos humanos emergentes plantean el reconocimiento de nuevos derechos, derechos ya contemplados y de-

rechos extendidos; derechos humanos en su enfoque dúctil permanente y constantemente.

## 2. La Construcción de los Derechos Humanos

El carácter mutable de los derechos humanos propició el reconocimiento de nuevas categorías jurídicas a lo largo de la historia. Ciertamente, este reconocimiento se encuentra en sintonía con las necesidades actuales, fruto del desarrollo social. Bajo este contexto, los derechos humanos guardan conexión con un modelo social caracterizado por la globalización, la tecnología y la degradación del medioambiente. Así, los derechos humanos guardan una estrecha relación con la dignidad de la persona, noción que se encuentran en la cúspide de la estructura normativa. La irrupción de los derechos humanos históricamente ha provocado una reconfiguración jurídica, política y social intensa. Como lo hace notar Gregorio Peces Barba (1979), los derechos humanos constituyen una facultad atribuida por la norma, destinada a la protección de la persona en cuanto a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social o a cualquier otro aspecto fundamental relacionado directamente con el desarrollo integral de la personalidad del individuo. En este sentido, es relevante sostener que los derechos humanos son *derechos naturales*; por lo tanto, requieren de la tutela y promoción del Estado como ente supremo que asegure su plena vigencia.

El reconocimiento de los derechos humanos refleja la incesante búsqueda de la sociedad por nuevos horizontes. Las ideas basadas en la ilustración del siglo XVIII encontraron el terreno fértil para generar una transformación tanto a nivel de Estado como jurídica. Ello significó que en el año de 1776, el proceso de organización política e independencia de las 13 colonias norteamericanas reconozcan la igualdad, la vida, la libertad y el deseo de bienestar de los hombres. Mientras que en 1789, la Revolución Francesa traería consigo un nuevo modelo de Estado construido sobre la base de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, texto que incorpora un amplio catálogo de *derechos naturales* necesarios para el desarrollo de la personalidad como la libertad, igualdad, la propiedad, la seguridad, entre otros (Galvis-Sánchez, 2007). En este marco de ideas, el nacimiento de los derechos humanos permitió que el individuo asuma un nuevo rol en la estructura del Estado, uno que condensa derechos y obligaciones.

El individuo como titular de derechos constituye el núcleo de los derechos humanos, respaldados y avalados por el pensamiento de la ilustración. Por consiguiente, los derechos humanos en tanto *derechos naturales* son inherentes a los individuos porque solo así estos son iguales por naturaleza, libres para activarlos y gozarlos y ligados a la tutela y promoción del Estado que lucha constantemente para pacificar el entorno social y desplegar su vigencia. En relación con este tema, Javier Pérez (2012) considera que las declaraciones de derechos son textos pre-



constitucionales, ya que reúnen la expresión de la naturaleza humana y no de la técnica. Por lo tanto, los derechos humanos institucionalizan los *derechos naturales* sobre la base del principio de la soberanía popular. Dentro de este orden de ideas, no basta que los derechos humanos sean únicamente enumerados en la Constitución para que estos adquieran relevancia y significación, sino que tienen y deben incorporarse de manera sistemática en todo el ordenamiento jurídico.

En función de lo planteado, Germán Bidart (1991) considera que la observación de la dimensión sociológica, que nace del derecho interno y de las exigencias sociales, anhela contenidos más favorables para garantizar el bienestar colectivo. Este enfoque debe estar presente para generar una lectura integral de los derechos humanos. En efecto, cuando los derechos humanos nacen desde una dimensión sociológica plena, favorecen el estatus de hombres que forman parte de un Estado; con ello, directamente son beneficiados con regulaciones que potencian su dignidad. Esta línea de pensamiento toma como eje de los derechos humanos la dignidad humana como un concepto que ha estado presente, inclusive en la tradición judeocristiana y grecolatina (Carpizo, 2011). La permanente transformación de los derechos humanos gira sobre la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Como lo hace notar Víctor Martínez (2013), los derechos humanos no son, sino la expresión jurídica de la dignidad de las personas.

El proceso de construcción de los derechos humanos estuvo caracterizado por la iniciativa de los Estados Nacionales, así como de individuos que exigían nuevos reconocimientos. La primera iniciativa para lograr el desarrollo de los derechos humanos en la esfera internacional nace a partir de los efectos de la I Guerra Mundial y la naciente Sociedad de Naciones; la segunda, se ubica luego de la II Guerra Mundial, momento en el cual se conocieron los crímenes de Guerra que dejaron de ser un problema interno de los Estados, para ser un problema de toda la humanidad (Bailón, 2009). En efecto, este acontecimiento sentaría las bases para la suscripción de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, las cuales darían paso a un enfoque internacional de los Derechos Humanos.

En este contexto, la Carta de las Naciones Unidas de 1945 marcó un punto de inflexión para sentar las bases necesarias para promocionar la importancia de los derechos humanos en un contexto internacional; sin embargo, el carácter enunciativo y general traería consigo la necesidad de crear la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que nace del seno del Consejo Económico y Social de 1946. A pesar de que la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU) de 1948 nació como un aporte significativo para garantizar la protección del individuo, no posee la estructura propia de un tratado internacional, es y ha sido la costumbre y sobre todo su valor moral y político le ha generado una especie de obligatoriedad.

La filosofía de los derechos humanos toma partido de la libertad, de la dignidad del hombre y del reconocimiento de sus derechos por medio de la democracia, para garantizar su inserción en el Estado (Lowenstein, 1964). Precisamente, la construcción normativa en el marco de los modelos democráticos contemporáneos nace desde de la tutela y promoción de los derechos humanos. Visto de esta forma, los derechos humanos no pueden ser sometidos a las estructuras normativas que derivan de los diferentes órganos o poderes públicos que posee el Estado; hacerlo significaría situarnos en un modelo que restrinja su plena aplicación y desarrollo (Bockenforde, 1993). Se plantea entonces que los modelos democráticos que toman como punto de partida para su articulación y su desarrollo la tutela y promoción de los derechos humanos, asuman el reto de planificar y construir sistemas jurídicos integrales con un enfoque de derechos humanos.

### **3. El Carácter Generacional de los Derechos Humanos**

El período de la ilustración contribuyó con el nacimiento de un movimiento político, jurídico y cultural que profundizó la importancia de la tutela y promoción de los derechos humanos. Desde una perspectiva sistémica, la construcción democrática, a decir de César Landa (2002), parte desde la construcción de los derechos humanos que informan y moldean el sistema jurídico y social en el que serán aplicados. Por lo tanto, la función de este tipo de derechos consiste en mantener el equilibrio de la sociedad. Se trata de legitimar un sistema democrático, a partir de la reivindicación de los derechos humanos.

De esta manera, los sistemas democráticos contemporáneos necesitan de un sistema institucional levantado sobre una Constitución escrita que responda a las nuevas líneas de protección y promoción de derechos humanos. Como afirma Bobbio (1991), los derechos humanos se presentan como una señal de progreso de la humanidad, la cual traza un camino para garantizar la paz y la libertad; precisamente, este tipo de derechos poseen características históricas, morales y jurídico institucionales.

En la constante expansión de derechos humanos, Karel Vasak, en el año de 1979, plantearía una metodología para sistematizar los derechos conforme su contenido normativo, evolución histórica y su progresividad. Así nacieron las generaciones de derechos humanos. Tanto Vasak como el propio Bobbio (2002) plantearía la existencia de dos generaciones de derechos humanos ligadas al poder y presentes para impedir excesos u obtener beneficios: la primera generación, en el pensamiento de Bobbio, agrupa derechos que se encargan de los fueros individuales, civiles y políticos; la segunda generación se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales. En cuanto a los derechos de tercera o cuarta generación, Bobbio propone que es posible encontrar cierto tipo de derechos que nacen de la proliferación de las demandas de nuevos reconocimientos y protecciones,

que en el pasado no habrían podido ser ni imaginados. Como lo hace notar Francisco Laporta (1987), la construcción de un sistema de derechos humanos basados en la categorización generacional se trata de nuevos derechos o de nuevas generaciones de derechos; existen nuevas respuestas y exigencias morales ante nuevas interrogantes.

De esta manera, es la sociedad globalizada la que exige la expansión hacia nuevos derechos. Según Antonio Pérez Luño (1991), el reconocimiento paulatino de nuevos derechos humanos evidencia la necesidad de completar el catálogo de derechos y libertades sociales. Es por ello que la sistematización de los derechos humanos en categorías generacionales es usada por la doctrina internacional para conocer las nuevas exigencias y avances sociales, para así informar directamente los ordenamientos jurídicos constitucionales de los Estados.

#### **4. Derechos Humanos de Primera Generación**

Son considerados como aquellos que fueron reconocidos con el nacimiento del Estado liberal, se refieren principalmente a los derechos civiles y políticos como el derecho a la vida, el derecho a la integridad y el derecho a la libertad que atañe directamente en la tutela de la esfera privada. Esta generación de derechos surge específicamente con la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de la Revolución Francesa de 1789 y con el *Bill of Rights* o Carta de los derechos de los Estados Unidos de 1791.

Los derechos de primera generación son los más antiguos en cuanto a su desarrollo normativo, precisamente porque reflejan un conjunto de reivindicaciones y exigencias de la sociedad del siglo XVIII; por lo tanto, son derechos que limitan la intervención del poder público en la vida de los individuos (Sánchez-Ferriz, 2004). Los derechos humanos de primera generación originaron una estructura jurídica que impone al Estado su respeto y protección. El límite de esta generación de derechos es excepcional y debe obedecer a una especial regulación prevista en las constituciones de cada Estado y a la protección del interés general. Al ser un conjunto de derechos que nacen del proceso de la ilustración, el eje sobre el cual se construyen este tipo de derechos es la *libertad*.

**Tabla 22**  
Derechos Humanos de Primera Generación

Generación	Núcleo de protección	Derechos	Tipología
Primera	<p>Limitar la acción del poder.</p> <p>Garantizar la participación política de los ciudadanos.</p>	Civiles - Políticos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derechos y libertades fundamentales sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica.</li> <li>• Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica.</li> <li>• Hombres y las mujeres poseen igualdad de derechos.</li> <li>• Nadie estará sometido a esclavitud o servidumbre.</li> <li>• Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el daño físico, psíquico o moral se encuentran proscritos.</li> <li>• Nadie puede ser molestado arbitrariamente en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni con ataques a su honra o su reputación.</li> <li>• Derecho a la libre circulación y a elegir su residencia.</li> <li>• Derecho a una nacionalidad.</li> <li>• Derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país.</li> <li>• Hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y decidir el número de hijos que desean.</li> <li>• Derecho a la libertad de pensamiento y de religión.</li> <li>• Derecho a la libertad de opinión y de expresión de ideas.</li> <li>• Derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.</li> <li>• Derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.</li> <li>• Igualdad ante la ley.</li> <li>• Derecho al juicio de amparo.</li> <li>• Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.</li> <li>• Derecho a ser escuchado y tratado con justicia por un tribunal imparcial.</li> <li>• Presunción de inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.</li> <li>• Derecho a participar en los órganos gubernamentales.</li> <li>• Derecho a ocupar un puesto público.</li> <li>• La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas.</li> </ul>

Nota. Sistematización del autor a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración Universal de Derechos Humanos Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## 5. Derechos Humanos de Segunda Generación

Esta generación de derechos humanos nace y se ponen de manifiesto como resultado de las luchas sociales, económicas y políticas que arrojó el proceso de transformación conocido como Revolución Industrial, a partir del siglo XIX (Gómez, 2014). Este proceso puso en evidencia las extremas condiciones de vida de los trabajadores y el decadente sistema económico que privilegiaba la sola acumulación de capital sobre el respeto de los estándares mínimos de dignidad, la libertad y la igualdad de los individuos.

Esta especie de derechos comprende aquellos que tienen una vocación social y procuran mejorar las condiciones de vida de los individuos. Los derechos humanos de segunda generación son conocidos como económicos, sociales y culturales (DESC); en este sentido, el Estado debe garantizar y satisfacer dichos derechos mediante la institucionalización de un efectivo sistema prestacional de servicios públicos. Otra de las características de esta clase de derecho se refiere a la titularidad, la cual es ejercida por la comunidad. En este orden de ideas, los derechos humanos de segunda generación matizaron el modelo de Estado para transformarlo en un Estado Social de Derecho y de un sistema jurídico que parte del constitucionalismo social. Este escenario exige que los derechos económicos, sociales y culturales sean accesibles, disfrutables, tutelados y promocionados. Así, el Estado participa activamente en la construcción de diversas acciones y estrategias que buscan la implementación de diversos programas y planes para que los ciudadanos puedan gozar de manera efectiva de este tipo de derechos. Ciertamente, la aplicación práctica de los derechos humanos de segunda generación, en los ordenamientos jurídicos constitucionales requirió de un sistema procesal que permita el planteamiento de reclamaciones de los ciudadanos cuando el Estado incumple su deber de hacer efectivos los derechos llamados a mejorar las condiciones de vida de las personas.

**Tabla 23**  
Derechos Humanos de Segunda Generación

Generación	Núcleo de protección	Derechos	Tipología
Segunda	Garantizar unas condiciones de vida dignas para todos	Económicos, Sociales y Culturales	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a la seguridad social.</li> <li>• Derecho a formar sindicatos.</li> <li>• Derecho a un nivel digno de vida.</li> <li>• Derecho a la salud física y mental.</li> <li>• Derecho a cuidados y asistencia a la maternidad y a la infancia.</li> <li>• Derecho a la educación.</li> <li>• Obligación y gratuidad de la educación primaria y secundaria.</li> <li>• Derecho a la seguridad pública.</li> <li>• Derecho de los padres a escoger el tipo de educación que deba darse a sus hijos.</li> </ul>

*Nota.* Sistematización del autor a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración Universal de Derechos Humanos Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## 6. Derechos Humanos de Tercera Generación

El sistema de derechos humanos refleja un todo universal e indivisible que genera un modelo marco para que los Estados adapten sus ordenamientos jurídicos a tono con las nuevas tendencias de protección del individuo. En este contexto, el estudio de los derechos humanos debe partir desde una sociedad claramente globalizada y con un incesante desarrollo tecnológico. Las nuevas condiciones y el avance de la sociedad traen consigo que los derechos humanos activen su característica principal: la adaptabilidad. Los derechos humanos de tercera generación toman impulso en la segunda mitad del siglo XX, precisamente como consecuencia de la creciente participación de diversos conglomerados sociales, quienes en sus agendas plantearon la reivindicación de derechos (Villán-Durán, 2009). Estos conglomerados sociales se encuentran conformados por diferentes colectivos que históricamente fueron discriminados por diversos factores, por ejemplo, por su género, su procedencia étnica, religión o edad.

El desequilibrio social, por el acceso inequitativo a los bienes y servicios, generó en las últimas décadas que el proceso de globalización impulse y presione a los Estados a reconocer los derechos que fortalecen la diversidad cultural, la protección y calidad del medioambiente, la importancia de la educación, la salud e inclusive el papel fundamental que genera el patrimonio cultural en el acervo histórico de una sociedad.

En la tercera generación de derechos, como lo expresa Gaspar Escalona (2004), existe una especial atención en el carácter supranacional; se puede hablar del derecho de la paz, el derecho a escoger modelos de desarrollo sostenible que supongan la protección y promoción de la biodiversidad, la sostenibilidad y preservación del medioambiente, el consumo responsable y el patrimonio cultural de la humanidad. Las nuevas condiciones que moldean la tercera generación de derechos humanos tienen como eje la solidaridad humana. En este enfoque, la solidaridad –como valor y eje transversal de los derechos humanos– complementa a la libertad y a la igualdad (Chacón, 2007). Es por ello que el elemento característico de los derechos de tercera generación (complementando a la primera y segunda generación de derechos) es que el individuo que activa y se beneficia de esta clase de derechos, ya no es uno, sino que son grupos o colectivos ciudadanos. En la opinión de Gamboa-Bernal (2012), la tercera generación de derechos intenta un reconocimiento para los derechos de los pueblos colectivos y del medioambiente, soportados por la solidaridad.

Cabe recalcar que esta generación de derechos trabaja y se desarrolla sobre la base de las garantías humanas en su conjunto; por lo tanto, posee un enfoque y alcance global. En efecto, el Estado y su estructura democrática asumen un rol dinámico que, para concretar este tipo de derechos, activarán políticas públicas e institucionalizarán sistemas prestacionales de servicios públicos que potencien

el bienestar colectivo, incluido el ambiente. De hecho, para lograr promocionar los derechos humanos de tercera generación, el modelo de Estado ha tenido que ser modulado hacia el denominado Estado de Bienestar, sustentado en la solidaridad. Un sistema que se construye sobre la base de la solidaridad reconoce a los individuos como integrantes de una comunidad, con conciencia e identidad colectiva.



**Tabla 24**  
Derechos Humanos de Tercera Generación

Generación	Núcleo de protección	Derechos	Tipología
Tercera	Promover relaciones pacíficas y constructivas	Derechos de solidaridad humana	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a la autodeterminación.</li> <li>• Derecho a la independencia económica y política.</li> <li>• Derecho a la identidad nacional y cultural.</li> <li>• Derecho a la paz.</li> <li>• Derecho a la coexistencia pacífica.</li> <li>• Derecho al entendimiento y confianza.</li> <li>• Derecho a la cooperación internacional y regional.</li> <li>• Derecho al desarrollo.</li> <li>• Derecho a la justicia social internacional.</li> <li>• Derecho al uso de los avances de las ciencias y la tecnología.</li> <li>• Derecho a la solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos, ecológicos.</li> <li>• Derecho al medioambiente.</li> <li>• Derecho al patrimonio común de la humanidad.</li> <li>• Derecho al desarrollo que permita una vida digna.</li> </ul>

*Nota.* Sistematización del autor a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración Universal de Derechos Humanos Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## 7. Derechos Humanos de Cuarta Generación

La reflexión que nos trae la evolución de los derechos humanos debe estar acompañada de un carácter transformador de la sociedad. Con buen criterio, Pérez Luño (2011) sostiene que los derechos humanos constituyen la consecuencia de un proceso inacabado y en permanente transformación; el estudio actual de los derechos humanos no puede omitir el contexto de un mundo interdependiente y de una sociedad interconectada. Así, los nuevos escenarios y problemáticas que surgen a raíz de los innumerables avances científicos y tecnológicos dan cuenta de que la sociedad necesita repensar los derechos humanos, para que estos incorporen –en su estructura– un nuevo enfoque a tono con las exigencias de una sociedad “*virtualizada*”. A juicio de Moisés Bailón (2009), los derechos humanos de cuarta generación expresan nuevas reivindicaciones de los ciudadanos como consecuencia de las transformaciones tecnológicas, nuevos conocimientos científicos y su aplicación a los diversos campos de la vida del ser humano.

Bajo esta perspectiva, la construcción de una cuarta generación de derechos se encuentra vinculada íntimamente con el entorno digital y virtual. Como afirma Pérez Luño (2011), el *Ciberespacio* está configurado de una gran anarquía, donde los cibernautas particulares no son precisamente los grandes favorecidos, sino las multinacionales e inclusive los sistemas informáticos de control social del Estado. Este entorno no regulado ha propiciado la utilización, abusiva o criminal del espacio virtual. Por lo tanto, el Derecho debe generar un orden jurídico que tutele a los ciudadanos.

Uno de los componentes más importantes de los derechos humanos de cuarta generación es su afán *digitalizador*, es decir, los derechos humanos tradicionales son matizados y readaptados por las características del mundo digital. Así, las características de esta clase de derechos humanos apuntan a: 1) la exposición y difusión de información del ser humano como consecuencia de la excesiva interconexión de datos; esta característica se construye sobre el principio *in dubio pro informatione* (Riofrío-Martínez, 2014); 2) Ausencia de límites: los entornos cibernéticos y la basta información que circula por la red trasciende toda forma de frontera. Esta apreciación trastoca la clásica visión jurídica, según la cual, la vigencia de la ley posee un ámbito espacial donde se generan diversas situaciones jurídicas sobre los ciudadanos, mientras que los entornos virtuales carecen de un espacio físico que los limite. Esta amplitud con la que actúa el espacio virtual exige un sistema jurídico global, los Estados de forma individual carecen de prerrogativas para dar respuesta a todas las circunstancias que plantea la red (Bustamante, 2007). Es necesario pensar en los problemas *ius cibernéticos* de forma global; 3) La libertad digital, una característica que ha permitido que los individuos interactúen con el mundo, en cierta medida, propició la divulgación del conocimiento; sin embargo, paradójicamente, la libertad digital conlleva la difusión de información que carece de bases científicas, la proliferación de actos delictivos que fomentan el odio o la

intolerancia religiosa, por razones de orientación sexual y mucho más.

Sin duda, el entorno cibernético ha generado un nuevo horizonte en materia de derechos humanos. La maximización de la libertad es evidente. Ciertamente, el debate jurídico sobre la materia debe transitar por readaptar los principios que componen los derechos humanos de cuarta generación. Es la dignidad humana, el eje sobre el cual esta categoría de derechos debe generar una aproximación metodológica desde el enfoque cibernético. En efecto, los principios que moldean los derechos humanos de cuarta generación son sintetizados en *pro homine*, *pro libertate*, *buena fe digital*. Precisamente, estos principios informan a los derechos humanos, considerados de la vieja guardia, para readaptarlos a un entorno cibernético (Riofrío-Martínez, 2014).

**Tabla 25**  
Derechos Humanos de Cuarta Generación

Generación	Núcleo de protección	Derechos	Tipología
Cuarta	Expansión de una ciudadanía digital	Derechos al libre acceso, uso de información y conocimiento	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a existir digitalmente.</li> <li>• Derecho a la reputación digital.</li> <li>• La estima digital.</li> <li>• La libertad y responsabilidad digital,</li> <li>• La privacidad virtual, derecho al olvido y derecho al anonimato.</li> <li>• Derecho al big-reply.</li> <li>• Derecho al domicilio digital.</li> <li>• Derecho a la técnica, al update, al parche.</li> <li>• Derecho a la paz cibernética y a la seguridad informática.</li> <li>• Derecho al testamento digital.</li> </ul>

Nota. Sistematización del autor a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración Universal de Derechos Humanos Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## 8. La ductilidad del Derecho y el Reconocimiento de los “Derechos Humanos Emergentes”

El abordaje del Derecho durante las últimas décadas ha presentado numerosos cambios de paradigma. La transformación jurídica permanente ha propiciado que el Derecho pueda ser considerado dúctil y asegurar que su despliegue pueda satisfacer las nuevas exigencias sociales. Uno de los escenarios en donde la ductilidad aporta significativamente es en el campo de los derechos humanos. La reivindicación de los derechos humanos, como eje fundamental para la construcción del Estado, permite que permanentemente el sistema jurídico nacional pueda ser adaptado. En efecto, la reconstrucción y reemplazo del sistema jurídico tradicional, por un sistema jurídico con una óptica amplia del sistema de derechos humanos, propicia un entorno jurídico dúctil. La ductilidad del Derecho toma a la interpretación, la axiología, la deontológica, el sistema de fuentes, la ideología y, desde luego, la manera según la cual la democracia se inserta en la sociedad como ejes para armonizar un sistema jurídico. Gustavo Zagrebelsky (1995) reflexiona sobre la importancia de la ductilidad del Derecho y el papel complementario que aporta la moral. La moral, en este contexto, ha permitido transformar la visión de los juristas y reivindicar una dinámica en la cual los operadores de justicia deben utilizar nuevos métodos de análisis, de interpretación y de aplicación de los derechos humanos.

Este escenario invita al replanteo de perspectivas tradicionales, sobre todo en lo que se refiere a los *derechos humanos emergentes*, que responden a la preocupación de una parte de la sociedad civil que expresa la necesidad de que el catálogo de derechos humanos sea ampliado y complementado a las nuevas necesidades que exige la sociedad contemporánea. El carácter “emergente” de los derechos está recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, aprobado en la Conferencia de Monterrey, en el año 2007, en el marco del Foro Mundial de las Culturas, como una respuesta a la insuficiencia del sistema de garantías tanto nacionales como supranacionales y a la propia debilidad de los sistemas democráticos estatales, fruto del impacto e influencia de la globalización en los diferentes escenarios sociales (Díaz, 2017). El carácter emergente, como le expresa Gloria Ramírez (2007), da cuenta de que existen nuevas categorías de derechos humanos que responden a nuevas circunstancias históricas que conducen a un redescubrimiento, reconocimiento, desarrollo y potenciación de estos; no quiere decir simplemente que estemos frente a un mero reconocimiento contingente.

En función de lo planteado, la Declaración Universal de Derechos Emergentes posee una estructura que divide su contenido en dos partes. La primera, que detalla los valores y principios que inspiran dicha Declaración, tal como la igualdad, la dignidad humana, inclusión social, entre otros. Y la segunda parte, que

incorpora un catálogo de derechos que se encuentran divididos conforme los tipos de democracia reconocidos. En este orden de ideas, la mencionada Declaración es un instrumento que trata de formular derechos que pueden ser realizables y necesarios en una sociedad globalizada.

La participación ciudadana y las nuevas necesidades sociales derivadas del proceso de globalización justifican la noción de los derechos humanos emergentes (Pareja y Guillén, 2006). Bajo este contexto, la noción *emergente* trata de reflejar nuevos requerimientos que nacen de los movimientos sociales; estos son los que plasman los derechos humanos que tienden a desatar cambios culturales tanto en la vida social como en el horizonte jurídico (Camacho, 2016). El carácter dinámico de los derechos del siglo XXI, como se los denomina, da cuenta de las reivindicaciones legítimas en virtud de las necesidades o las preocupaciones que nacen de la sociedad actual. Por consiguiente, el elemento articulador lo constituye la democracia, de ahí la importancia de la visión sustancial, participativa, deliberativa e igualitaria.

### **8.1. Dimensiones de los Derechos Humanos Emergentes o del Siglo XXI**

En el marco de un entorno plagado de diversidad cultural, la dignidad humana nuevamente se encuentra en el centro de la discusión. Ciertamente, la dignidad humana proyecta la importancia y el respeto hacia los mínimos imprescindibles para garantizar un entorno de vida basado en la satisfacción de necesidades básicas. La dignidad humana carece de un concepto unitario y estático, sin embargo, de manera general, la dignidad humana delimita los estándares para acceder al disfrute de ciertas condiciones materiales, morales y patrimoniales que potencien el desarrollo del individuo.

Visto de esta forma, la dignidad humana influye en las dimensiones de los derechos humanos emergentes para garantizar una ductilidad conceptual consecuente con el avance social. Bajo esta perspectiva, *los derechos humanos emergentes* adoptan tres dimensiones: 1) Derechos nuevos que concentran nuevas categorías de derechos, carecen de precedentes y de vínculos con derechos que ya se encuentran reconocidos. En este grupo se encuentra el derecho a la renta básica, el derecho a la muerte digna, aquellos derechos relacionados con la orientación sexual y el derecho a migrar; 2) Derechos ya contemplados que sufren un proceso de transformación, adaptación y desarrollo debido a la sociedad globalizada. Estos derechos se encuentran sumergidos, pero por su importancia, es necesario redescubrirlos para potenciar el desarrollo de la sociedad. Los derechos ya contemplados poseen dos niveles: el primero comprende aquellos que gozan de nuevas interpretaciones, como el derecho a la salud, la asistencia sanitaria y los medicamentos, los cuales buscan promocionar de forma integral la salud del individuo. El segundo nivel se refiere a los derechos con una ampliación de contenidos, como

el derecho a la tutela de todas las manifestaciones de comunidad familiar que evita la aplicación restrictiva de un derecho; 3) Derechos extendidos hacia sectores sociales que históricamente no han podido disfrutar a plenitud, como en el caso del derecho al matrimonio del colectivo homosexual.

En este contexto, el enfoque que plantea la Carta de Derechos Humanos Emergentes permite agrupar a todos los derechos bajo un mismo nivel, no existe división entre derechos individuales, colectivos, económicos, sociales y culturales. En efecto, los derechos humanos emergentes identifican la presencia de nuevos actores y nuevas realidades. Actualmente, la Carta de Derechos Humanos Emergentes no es un documento jurídicamente vinculante, sin embargo, su valor moral evidencia que la sociedad global exige una nueva fórmula para garantizar la igualdad, la solidaridad y la dignidad del individuo, rescatando la identidad, las culturas, los saberes y las formas con las que el ser humano se vincula con la naturaleza.

**Tabla 26**  
Estructura de la Carta de Derechos Humanos Emergentes 2004

Núcleo de protección	Derechos	Tipología
Democracia Igualitaria	Derecho a la existencia en condiciones dignas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho seguridad vital.</li> <li>• Derecho a la integridad personal.</li> <li>• Derecho a la renta básica o ingreso ciudadano universal.</li> <li>• Derecho trabajo.</li> <li>• Derecho a la salud, a la asistencia sanitaria y a los medicamentos.</li> <li>• Derecho a la educación, al saber y al conocimiento, a la formación continuada e inclusiva y a la erradicación del analfabetismo.</li> <li>• Derecho a la muerte digna.</li> </ul>
	Derecho a la paz	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho objeción conciencia.</li> </ul>
	Derecho a habitar el planeta y al medioambiente	
Democracia Plural	Derecho a la igualdad de derechos plena y efectiva	
	Derecho identidad individual, colectiva y diversidad cultural	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a la interculturalidad.</li> <li>• Derecho individual a la libertad cultural.</li> <li>• Derecho al reconocimiento y protección de la identidad cultural común.</li> <li>• Derecho al honor y la propia imagen de los grupos humanos.</li> <li>• Derecho de pueblos indígenas, afrodescendientes, las minorías y las personas que las integran.</li> <li>• Derecho a la libertad de conciencia y religión.</li> <li>• Derecho a la información.</li> <li>• Derecho a la comunicación.</li> <li>• Derecho a la protección de datos personales.</li> </ul>



<p>Democracia Paritaria</p>	<p>Derecho a la Paridad</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a la igualdad.</li> <li>• Derecho a la autodeterminación personal y la diversidad y autonomía sexual.</li> <li>• Derecho a la elección de los vínculos personales.</li> <li>• Derecho a la tutela de todas las manifestaciones de comunidad familiar.</li> <li>• Derecho a la salud reproductiva.</li> <li>• Derecho a la representación paritaria.</li> </ul>
<p>Democracia Participativa</p>	<p>Derecho a la Participación</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a la ciudad.</li> <li>• Derecho a la movilidad universal.</li> <li>• Derecho universal al sufragio activo y pasivo.</li> <li>• Derecho a ser consultado.</li> <li>• Derecho a la participación.</li> <li>• Derecho a la vivienda y a la residencia.</li> <li>• Derecho al espacio público, a la monumentalidad y a la belleza urbanística.</li> <li>• Derecho a la movilidad local y a la accesibilidad.</li> <li>• Derecho a la conversión de la ciudad marginal en ciudad de ciudadanía.</li> <li>• Derecho al gobierno metropolitano o plurimunicipal.</li> </ul>
<p>Democracia Solidaria</p>	<p>Derecho a la Solidaridad</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a la ciencia, tecnología y el saber científico.</li> <li>• Derecho a participar en el disfrute del bien común universal.</li> <li>• Derecho al desarrollo.</li> </ul>
<p>Democracia Garantista</p>	<p>Derecho a la Democracia Garantista</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a la justicia internacional y a la protección colectiva de la comunidad internacional.</li> <li>• Derecho y el deber de erradicar el hambre y la pobreza extrema.</li> <li>• Derecho a la democracia y a la cultura democrática.</li> <li>• Derecho a la verdad y a la justicia.</li> <li>• Derecho a la resistencia.</li> <li>• Derecho y el deber de respetar los derechos humanos.</li> <li>• Derecho a un sistema internacional justo.</li> <li>• Derecho a la democracia global.</li> </ul>

Nota. Sistematización del autor a partir de la Carta de Derechos Humanos Emergentes 2004.

## 9. Referencias

- Asamblea Nacional Francesa. (1789). *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-02/20190225\\_derechosdelhombre\\_1789\\_0.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-02/20190225_derechosdelhombre_1789_0.pdf)
- Bailón, M. (2009). Derechos Humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales. *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, (12), 103-128. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-cndh/article/view/5683/5020>
- Bidart, G. (1991). *Teoría General de los Derechos Humanos*. Astrea.
- Bockenforde, E. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft.
- Bobbio, N. (1991). *El Tiempo de los Derechos*. Editorial Sistema.
- Bustamante, J. (2007). Los nuevos derechos humanos: gobierno electrónico e informática comunitaria. *Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, 4(2), 13-27. [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1690-75152007000200002](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1690-75152007000200002)
- Camacho, D. (2016). El concepto de derechos humanos. El dilema del carácter de los derechos humanos. *Revista de Ciencias Sociales*, 2(152). <https://www.redalyc.org/journal/153/15348419001/html/#:~:text=EL%20CONCEPTO%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS,CAR%3%81CTER%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS&text=Explorar%20el%20car%3%A1cter%20de%20los,un%20proceso%20de%20construcci%C3%B3n%20cultural>.
- Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: Naturaleza, Denominación y Características, *Cuestiones Constitucionales*, (25), 3-29. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932011000200001](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200001)
- Chacón, A. (2007). *Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Indicadores y Justicia-bilidad*. Universidad de Deusto. <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho43.pdf>
- Cruz, K., Caballero, S. y Torres, D. (2018). Derechos Humanos Emergentes: ¿Nuevos Derechos? *ADVOCATUS*, 15(30), 125-131. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.30.5050>

- Díaz, S. (2017). Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, una lectura orientada desde el sujeto. *Revista digital de Historia de la Educación*. <https://dhpedia.wikispaces.com/file/view/Declaraci%C3%B3n+universal+de+derechos+humanos+emergentes.pdf123>
- Escalona, G. (2004). La Naturaleza de los Derechos Humanos. En Y. Gómez y R. Pérez (Coords.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Pareja, E. y Guillén, A. (2006). La carta de derechos humanos emergentes: Una respuesta de la sociedad civil a los retos del siglo XXI. En *Serie Carta de los Derechos Humanos Emergentes* (pp. 4-34). Institut de Drets Humans de Catalunya. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26016.pdf>
- Galvis-Sánchez, C. (2007). La construcción Histórica de los Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 8(13), 54-65. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127012923005>
- Gamboa-Bernal, G. (2012) Nuevos derechos humanos: ni derechos, ni humanos. Viejos deberes: culpables olvidos. *Persona y Bioética*, 16(2), 81-86.
- Gómez, C. (2014). Los derechos humanos en la historia: luchas, contradicciones, metas alcanzadas y retos. *Historia y grafía*, (42), 219-228. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-09272014000100009](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-09272014000100009)
- Landa, C. (2002). Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Cuestiones Constitucionales*, (6), 17-48. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/13662a.pdf>
- Laporta, F. (1987). Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero. *Doxa*, (04), 71-77.
- Lowenstein, K. (1964). *Teoría de la Constitución*. Ariel.
- Martínez, V. (2013). Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(136), 39-67. [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332013000100002](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000100002)
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III)*. [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III))
- Peces-Barba, G. (1979). *Derechos Fundamentales*. Editorial Latina Universitaria.
- Pérez, J. (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons.

- Pérez-Luño, A. (1991). Las Generaciones de Derechos Humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (10), 203-217. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1050933>
- Pérez-Luño, A. (2011). Internet y los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*. *Nueva Época*, (12), 287-330.
- Ramírez, G. (2007). El Cómo y el Porqué de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes. *Derechos Humanos y Justicia. Colección, Diálogos del Fórum Universal de las Culturas Monterrey*, 1-7. [https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/04\\_Docentes\\_UdeO\\_ubicar\\_el\\_de\\_alumnos/Contenidos/Lecturas%20obligatorias/M.5\\_cont\\_5\\_Gloria\\_Ramirez.pdf](https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/04_Docentes_UdeO_ubicar_el_de_alumnos/Contenidos/Lecturas%20obligatorias/M.5_cont_5_Gloria_Ramirez.pdf)
- Riofrío-Martínez, J. C. (2014). La cuarta ola de derechos humanos: Los Derechos Digitales. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 25(1), 15-45. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2515038](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515038)
- Sánchez-Ferriz, R. (2004). Generaciones de derechos y evolución del Estado (la evolución histórico-ideológica de las declaraciones de derechos: algún apunte discrepante sobre la teoría de las diversas “generaciones” de derechos). En Y. Gómez y R. Pérez (Coords.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos* (pp. 207-228). Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Vasak, K. (1979). Les droits de l’homme de la troisième génération, Strasbourg, Institut International des Droits de l’Homme, 1984. En C. Salvador Rodríguez (Ed.), *La influencia de las clasificaciones de Derechos Humanos en la exigibilidad de los Derechos Económicos*, Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno, Departamento de Derecho N° 7.
- Villán-Durán, C. (2009). Historia y descripción de los derechos económicos, sociales y culturales. En P. González (Coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (9-34). Kimpres Ltda.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trotta.

# Sumario V

## Agua: Derechos Humanos y Reutilización, conceptos en expansión

1. Elementos introductorios. 2. La Democracia Ecológica como nuevo paradigma de la teoría política. 2.1. Una nueva perspectiva jurídica: El constitucionalismo ecológico latinoamericano. 2.2. La ductilidad una característica de los modelos constitucionales actuales. 3. El Derecho Humano al Agua y al Saneamiento desde la ductilidad jurídica y la democracia verde. 3.1. El Derecho Humano al Agua como exigencia democrática. 3.2. El Derecho Humano al Agua y al Saneamiento: ¿Un Derecho Humano del siglo XXI?. 3.3. Contenido del Derecho Humano al Agua y al Saneamiento. 3.4. El bien jurídico protegido del Derecho Humano al Agua y al Saneamiento. 3.5. La Reutilización del Agua, como una respuesta sostenible. 4. Hacia un Derecho Fundamental al Agua, al Saneamiento y a la Reutilización. 5. Un horizonte en construcción. 6. Referencias.



## 1. Elementos introductorios

El Constitucionalismo Ecológico Latinoamericano constituye una línea de pensamiento y de debate que nace como reacción a los modelos constitucionales hegemónicos que estuvieron vigentes en Latinoamérica. Ciertamente, el Constitucionalismo Ecológico Latinoamericano se presenta como una alternativa que los Estados latinoamericanos aceptaron e implementaron en sus ordenamientos jurídicos para reivindicar sus propias tradiciones, costumbres y pensamiento jurídico propio. En este marco, el agua es presentada como un recurso vital y forma parte esencial del ecosistema. Los Pueblos y Nacionalidades Indígenas consideran este recurso fundamental para mantener el equilibrio del mundo. El agua es un recurso de uso común y su protección obliga a los Estados a adoptar diversos mecanismos para proteger este recurso finito.

Precisamente, la preocupación del agua trascendió fronteras y se considera un problema mundial. En efecto, ante esta coyuntura, la Organización de las Naciones Unidas, en el año 2010, reconoció el derecho humano al agua y al saneamiento como un derecho necesario para dinamizar el amplio catálogo de derechos humanos vigentes.

El derecho humano al agua y al saneamiento se construye sobre la base del principio de progresividad. Por lo tanto, la reutilización del agua es un nuevo factor que complementa la estructura de este nuevo derecho humano. La reutilización del agua es una fuente hídrica no convencional, pero necesaria para plasmar el principio de sostenibilidad hídrica. Así, el derecho humano al agua proyecta una exigencia democrática actual. La sustancialidad de la democracia exige un enfoque de progreso en el debate jurídico que destaca la importancia de que los derechos y las garantías se expanden.

La ductilidad del derecho en el constitucionalismo contemporáneo desecha la rigidez con la que este se ha desarrollado. La utilidad del derecho ha generado que en el campo de los derechos humanos, también exista una evolución que transforma la visión y la interpretación que se debe realizar, precisamente el resultado ha sido que se hable de los derechos humanos emergentes o derechos del siglo XXI, concebidos como nuevas aspiraciones de la sociedad civil, los cuales nacen y se proyectan como necesarios por la influencia de la globalización. En este marco, el derecho al agua, al saneamiento y a la reutilización puede ser presentado como un derecho humano emergente, por la protección que proyecta hacia el ser humano y hacia la Naturaleza.

La tendencia por generar una nueva línea constitucional ha permitido incorporar al debate y análisis la problemática ambiental. En su momento, el reconocimiento de una visión social permitiría la intensificación y radicalización de lo que en algunos segmentos jurídicos se ha denominado el *nuevo constitucionalismo*

*latinoamericano*, el cual posee un pilar fundamental que se traduce en el reconocimiento y la protección del derecho humano a un medioambiente adecuado y sostenible. En efecto, el desarrollo democrático adquiere un matiz interesante, se plantea democratizar la democracia mediante la revalorización de las experiencias locales en materia ambiental y en lo que respecta a la gestión integral de los recursos hídricos. Desde luego, diversas formas de participación y de deliberación son planteadas para fortalecer el vínculo entre el ser humano y la *Naturaleza*. Bajo este marco, nace el derecho humano al agua y al saneamiento como un reconocimiento internacional de la Organización de las Naciones Unidas a un proceso de transformación y reivindicación. El derecho humano al agua y al saneamiento es una propuesta innovadora; su estructura toma como base la progresividad, donde destaca la importancia de que los derechos y las garantías se encuentren en continua expansión.

Así, el derecho humano al agua constituye una respuesta a una exigencia democrática actual, la sustancialidad de la democracia exige un enfoque de progreso en el debate jurídico. Diversos Estados América del Sur incorporaron en sus estudios y estructuras constitucionales este nuevo derecho fundamental, entre ellos destacan los modelos colombiano, boliviano y ecuatoriano, los cuales enfatizan la necesidad de vincular el derecho al agua y al saneamiento con una serie de derechos y estructuras orgánicas institucionales, inclusive se ha llegado a decir de que el Estado es el garante y único ente competente para administrar, regular, controlar y gestionar los recursos hídricos por estar dentro de la categoría de sectores estratégicos.

Desde luego, en el escenario internacional, el reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento es el fruto de un conjunto de reivindicaciones y necesidades sociales; la ductilidad del derecho hace posible que se pueda decir que guarda sincronía con los llamados Derechos Humanos Emergentes o del Siglo XXI. La progresividad de este derecho y la importancia de la sostenibilidad provocan la necesidad de identificar formas para garantizar el caudal y fuentes hídricas para las futuras generaciones, además de asegurar las actuales. En este sentido, la reutilización del agua es un elemento indispensable para lograr consolidar la sostenibilidad hídrica, considerada como una fuente hídrica no convencional o como el nuevo oro negro; su proyección invita a los Estados a una necesaria institucionalización a nivel político y jurídico.

## **2. La Democracia Ecológica como un nuevo paradigma de la teoría política**

Los sistemas democráticos contemporáneos son dúctiles a las nuevas realidades sociales. La globalización juega un papel preponderante al momento



de delimitar nuevos puntos de tensión. En el marco de una visión ambientalista y de responsabilidad con la naturaleza, surge un elemento que debe ser tomado en cuenta por los sistemas democráticos, además que se ha presentado como un desafío que no puede ser dejado al margen: *el medioambiente*. La sociedad contemporánea enfrenta una dicotomía: reencauza su rol frente a la naturaleza o se inclina por una posición de explotación indiscriminada sobre todos los recursos de uso común para satisfacer las necesidades crecientes del conglomerado social.

La ecología es ahora la que moviliza fuerzas que ahondan la discusión sobre la existencia misma de los seres humanos y de su entorno natural (Touraine, 2015). Frente a este escenario, la modernidad plantea nuevas problemáticas, especialmente, en torno al ambiente y a la llamada crisis ecológica, derivada de los complejos sistemas sociales.

El momento coyuntural por el cual atraviesa la sociedad sugiere pensar que la aplicación de una “política verde” constituye una tercera vía para la generación de un modelo democrático deliberativo y ambiental que privilegie la democratización de los recursos de uso común como los recursos hídricos. Un modelo democrático verde constituye una tendencia de la sociedad, la sostenibilidad es su fundamento para consolidar y fortalecer las relaciones entre la naturaleza y los seres humanos.

En suma, una democracia ecologista plantea un nuevo horizonte que vincula la ética ambiental con la política y la estructura jurídica tradicional; proyecta, por lo tanto, un modelo que reivindica a la *Naturaleza*, en el marco de la sostenibilidad y de un modelo, deliberativo y participativo. Este escenario genera una nueva dinámica que, según Anthony Giddens (1993), se logra *democratizando* la democracia, es decir, mediante el fortalecimiento de sistemas de distribución de competencias antes que un proceso unidireccional. Lograr un sistema democrático integral requiere impulsar la devolución de poder hacia abajo, pero también a la distribución hacia arriba. Por consiguiente, el elemento que debe ser rescatado para construir un modelo democrático verde, debe fortalecer la aplicación de contenidos éticos y valores democráticos en la relación de la comunidad con el medioambiente, con una visión de gobernabilidad y de protección de las futuras generaciones (Soria, 2014).

### **2.1. Una nueva perspectiva jurídica: El constitucionalismo ecológico latinoamericano**

El constitucionalismo clásico, desarrollado desde una posición eminentemente positivista decimonónica, aplica una visión cientificista en la construcción jurídica. Los conceptos y estructuras de la teoría política y jurídica, generados a partir de los aportes de Francia, Inglaterra, Alemania, Italia y Estados Unidos, se convierten en verdaderos marcos teóricos referenciales y en gestores de princi-

pios de reconocimiento y aplicación universal. A pesar de este aporte, las estructuras jurídicas que nacen desde enfoques sociales europeos y anglosajones son de difícil aplicación y asimilación por parte de los países latinoamericanos.

Santos Boaventura de Sousa (2008) plantea que América Latina ha propiciado, en los últimos tiempos, dos enfoques para robustecer la construcción y debate jurídico sobre la necesidad de un *constitucionalismo ecológico latinoamericano*. El primer enfoque se refiere al carácter *plurinacional*. El concepto de plurinacionalidad, desde un enfoque regional latinoamericano, ha sido construido desde la tradición del fortalecimiento comunitario por parte de los pueblos indígenas, lo que obligó a refundar la estructura del Estado moderno en el que existe una sola nación. El segundo enfoque, en el pensamiento de Santos Boaventura de Sousa, es el de la *interculturalidad*, concepto que integra el carácter cultural, político y lo pertinente a la tradición jurídica. Así, cada sociedad crea formas de convivencia intercultural que le son propias y que le impiden copiar realidades ajenas y tomarlas como propias.

De este modo, para lograr una convivencia intercultural armónica es necesario construir un modelo constitucional permeable a las necesidades y realidades sociales latinoamericanas. Desde este enfoque, el *constitucionalismo latinoamericano ecológico* se construye desde las necesidades de las poblaciones latinoamericanas. Esta línea constitucional nace en la década de los años ochenta y permite entender la importancia de diversos elementos innovadores que son incluidos en los textos constitucionales latinoamericanos. Sin duda, un referente del *constitucionalismo latinoamericano ecológico* es la *Constitución Política de la República Colombia* de 1991, la cual incorpora la plurinacionalidad, la pluriculturalidad, la pluriétnicidad y la interculturalidad, como ejes para unificar y revalorizar al pueblo y sus costumbres ancestrales.

A esta tendencia constitucional latinoamericana, los países andinos han sumado la influencia de los pueblos originarios americanos, quienes aportan con su cosmovisión al momento de construir los textos constitucionales. Estas nuevas visiones plantean que la *Naturaleza* debe asumir un estatus privilegiado en la estructura constitucional, hasta llevarla a ser reconocida como sujeto de derechos, tal como lo sostiene el modelo constitucional ecuatoriano, sustentado en gran medida en el principio del *Sumak Kawsay* o *Buen Vivir*.

La problemática del medioambiente adquiere una importancia sustancial en el análisis y el debate jurídico de América Latina, ya que fusiona las particularidades que existen en el derecho indígena con el derecho continental europeo de corte romanista; el ciudadano ya no es considerado como un individuo aislado, más bien, se encuentra estrechamente relacionado con los acontecimientos que influyen en su entorno. Ciertamente, el mestizaje jurídico propició la asimilación de la cosmovisión de los pueblos originarios y evidenció fehaciente la existencia de lo que se podría llamar “constitucionalismo latinoamericano”. Esta nueva for-

ma de apreciar y construir estructuras jurídicas supone integrar al hombre con la *Naturaleza*.

El *constitucionalismo ecológico* encontró asidero en la *Constitución de la República del Ecuador* del año 2008. El enfoque constitucional ecuatoriano complementa la visión del reconocimiento de la plurinacionalidad del Estado, plantea la necesidad de un sistema de planificación gubernamental con base en políticas públicas que permitan canalizar los esfuerzos para lograr el *Buen Vivir* o *Sumak Kawsay* y reconoce a la *Naturaleza* como sujeto de derechos; todo ello rompe el criterio antropocéntrico e incorpora una visión biocéntrica. La línea constitucional ecuatoriana abre la discusión sobre el contrato social que moldea el Estado y lo reemplaza por un contrato natural, considerado como el acuerdo de reciprocidad entre los seres humanos y la tierra para lograr la retribución y la preservación.

En efecto, el constitucionalismo ecológico ecuatoriano reemplaza el concepto de *derechos humanos*, por el de *derechos fundamentales o derechos constitucionales*, al interesarse directamente tanto en el ser humano como en la *Naturaleza*. De acuerdo con este planteamiento, el modelo constitucional que incorporaron diversos Estados de América del Sur desafía el fundamentalismo del mercado, para ser reemplazado por un modelo que reivindica la convivencia con todos los seres vivos de la Tierra. Eduardo Gudynas (2009) hace nota que la Constitución ecuatoriana y boliviana, además, plantean criterios de protección sobre la integridad de los ecosistemas, pues son estos los que asegurarán el bienestar del ser humano. Sin embargo y a pesar del avance constitucional en materia ambiental, los ordenamientos jurídicos secundarios de Latinoamérica aún se mantienen distantes de la verdadera esencia que persigue la protección y promoción de los derechos del ambiente y de la *Naturaleza*. El reto que se plantea en Latinoamérica es lograr dinamizar estructuras normativas secundarias y garantizar el crecimiento económico desde una visión de sostenibilidad que evita la degradación de los recursos de la naturaleza.

## **2.2. La ductilidad una característica de los modelos constitucionales actuales**

El Derecho Constitucional es una de las ramas del Derecho que, durante las últimas décadas, ha sufrido numerosos cambios de paradigma, lo que lo ha situado como una materia de frecuente tratamiento y estudio en la cultura jurídica occidental. La ductilidad del Derecho Constitucional plantea que tanto los valores como los principios puedan complementar un sistema jurídico, pero, además, esta ductilidad considera que la Constitución que rige un Estado debe mantener una coherencia y una concordancia con la base material y pluralista de las sociedades democráticas contemporáneas. Esta posición, en el marco de un Estado Constitucional, representa un cambio de paradigma que reemplaza el legalismo positivista decimonónico, con la necesaria expansión del pensamiento jurídico integrador

que desecha la rigidez con la que se ha desarrollado la teoría constitucional. La ductilidad del derecho, conforme el criterio de Zagrebelsk (1995), reivindica la importancia de la interpretación, la axiología, la deontológica, el sistema de fuentes, la ideología y, desde luego, la manera según la cual la democracia se inserta en la sociedad como eje para armonizar un sistema jurídico. Se podría pensar que la ductilidad del Derecho Constitucional está fundamentada por la permanente progresividad del sistema internacional de Derechos Humanos, el cual se desarrolla y transforma conforme avanza la sociedad. Los Derechos Humanos, en cuanto normas dinámicas, informan los esquemas constitucionales nacionales para generar estructuras jurídicas que posean validez sobre la realidad y el modo en el cual los principios, la moral y el derecho se vinculan con las estructuras y exigencias sociales. Así, nuevos derechos humanos que nacen por el proceso de globalización y considerados emergentes, incentivan a los Estados para que nuevamente apliquen a los textos constitucionales y la forma de interpretar el Derecho, modelos generosos y dúctiles para lograr un abordaje jurídico integral en beneficio del individuo y del medioambiente.

### **3. El Derecho Humano al Agua y al Saneamiento desde la ductilidad jurídica y la democracia verde**

La transformación de la teoría democrática hacia un modelo verde y la ductilidad del Derecho dan cuenta de los nuevos horizontes que debe atravesar el abordaje de los nuevos derechos humanos y posteriormente en las estructuras constitucionales. En este enfoque se plantea que exista un diálogo y una reconceptualización del rol tradicional del Estado, para que busque la consolidación y la integración de los derechos individuales y colectivos como una fórmula necesaria para concretar una relación entre sociedad y *Naturaleza*.

La relación entre sociedad y *Naturaleza* ha dado lugar a múltiples formas de apreciar un modelo democrático. Desde esta perspectiva, la consolidación de un sistema institucional que responda a nuevos requerimientos sociales constituye la regla para el reconocimiento de nuevos derechos. La aceptación de principios ambientales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha permitido la influencia del constitucionalismo ecológico, el cual –de manera transversal– ha forjado una nueva perspectiva de estudio interdisciplinar. El constitucionalismo ecuatoriano dio un paso importante al reconocer que el agua es un derecho fundamental; a partir de ese momento, la estructura jurídica interna debió adaptarse a un esquema que privilegia la protección y uso sostenible de los recursos hídricos.

Desde esta línea, el constitucionalismo ecuatoriano ahonda y reivindica la importancia del desarrollo sostenible en materia ambiental e hídrica. Cabe mencionar que el desarrollo sostenible constituye un aporte significativo de la Comisión Brundtland (ONU, 1987), la cual lo entiende como el desarrollo que satisface

las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras, para atender sus propias necesidades. Efectivamente, la estructura del derecho al agua y al saneamiento, conforme el pensamiento de la sostenibilidad, requiere ser repensado y para ello, la reutilización del agua, como una fuente hídrica alternativa, puede contribuir a asegurar el agua para futuras generaciones.

El agua se presenta como un recurso de uso común que por su naturaleza es eminentemente finito, por lo tanto, su regulación resulta fundamental. Con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua en Mar del Plata, en el año de 1977, los países miembros plantearon la necesidad de realizar diversas evaluaciones de sus recursos hídricos para poder implementar una serie de mecanismos de planificación que busquen satisfacer las necesidades de agua potable y de saneamiento concentrados en una serie de retos, a fin de que estos sean recogidos en el Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental. De este modo y como una consecuencia necesaria, en el año 1992, se llevó a cabo la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente en la ciudad de Dublín, cuyos aspectos centrales se refirieron a los problemas de escasez y uso abusivo del agua dulce para el desarrollo sostenible, la protección del ambiente, el desarrollo de la industria y, desde luego, la seguridad alimentaria. El enfoque de esta declaración es lograr un adecuado aprovechamiento y gestión de los recursos hídricos.

Con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro en el año de 1992, nace una línea de acción que motiva la articulación de la gestión del agua mediante dos documentos claves: el primer documento, la Declaración de Río de 1992 –que incorpora cuestiones relativas al derecho a la vida sustentable y productiva para lograr la armonía con la *Naturaleza*– plantea la necesidad de un sistema de políticas ambientales y de responsabilidad como instrumentos a desarrollarse en el campo jurisdiccional en materia de daños ambientales. La estructura de la Declaración de Río invitaba a los Estados a implementar una visión amigable con el ambiente, muy necesaria para consolidar el cambio de paradigma que catapulte a la humanidad a un nuevo sistema económico internacional

En esa misma línea discursiva, la Agenda 21 incorpora una serie de observaciones encaminadas al logro de un mejor nivel de vida de los individuos y a la protección y gestión sostenible de los diferentes ecosistemas. La preocupación central de esta agenda es plantear los desafíos que la humanidad deberá afrontar en el siglo XXI; este documento concentra diferentes compromisos políticos en materia de desarrollo y de protección del ambiente. Es importante resaltar que el agua recibe una atención especial. La Agenda 21 dedica su capítulo 18 a la “Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce”. Igualmente, el principio 21 es claro en determinar que la reutilización del agua es una práctica de racionalización y de conservación de recursos hídricos,

lo que da posibilidad de equilibrar y regular la oferta y la demanda de recursos hídricos.

En este marco y por la importancia de este planteamiento, la Organización de las Naciones Unidas, por intermedio de su Asamblea General, mediante la resolución A/RES/47/193 del 22 de diciembre de 1993, declaró el 22 de marzo como el Día Mundial del Agua. Este primer paso abre la puerta a una nueva visión sobre la gestión del agua y la importancia del desarrollo sostenible. Con la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas del año 2000 se expone la necesidad de poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos.

### **3.1. El Derecho Humano al Agua como exigencia democrática**

Los diversos procesos de constitucionalización de los Estados de América del Sur fueron paulatinos, tal como el proceso de desarrollo democrático. Las constantes transformaciones y readaptaciones trajeron consigo la existencia de una evidente racionalización del poder, mediante la incorporación de estructuras orgánicas encargadas de evitar la centralización. La apertura de los sistemas jurídicos hacia el reconocimiento de una serie de derechos humanos encaminados al fortalecimiento de la estructura socioeconómica del Estado y el reconocimiento de la jurisdicción constitucional, ha permitido que el proceso que constitucionaliza los ordenamientos jurídicos gane terreno (Vallaure, 2011). Sin embargo, es evidente que a pesar de los avances significativos en materia de derechos humanos, los Estados de América del Sur aún poseen sistemas políticos débiles, derivados de los rezagos de la concentración de poder que originaron el terreno fértil para el desarrollo de los sistemas hiperpresidencialistas. Las mayorías móviles de los congresos que impidieron la toma de decisiones efectivas y la influencia de los medios de comunicación en la toma de decisiones de los entes gubernamentales son escollos por los cuales los modelos democráticos latinoamericanos atraviesan e impiden que el desarrollo constitucional sea más efectivo. Frente a estos hechos, a decir de Gonzalo Aguilar Cavallo (2007), los modelos constitucionales latinoamericanos se encuentran en proceso de adaptación y de reivindicación del valor de las diversas fuentes del Derecho, las mismas que son necesarias para fortalecer los derechos humanos.

La estructura de una democracia constitucional verde toma partido de un entorno deliberativo y participativo para propiciar y fomentar que el individuo se pueda situar en una situación ideal de diálogo, necesaria para construir normas y políticas públicas que garanticen el vínculo entre los órganos del Estado y los derechos humanos. Así, las manifestaciones de participación democrática, según Jürgen Habermas (1998), deben poseer un respaldo institucional en el marco de un gobierno transparente y abierto. La participación de la comunidad con pleno poder sobre los recursos naturales puede ser descrita como el ejercicio de un sistema que privilegia la gestión de los recursos de uso común y el desarrollo de los

derechos humanos. Los procesos de control constitucional, control social, ampliación de la legitimidad democrática y respeto a las minorías son ejes que complementan este modelo democrático al promover derechos individuales, derechos de participación ciudadana y aquellos que se van logrando y consolidando desde espacios de deliberación (Ferrajoli, 1999). Como es el caso de los derechos de la *Naturaleza* en el modelo ecuatoriano y el reconocimiento al derecho humano al agua y su aplicación institucional en los diferentes Estados.

La construcción jurídica en los modelos democráticos contemporáneos conlleva un tratamiento que ponga en marcha y amplíe el reconocimiento de nuevos derechos humanos, así como su justiciabilidad ante los diferentes órganos que componen y dan forma al Estado. La democracia sustancial, en este marco, plantea la necesaria progresividad en el debate jurídico al propender a la expansión de los derechos y garantías, lo cual contribuye directamente al fortalecimiento del Estado de Derecho. La progresividad del sistema democrático latinoamericano ha permitido la incorporación de nuevos derechos que nacen como una reivindicación de grupos o movimientos sociales (Ferrajoli, 1995).

La aproximación a una construcción constitucional del derecho humano al agua y al saneamiento parte de una visión integradora, democratizadora que, sobre todo, abarca una visión constructiva de la democracia sustancial. La Constitución de la República de Ecuador de 2008 reconoce el agua como un derecho humano y lo eleva a una categoría especial que vincula este nuevo derecho humano con una serie de derechos y estructuras orgánicas. En el contexto constitucional ecuatoriano, corresponde al Estado la protección de los recursos hídricos, para ello, debe gestionar, administrar, controlar y cuidar los recursos hídricos, conforme lo determina el artículo 12 de la Constitución de la República del Ecuador que, además, reconoce al agua como un bien nacional público, inalienable, imprescriptible, inembargable y sobre todo estratégico.

El modelo constitucional ecuatoriano, a más de ubicar al agua como un derecho fundamental, reconoce que este recurso, por su importancia, requiere ser tratado como parte de un *sector estratégico*. El concepto de sector estratégico se define en el artículo 314 de la Constitución de la República del Ecuador: son aquellos que poseen una trascendental influencia en los aspectos sociales, políticos y ambientales. El Estado es el garante y el único ente competente para administrar, regular, controlar y gestionar este tipo de sectores estratégicos que luego se materializarán en servicios públicos. El suministro de agua y su saneamiento tendrán que mirar al pleno desarrollo de los derechos y al interés social desde los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia, según el artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador 2008.

La construcción jurídica constitucional ecuatoriana, en el marco de un modelo democrático sustancial, realiza una priorización para el destino de los recursos hídricos, siendo la principal preocupación del Estado el consumo humano y

luego, según un orden de prelación, el riego que garantice la soberanía alimentaria, el caudal ecológico y, finalmente, las actividades productivas. En efecto, el derecho humano al agua en el contexto ecuatoriano debe ser materializado mediante la institucionalización de un servicio público hídrico integral que garantice la prestación de dicha actividad. En esta perspectiva, la estructura constitucional ecuatoriana prevé la inclusión del riego, el saneamiento, el alcantarillado y la depuración de aguas residuales. Todas prestaciones poseen la estructura necesaria para ser considerados servicios públicos sociales; su prestación está canalizada y dirigida por los diferentes niveles de gobierno que dispone la Constitución de la República del Ecuador (2008). Sin embargo, así como el Estado asume su prestación, existe la posibilidad de que las comunidades en alguna medida puedan contribuir a la materialización de dichos servicios.

La singularidad e importancia del reconocimiento del agua como un derecho esencial para la vida ha permitido constatar la influencia de una visión democrática sustancial, deliberativa y participativa. La constitucionalización de este nuevo derecho facilita su exigibilidad ante órganos jurisdiccionales, sean estos nacionales o supranacionales, pero, además, su difusión ha permitido comprender y formar una verdadera conciencia colectiva de respeto y ejercicio responsable.

### **3.2. El Derecho Humano al Agua y al Saneamiento: ¿Un Derecho Humano del siglo XXI?**

El reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento, en el año 2010, por parte de la Organización de las Naciones Unidas y contenido en la Resolución 64/292, permitió que un conjunto de reivindicaciones y necesidades sociales fueran recogidas y reconocidas como un derecho esencial para el pleno disfrute de la vida y de los seres humanos. La aplicación de este derecho, estrechamente vinculado con la dignidad humana, puede ser considerada como una base en la estructura de los Derechos Humanos Emergentes del Siglo XXI (Estapá, 2012).

Este nuevo derecho humano, reconocido por la Organización de las Naciones Unidas, dinamiza el pensamiento constitucional y abre la posibilidad de que sea incluido en el catálogo de Derechos Humanos Emergentes. En esencia, el derecho humano al agua y al saneamiento centra su atención en la problemática de la falta de acceso al agua potable, la carencia de su adecuado tratamiento en el caso de las aguas residuales y la falta de visión para generar una cultura de la reutilización o de reciclaje hídrico. Todas estas circunstancias son percibidas como una problemática clara que afecta a la población mundial y que, en alguna medida, los derechos fundamentales deben afrontar. Con este enfoque, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas y su Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, plantearon que la satisfacción de este nuevo derecho puede lograrse con el acceso y disposición de agua potable continua, suficiente, segura, de calidad, ase-



quible económicamente y sin ningún tipo de discriminación, teniendo en cuenta la sostenibilidad de los ecosistemas. En un primer momento, el criterio expuesto únicamente mira al uso personal y doméstico del agua, sin embargo, es necesario incorporar un enfoque integral de este nuevo derecho que permita abrir sus horizontes e incluya otros usos de los recursos hídricos, sin dejar de lado la garantía de la dignidad humana.

El carácter emergente del Derecho Humano al Agua y al saneamiento ha generado que elementos como la reutilización y la participación ciudadana en los diferentes procesos de construcción de una política pública y jurídica, sean considerados como tributarios de una visión de gestión integral de recursos y servicios públicos. Consecuentemente, el agua y el saneamiento son incorporados dentro de la categoría de derechos necesarios para la existencia y el desarrollo del individuo en un marco de dignidad.

En este sentido, es importante lo dicho en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Agua, celebrada en 1977 en Mar del Plata, Argentina, que consistió en un llamamiento a los Estados para realizar evaluaciones de sus recursos hídricos, planes y políticas públicas para satisfacer las necesidades de agua potable y de saneamiento básico (el aspecto de la planificación de los recursos hídricos fue un eje transversal que permitió unir el concepto de agua con el de medioambiente). Todo un compendio de acuerdos se expresó en el plan de acción, cuya meta, para 1990, consistía en que todas las personas tuvieran acceso al agua, dando inicio al *Decenio internacional del agua potable y saneamiento ambiental*, contenido en la Resolución 35/18 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de noviembre de 1980. Ya para el año 1992, en la ciudad de Dublín, se celebró la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente, la cual puso en el tapete de discusión el peligro que supone la escasez y el uso abusivo del agua dulce para el desarrollo sostenible; el pedido que nace de esta conferencia es un llamado a dar un nuevo enfoque sobre la evaluación del aprovechamiento y la gestión del agua.

La Conferencia sobre medioambiente y desarrollo de 1992, celebrada en Río de Janeiro se denominó *Cumbre de la Tierra*, ya que a partir de ella se desprendió una serie de instrumentos internacionales afines al medioambiente como la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (ONU, 1992) y la Agenda 21 que, en su capítulo 18, se refiere al Derecho al Agua y a la protección de su suministro, mediante la aplicación de criterios para el aprovechamiento eficiente (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, 1992). De igual forma, esta conferencia estableció ciertos principios rectores; especialmente aquel que determinó que los seres humanos constituyen el centro de la preocupación por el desarrollo sostenible que, además, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. La *Cumbre de la Tierra* normó la protección de la calidad del suministro de los recursos de agua dulce, la aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento y uso de los recursos de agua dulce.

Para el año 2004, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la *Resolución 58/217*, la cual proclama el período de 2005 a 2015 como Decenio Internacional para la Acción “El agua, fuente de vida”, precisamente con esta resolución el enfoque y la protección que intenta promocionar las Naciones Unidas se refiere a la ejecución de programas y proyectos relativos al agua, para asegurar la intervención de la mujer en las medidas de desarrollo relacionadas con el agua y promover la cooperación en todos los niveles para alcanzar los objetivos relativos al agua. En este orden de ideas, la Asamblea General de las Naciones Unidas planteó que el acceso al agua potable y a los servicios básicos, como derecho elemental, debe garantizar el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y el mejoramiento de la salud y el bienestar de los seres humanos. Este enfoque es complementado por la *Observación general 15* del año 2002, efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que definió al derecho al agua como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. Este criterio significó una contribución directa para que varios ordenamientos jurídicos incorporen en sus estructuras una nueva dinámica en cuanto al recurso hídrico.

Ahora bien, el carácter que adquiere el derecho humano al agua y al saneamiento abre la posibilidad para que su regulación sea efectuada desde un enfoque de principios y de valores, ajena a la reflexión puramente legalista. Y es que una de las características del *constitucionalismo ecológico latinoamericano* ha permitido que, en los ordenamientos jurídicos nacionales, sea posible la readaptación de una serie de postulados y principios entorno a una regulación dogmática que busca un nuevo contexto constitucional similar a las exigencias ecologistas que pugnan por el reconocimiento de varios derechos afines a esta materia.

Vale la pena citar el caso boliviano, el cual considera el agua como un recurso estrechamente vinculado con la cosmovisión indígena, es decir, constituye no solamente un bien de uso común, sino que refiere a una parte integrante de la *Madre Tierra*. El Estado, en este sentido, debe promover el uso y el acceso al agua sobre los principios de solidaridad, complementariedad, equidad, diversidad, reciprocidad y sustentabilidad, protegiendo, desde luego, que el agua sea utilizada de manera prioritaria para la vida. El ordenamiento jurídico boliviano considera el agua, en todos sus Estados, como recurso estratégico, por lo tanto, es excluido de toda forma de privatización, así como de concesión, de acuerdo con el artículo 20 número III de la Constitución de Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Por su lado, en la legislación colombiana existen elementos integradores del derecho al agua como su acceso, el mínimo vital gratuito, la obligatoriedad de la prestación de los servicios públicos por entidades del Estado, pero también por entidades comunitarias sin ánimo de lucro. El modelo colombiano reconoce la importancia de la protección de los ecosistemas, sobre todo de aquellos que tengan que ver con el ciclo hídrico y, finalmente, todo aquello que tenga que ver con las

estructuras organizativas y de planificación hídrica a nivel nacional (Constitución de la República de Colombia, 2015).

En efecto, conforme al Informe Mundial de Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos del año 2019, el derecho humano al agua y al saneamiento posee una dinámica que le permite vincularse con otros derechos humanos. Precisamente, el éxito de este nuevo derecho humano radica en la buena gestión y gobernanza del agua. Este informe plantea que es indispensable que el agua sea tratada como un bien común, por la importancia e impacto que este genera en la vida, no debe ser considerado un recurso económico; precisamente un reto ineludible de los Estados es garantizar que el agua esté disponible para usos futuros y actuales.

### 3.3. Contenido del Derecho Humano al Agua y al Saneamiento

El derecho humano al agua y al saneamiento posee un reconocimiento reciente en la estructura internacional de derechos humanos, pues se puso en evidencia en el año 2010, cuando la Organización de las Naciones Unidas lo reconoció un derecho humano. Al ser una innovación jurídica, su contenido, elementos y estructura se encuentran aún en formación y adaptación. Este nuevo derecho evidencia las brechas de la sociedad, identifica las personas con una vida saludable y aquellas que viven en la pobreza; factores derivados del acceso a este recurso.

El contenido de este nuevo derecho humano sintetiza e integra un cúmulo de aspiraciones y reivindicaciones. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en el año 2013, consideró que este derecho humano está llamado a satisfacer de agua suficiente, saludable, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Por lo tanto, la visión finalista se enfoca en el acceso a una cantidad de agua necesaria para satisfacer las necesidades básicas del ser humano y así mantener la vida y la salud. Esta fórmula no quiere decir que para cubrir esta necesidad, existe el derecho a disponer de una cantidad ilimitada de agua.

De manera amplia, la estructura del derecho humano al agua y al saneamiento está integrada de diversos elementos como: el acceso a un suministro suficiente de agua, libre de injerencias, agua no contaminada, sistemas de abastecimiento y gestión que fomenten el acceso a toda la población de manera igualitaria, así como una gestión que garantice la sostenibilidad para que este derecho pueda ser ejercido por futuras generaciones. Evidentemente, para lograr que estas condiciones sean efectivas es importante la concurrencia de varios factores como la cantidad, calidad y la accesibilidad.

Desde esta perspectiva, la cantidad, como elemento estructural del derecho humano al agua y saneamiento, no se refiere a la facultad que tienen los in-

dividuos para acceder a una cantidad ilimitada de agua, al contrario, el acceso a este recurso debe realizarse de tal manera que sea suficiente para satisfacer las necesidades básicas del individuo, sea para el consumo, higiene de alimentos, preparación de bebidas, saneamiento e higiene. La Organización Mundial de la Salud, cuando aborda el tema de la cantidad de agua que necesita una persona para satisfacer sus necesidades básicas de acuerdo con el uso y destino correspondiente, ha expresado que el abastecimiento de agua y saneamiento debe ser continuo y suficiente para el uso personal y doméstico, en otras palabras, agua para el consumo humano, el saneamiento personal, para la preparación de los alimentos y la limpieza. Bajo estas condiciones se requieren entre 50 y 100 litros de agua por persona al día.

El concepto de cantidad, como un componente indispensable para lograr articular y cumplir este derecho fundamental, fue mencionado por primera vez en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua en el año 1977, en Mar del Plata, Argentina. El plan de acción de esta conferencia determinó que la cantidad es un componente indispensable para que todos los pueblos, independientemente de la etapa de su desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, accedan al agua potable en cantidad y calidad acorde con sus necesidades básicas. Por su lado, en 1994, el Programa de Acción de la *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo* sostuvo que toda persona tiene Derecho a un nivel de vida adecuado para su familia, incluyendo el acceso a la alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento. Es decir, que la cantidad de este recurso se entrelaza con otros derechos para garantizar dignidad. En el año 1996, en el programa de Hábitat, que fue aprobado por la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos*, el agua y el saneamiento están incorporados dentro de la noción que garantiza un nivel de vida adecuado, en concordancia con el planteamiento de los derechos humanos emergentes. El tema de la cantidad del agua también ha sido abordado por otros organismos internacionales como el Consejo de Europa, el cual concluye que toda persona tiene derecho a una cantidad suficiente de agua para satisfacer sus necesidades básicas, de acuerdo con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud.

El goce efectivo del derecho humano al agua y al saneamiento supone el cumplimiento de ciertos factores que no tienen que ver exclusivamente con la cantidad suficiente; así, la *calidad* se presenta como otro elemento estructural del derecho humano al agua y saneamiento. Para satisfacer sus necesidades personales y domésticas, los individuos requieren una cantidad adecuada y que el líquido sea apto para el consumo humano, es decir, que sea potable. La *calidad* hará referencia a la salubridad, olor, sabor adecuado, color y que se encuentre libre de microorganismos o sustancias químicas que amenazan la vida y la salud.

La *calidad*, en cuanto al factor determinante para lograr el cumplimiento pleno del derecho humano al agua, constituye una de las preocupaciones fundamentales del Estado, sobre todo porque la mayoría de los problemas de salud es-

tán relacionados con la contaminación o falta de tratamiento del agua; esto afecta a niños, adultos mayores o personas que están atravesando una enfermedad específica. Estos individuos presentan un alto riesgo de contraer enfermedades por estar en contacto con medios que son claramente antihigiénicos.

La *Observación General N° 15* del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, delimita y fija los lineamientos y los estándares básicos que debe reunir este recurso para ser considerado apto para el consumo humano. Según este documento, para que el agua reúna las condiciones necesarias de *calidad* debe estar exenta de microbios y parásitos, así como de sustancias químicas que puedan colocar en una situación de riesgo a los individuos. Su consistencia también es objeto de análisis y de constatación, pues debe reunir ciertas características básicas como un color, un olor y un sabor aceptable que impidan acceder a otras fuentes aparentemente más atractivas, pero contaminadas. Este factor ha contribuido a nueva forma de entender el derecho al agua y al saneamiento, lo cual también ha traído consigo que los operadores de justicia realicen una aproximación y estudio de este derecho por medio de diversos fallos y pronunciamientos que recogen este concepto, permitiendo un nuevo enfoque jurídico.

Los operadores de justicia consideran que la insatisfacción de la *calidad* del agua puede derivar en un daño para el usuario que configura una falla en la prestación del servicio público. En el caso *Marchisio, José Bautista y otros*, el juzgado de primera instancia de lo civil y comercial de octava nominación de la ciudad de Córdoba de la República de Argentina ordenó a la ciudad adoptar todas las medidas necesarias para lograr el adecuado funcionamiento de la planta de tratamiento de líquidos cloacales, ya que por su saturación, algunas aguas no recibieron el tratamiento adecuado y fueron vertidas directamente al río de la ciudad, contaminando esta fuente.

En el caso colombiano, la *calidad* del agua también resulta de importancia al momento de integrar las sentencias de los jueces constitucionales. La ausencia de este factor ha permitido el desarrollo de una línea de pensamiento específica en la Corte Constitucional de Colombia, teniendo como referente la *Sentencia T-418* del 2010, en la cual se expone que el ente prestador del servicio de agua potable debe implementar todos los procesos necesarios para garantizar la satisfacción de este derecho, tales como la construcción y mejoramiento de acueductos rurales, el incremento en las coberturas de alcantarillados y la formulación de planes maestros para la construcción futura de acueductos y alcantarillados. De la misma manera, la *Sentencia T-092 de 1995*, de la Corte Constitucional de Colombia, considera que la *calidad* del agua afecta directamente los derechos fundamentales de la vida y a la salud. La prestación del servicio es deficiente al no contener elementos necesarios que permitan el consumo normal como el servicio de acueducto o si aun teniéndolo no presenta las condiciones necesarias.

Otro elemento que moldea el derecho humano al agua y el saneamiento es la *accesibilidad*. El agua, así como las instalaciones que derivan de este recurso deben ser accesibles a todos, tanto de hecho como de derecho. La *accesibilidad* física se refiere a la importancia de que los servicios de agua y saneamiento se encuentren disponibles y al alcance de todos los sectores de la población. La *accesibilidad* física aborda condiciones específicas que permiten su cumplimiento, es decir, el acceso al agua debe ser culturalmente apropiado y apegado a los conceptos de género, edad y privacidad. Se ha pensado que el acceso al agua y al saneamiento debe comprender también una ubicación cercana e inmediata que garantice la seguridad e integridad física de las personas. Para ello, se ha llegado a calcular que el tiempo estándar para garantizar esta condición de *accesibilidad física* no debe exceder los 30 minutos de espera y que la distancia entre el hogar y la fuente de agua no debe ser mayor a 1 km de ida y vuelta. Tener presente estos condicionantes coadyuva al ejercicio del acceso básico (Howard & Bartram, 2003).

La otra dimensión de la *accesibilidad* se refiere a la económica, es decir, la preocupación de los Estados también debe centrarse en lograr que los individuos posean la capacidad suficiente para adquirir el servicio de agua y de saneamiento. De esta manera, los individuos no podrían ser privados del agua potable por no poder pagar; esto incluye la prestación y conexión del servicio. La *accesibilidad* del servicio de agua y saneamiento estará relacionada directamente con los costos de la prestación y es el Estado quien debe determinar, mediante el ejercicio adecuado de las políticas públicas, qué segmentos de la población deben pagar más y menos e inclusive quiénes están exentos del pago, para lo cual la integración del concepto de cantidad mínima, planteado por la Organización Mundial de la Salud, contribuye a generar mecanismos que garanticen que el agua sea accesible.

Al respecto, se puede evidenciar que la *accesibilidad* económica sí contempla límites, por ejemplo, a la facultad que poseen los entes gubernamentales o privados que prestan el servicio público de agua potable respecto a la desconexión del servicio por falta de pago; el límite está en que la interrupción del servicio por falta de pago no puede atentar contra la integridad y vida del individuo. No se puede negar el acceso a una cantidad mínima de agua potable, si el individuo demuestra que está en condiciones de pagar dicho servicio. Este lineamiento es claro y está determinado en la *Observación General 15 sobre el Derecho al Agua*, sección segunda, emitido por el Comité de Derechos Económicos de la Organización de las Naciones Unidas.

Los Estados deben velar por no incurrir en desconexiones o interrupciones arbitrarias o injustificadas de los servicios o instalaciones de agua potable; para ello, es necesario cumplir una serie de requisitos que deben ser llevados a la práctica para garantizar su acceso. La cantidad mínima es un requisito para lograr la *accesibilidad*, por lo tanto, una interrupción arbitraria y que vulnere la continuidad de este servicio público puede derivar en una clara violación del derecho humano al agua y al saneamiento. En este punto vale destacar algunos fallos que vienen

a tutelar el acceso al agua potable y el saneamiento; y es que la Corte Constitucional Colombiana ha generado un tejido jurisprudencial interesante al sostener que, cuando se efectúan los pagos de las tarifas de agua potable y saneamiento, existe la garantía de una prestación eficiente del servicio público, también debe existir los suficientes mecanismos extra procesales para desincentivar la falta de pago por el acceso al agua y saneamiento. Además de reconocer la importancia de incorporar un debido proceso al cual los usuarios puedan acogerse y que abarque todos los pasos necesarios que deben seguirse para que la institución prestadora del servicio pueda suspender el servicio, se ha identificado que existe una desproporcionalidad en la medida de suspender la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento al tener que sacrificar un derecho fundamental.

El modelo colombiano plantea y reconoce que es importante informar al usuario sobre el procedimiento de suspensión del servicio como consecuencia de la falta de pago; para eso, debe transparentarse la situación crediticia del individuo, permitiéndole flexibilizar su deuda. De lo que sí se tiene certeza, es que el flujo de agua de 50 litros que garantice la integridad del individuo está reconocido, como también la facultad que posee el prestador para iniciar acciones judiciales que buscan recaudar los valores de la prestación del servicio de agua (*Sentencia T-614/10, 2010; Sentencia T-717/10, 2010; Sentencia T-740/11, 2011*). Sobre la *accesibilidad* económica, se ha dicho también que debe imperar el principio de no discriminación, es decir, que todos los sectores de la sociedad pueden abastecerse y beneficiarse del derecho humano al agua y saneamiento.

Finalmente, el *acceso a la información*, conforme la *Observación General 15* (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consejo Económico y Social, 2002) constituye otros de los elementos que moldean el contenido del derecho humano al agua y el saneamiento. El *acceso a la información* está vinculado plenamente con el derecho a la participación ciudadana, en el marco de una democracia participativa y deliberativa. Así, los individuos pueden expresar sus diferentes posiciones en todos los procesos de toma de decisiones relativos a la prestación y ejercicio del derecho humano al agua.

El reconocimiento jurídico del agua como derecho humano garantiza el desarrollo de otros tipos de derechos humanos como la vida, la salud, la calidad de vida y la alimentación (Hoyos-Rojas y Cera-Rodríguez, 2013). Esta perspectiva desecha el análisis autónomo de los derechos humanos y con base al carácter transversal del derecho ambiental, el constitucionalismo ecológico latinoamericano reconoce una dimensión integradora. El ser humano, con sus nuevas necesidades vitales, exige nuevos reconocimientos y, en ciertos casos, estas nuevas exigencias basadas en la dignidad son elevadas a la categoría de derechos humanos (Escorihuela, 2006).

Visto de esta forma, el contenido del derecho humano al agua y al saneamiento adquiere una doble dimensión o enfoque protector: tutela y protege al

individuo para satisfacer sus requerimientos básicos de acceso a este elemento vital; y, por otro lado, desde un enfoque del constitucionalismo ecológico, protege a la *Naturaleza* de una manera sostenible cuando se refiere al saneamiento y a la reutilización del agua. Este Derecho Fundamental no solamente tiene un enfoque destinado a la satisfacción del individuo, la asequibilidad económica y la sustentabilidad financiera, sino que posee una faceta más amplia. El contexto actual exige prestar atención a la participación de la comunidad en la gestión, en la vigilancia y en el control de los servicios públicos hídricos; además, el contenido de este derecho fundamental, según Cristy Clark (2014), debe incorporar, en su estructura, la protección de las fuentes hídricas y garantizar su sostenibilidad. Desde esta perspectiva, se puede notar el tránsito de una visión jurídica ambiental antropocéntrica caracterizada por una visión de índole económica a una biocéntrica, en la cual la *Naturaleza* y las fuentes hídricas constituyen el centro de la protección jurídica.

### 3.4. El bien jurídico protegido del Derecho Humano al Agua y al Saneamiento

Clásicamente, el lenguaje jurídico centró su atención en una línea que privilegia el antropocentrismo, noción que hace referencia a lo humano. El antropocentrismo deriva del griego *anthropos* que significa *hombre* y del latín *centrum* que significa *centro de algo*. La visión antropocéntrica cobró fuerza en la Edad Media, al ser el individuo la cúspide en la pirámide de toda creación. En este sentido, el enfoque jurídico antropocéntrico excluye a todo ser que no sea considerado humano y, por tanto, el Derecho debe centrarse únicamente en el individuo como fin último.

Es por eso que las construcciones jurídicas tradicionales se basan en un enfoque antropocéntrico: el ser humano es la principal preocupación del Derecho. Esta línea constructiva se puede evidenciar en varios instrumentos internacionales que se inclinan hacia la protección de los seres humanos, dejando a un lado a la *Naturaleza*. La definición realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación 15, es un claro ejemplo de una visión antropocéntrica al considerar que “el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Y, si vamos más allá, la *Resolución 64/292* de la Asamblea de las Naciones Unidas reconoce que el derecho al agua potable y al saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos, por lo que su tutela resulta fundamental. Este nuevo derecho responde a la crisis hídrica mundial de la cual no es posible abstraerse, por estar directamente vinculado a la vida y a otros derechos fundamentales.

Existe una premisa clara que se proyecta en el entorno internacional y que se traduce en la protección del medioambiente; de esta tutela es posible garantizar la satisfacción de necesidades futuras. A pesar de la necesidad de protección,



el medioambiente aún es entendido como un instrumento que se encuentra al servicio de la humanidad. Consecuentemente, su estructura adquiere la forma de un bien que puede ser sujeto a uso, goce y disposición. La perspectiva utilitarista se encuentra vinculada con el antropocentrismo jurídico, por considerar que la vida humana depende y se encuentra sujeta a la protección del ambiente.

La línea constitucional y de derechos fundamentales latinoamericana (y especialmente la ecuatoriana) adquiere paulatinamente un nuevo enfoque, transformando el bien jurídico protegido en materia ambiental e hídrica. El reconocimiento de derechos propios de la *Naturaleza*, como sujeto de derechos en la estructura constitucional ecuatoriana y boliviana, evidencia que el medioambiente reclama una posición protagónica y no una instrumental ligada y dependiente de la persona humana (Gudynas, 2009). La alternativa jurídica biocéntrica busca la conservación y el equilibrio ambiental, ofrece una fundamentación sustancial que parte desde los valores intrínsecos de la *Naturaleza* trasladados al campo jurídico.

El giro entre el antropocentrismo y el biocentrismo afecta directamente la forma de tutelar el medioambiente. Bajo este contexto, la estructura jurídica reconoce e incorpora el principio *In Dubio Pro-Natura* como un mandado de optimización presente para generar un ordenamiento normativo ambiental permeable, caracterizado por su perfeccionamiento y desarrollo progresivo (Alexy, 1993). El principio *In dubio Pro-Natura*, presente en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 395, número 4, reconoce como principio ambiental que: “en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”. De esta manera, los recursos hídricos se presentan como un factor elemental para dar soporte al medioambiente; es así que el bien jurídico que se protege, debe ser construido desde la base del principio *In dubio Pro Agua*, reconocido e incorporado en la Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica Brasilia en el año 2018, el cual plantea que: “en caso de incertidumbre, las controversias ambientales e hídricas ante las cortes deberán resolverse, y las leyes aplicables interpretarse, de la manera en la cual sea más probable proteger y conservar los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados”. Desde esta perspectiva, el bien jurídico protege y promueve la defensa e integridad de las fuentes hídricas; protección que debe asumir el Estado para garantizar la vida, proteger y promover los derechos fundamentales que se vinculan directamente con el agua.

Visto de esta forma, el Estado debe asegurar y garantizar la satisfacción del derecho humano al agua y al saneamiento, para lo cual debe enfocarse en: consolidar la prohibición de la contaminación ilegal de los recursos hídricos; potenciar el acceso al agua potable y el saneamiento; evitar la injerencia y el acceso a los suministros de agua existentes, especialmente, las fuentes de agua tradicionales, proteger a los individuos contra las amenazas y la seguridad personal al momento de acceder a los servicios agua y de saneamiento fuera del hogar, garantizar el acceso a una cantidad mínima de agua potable para mantener la vida y la salud; implemen-

tar mecanismos que fomenten la participación en la adopción de decisiones relacionadas con el agua y el saneamiento a nivel nacional y comunitario; y construir un sistema de políticas públicas hídricas integrales que incorporen estándares de planificación gubernamental encaminadas a la sostenibilidad y reciclado hídrico.

### 3.5. La Reutilización del Agua, como una respuesta sostenible

Los derechos fundamentales poseen una dinámica propia que permite su incesante transformación y adaptación a la realidad social. En efecto, esta dinámica también se encuentra presente en la estructura del derecho al agua. Precisamente, es la reutilización hídrica un componente que demuestra el carácter dinámico de este nuevo derecho humano. De hecho, corresponde al Estado asumir un rol que permita la institucionalización de la reutilización hídrica para garantizar que la aspiración de la sostenibilidad hídrica se cumpla y evitar caer en meros discursos retóricos. Por lo que el reconocimiento y positivización del derecho al agua, requiere complementarse y nutrirse, desde una dimensión ética, moral y política, solo así existiría una satisfacción plena y efectiva (Sánchez-Brazo, 2006).

En el contexto del constitucionalismo ecológico latinoamericano, la protección de la Naturaleza exige la incorporación del principio de sostenibilidad y ética ambientalista a las diferentes formas de gestión que desarrollan los Estados. La actuación gubernamental sostenible reivindica diferentes metodologías que buscan generar el menor impacto ambiental. La reutilización de los recursos hídricos permite abrir un nuevo horizonte hacia una gestión institucionalizada que propenda a la regulación integral del agua. Desde una posición de derechos humanos, la incorporación de la reutilización al discurso jurídico encuentra justificación en la progresividad de los derechos. La progresividad de los derechos humanos es una característica innata y le permite a su estructura ampliarse tanto en su contenido como en la eficacia de su control (Carpizo, 2011).

Es importante sostener que un régimen jurídico de tratamiento de aguas y su reutilización contribuye al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y a la elaboración precisa de un sistema institucional de servicios públicos hídricos, contruidos sobre un modelo que privilegie la gestión integral de estos recursos. En efecto, la reutilización es un factor clave para invocar la sostenibilidad hídrica y con la Declaración de la Década del Agua del año 2005 al 2015, cuya denominación fue "El Agua, Fuente de Vida", la reutilización del agua preocupó a los gobiernos latinoamericanos que empiezan a prestar atención a este factor. Este tema empieza a incluirse en el discurso político, sobre todo como consecuencia del Informe Regional sobre la Evaluación (2000) en la región de las Américas, estudio que arroja, entre otras cifras, que solamente el 13.7% de las aguas residuales que derivan del uso doméstico poseen una conexión a redes de alcantarillado, recibiendo en alguna medida un tratamiento específico; sin embargo, cerca de 208 millones de habitantes descargan sus aguas sin ningún tipo de tratamiento específico.

En este sentido, el 22 de marzo del 2017, en la ciudad de Durban, se celebraría el Día Mundial del Agua bajo el lema “Aguas Residuales, el recurso desaprovechado”. En dicho encuentro se presentó el Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos, en el cual se puede evidenciar cómo las aguas residuales, una vez tratadas, pueden ser un recurso inestimable para satisfacer la creciente demanda de agua dulce destinado a las diversas actividades del quehacer social. Al ser el agua dulce un recurso finito y limitado, el agua residual, una vez tratada, puede constituirse como el nuevo “oro negro”, al contribuir al cumplimiento de uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, cuya meta es reducir, para el 2030, la cantidad de aguas residuales sin tratar a la mitad. La idea, según este informe, es profundizar la reutilización como una herramienta que permita gestionar y reciclar el agua que usamos en nuestra vida cotidiana, así como en las diversas actividades industriales y productivas.

El Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos destaca el uso planificado y seguro del agua tratada en Jordania, en donde desde el año 1977 se ha logrado que el 90% de sus aguas residuales sean tratadas y utilizadas para el riego de cultivos; de la misma manera, el caso de Israel es otro ejemplo de gestión integral de recursos hídricos, ya que sus aguas residuales tratadas representan cerca de la mitad de toda el agua usada para sus regadíos.

La regulación de la reutilización del agua debe guardar conexión con el mantenimiento del equilibrio ambiental y como un instrumento que invita a la generación a un cambio de paradigma, cuyo eje se refiere al cuidado con un pensamiento que reivindica la importancia de la sostenibilidad ambiental. En este contexto, es posible formular una interrogante: ¿Nos podríamos situar entonces en una economía de orden circular? Al parecer sí y es que la reutilización del agua como método de protección medioambiental se perfila como un servicio público hídrico emergente, presente para proyectar un modelo de sostenibilidad del agua, en beneficio del ser humano y de la *Naturaleza*.

En el mundo antiguo, la reutilización de las aguas dio algunas pautas para que el futuro pueda profundizar su concepto. Por ejemplo, está su utilización como una fuente alternativa en las civilizaciones griegas y romanas; y posteriormente, con los efectos de la Revolución Industrial y luego con la reorganización europea post Segunda Guerra Mundial, la depuración y reutilización de las aguas incentivó la implementación de un sistema regulatorio que determine el uso de las aguas tratadas (Wimpenny et al., 2013). Durante las últimas décadas, la regeneración, el reciclaje y la reutilización de las aguas residuales adquieren una connotación que trasciende a la esfera de la planificación hídrica integral. Precisamente, la Carta Europea sobre Recursos Hídricos, del año 2001, es una buena muestra para comprender que la reutilización debe ser incorporada en la estructura del derecho humano al agua y al saneamiento. La reutilización del agua se construye sobre la base de los principios ambientales recogidos por la doctrina ambientalista internacional, que guían el uso de los recursos hídricos de una manera integral;

además que promociona derechos y deberes de los ciudadanos y de los entes gubernamentales.

La clara necesidad de institucionalización pública, basada en un servicio público de reutilización del agua, requiere de una nueva forma de gestión integral de los recursos hídricos. Precisamente, la reutilización del agua necesita consolidarse mediante un conjunto de instrumentos normativos y políticas públicas hídricas. En este orden de ideas, es necesario que se potencie la reutilización del agua como una fuente hídrica alternativa, con el fin de contribuir a la disminución de la escasez de agua dulce. Ciertamente, la sostenibilidad de los recursos hídricos debe incorporar una visión que fomente la reutilización como un factor que contribuya al buen uso de las aguas residuales, producto de la actividad doméstica o industrial. El beneficio de la reutilización hídrica, conforme la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, está orientado a principalmente a cambiar los patrones de consumo, contribuir a la protección del ambiente y a la biodiversidad, lograr el crecimiento económico e industrial que trae como consecuencia una mejora en la gestión del suelo, del agua y del aire.

Precisamente, una de las metas para el año 2030 y que se ha planteado por parte de las Naciones Unidas, es lograr y poner en práctica la gestión integrada de los recursos hídricos en todos los niveles, inclusive mediante la cooperación transfronteriza, lo cual trae aparejado el desarrollo de una economía circular que reduce extracciones de agua y la pérdida de recursos en los diferentes sistemas de producción y actividades económicas. Según el Informe Mundial sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos de las Naciones Unidas 2017: Aguas residuales, el recurso desaprovechado, es necesario lograr la aprobación social respecto al uso de aguas residuales reutilizadas para fortalecer la sostenibilidad de los recursos hídricos. Este fortalecimiento de los recursos hídricos se lograría mediante la institucionalización de un servicio público integral, bajo la prestación directa del Estado o mediante la colaboración de agentes privados que prestan dicho servicio a nombre del Estado o de manera colaborativa.

Se plantea entonces que la reutilización del agua es un mecanismo potenciador de la sostenibilidad hídrica que incorpora diversos elementos técnicos encaminados a la protección, aseguramiento y el ahorro de un recurso ambiental finito como es el agua (Hespanhol & Bezerril, 2008). La estructura jurídica especializada en materia hídrica cobra fuerza y asume una faceta eminentemente técnica. Así, la complementariedad de una estructura normativa y de política pública en materia hídrica resulta fundamental. Solo así es posible la aplicación adecuada de la reutilización del agua, que evite la concreción de eventos dañosos, graves e irreversibles, que pueda sufrir el ambiente o el individuo como consecuencia de la falta de certeza del desarrollo de la reutilización del agua (Arcila, 2009).

Es innegable que la reutilización del agua se presenta como una oportunidad interesante para fortalecer el abastecimiento convencional del agua. Precisa-

mente, el criterio del Informe mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos del año 2019, considera que la reutilización del agua ofrece diversas oportunidades para fortalecer el abastecimiento convencional de agua, sobre todo en ciudades donde las fuentes de agua son distantes. A pesar de la importancia estratégica de un recurso hídrico no convencional como es el agua reutilizada, aún no existen las suficientes políticas y normas que permitan explotar todo el potencial del agua reutilizada. La institucionalización jurídica y política de la reutilización del agua es una tarea pendiente para los Estados.

#### **4. Hacia un Derecho Fundamental al Agua, al Saneamiento y a la Reutilización**

La preocupación de los Estados por conservar fuentes de agua que puedan ser utilizadas por los individuos es una preocupación actual que debe influir en la construcción de políticas y de normas que guíen, desarrollen y fortalezcan el derecho humano al agua y al saneamiento. El carácter dúctil de los derechos humanos ha hecho posible un resurgimiento y reconocimiento de nuevas categorías, consideradas emergentes o del siglo XXI, que desde luego se encuentran en sintonía con las necesidades actuales. Bajo este contexto, los derechos humanos del siglo XXI encuentran su fundamento en un modelo social caracterizado por la globalización y las prácticas mercantilistas. Los derechos humanos emergentes, como una propuesta innovadora, reflejan y reivindican la protección y promoción de un conjunto de derechos humanos necesarios para dignificar al individuo y para proteger al ambiente. El derecho humano al agua y al saneamiento se perfila como un derecho humano emergente que aporta un cúmulo de aspiraciones relativas a la dignificación del individuo, la protección de la *Naturaleza*, en lo que respecta a las fuentes hídricas y equilibrio ecosistémico, y el desarrollo de la sostenibilidad hídrica.

En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador del 2008, de acuerdo con el artículo 318 inciso primero, con el objetivo de fortalecer las estructuras de políticas públicas y normativas, prohíbe cualquier tipo de apropiación o privatización del agua. Con este enfoque claro, los recursos hídricos pasan a ser considerados un recurso esencial para mantener el frágil equilibrio eco-sistémico, dejando a un lado el criterio que reconocía que este recurso es una utilidad meramente comercial. La introducción del concepto de patrimonio, que reemplaza a la noción de bien público en la estructura constitucional ecuatoriana, resulta un avance al permitir garantizar el agua para las futuras generaciones. Hablar del patrimonio hídrico, abre la puerta a la protección y garantía de los ciclos vitales del agua y sus diversos usos o valores, sean ambientales, sociales, culturales, económicos, entre otros. El contexto constitucional ecuatoriano ha creído conveniente dejar de pensar en el *capital natural* que traía consigo diferentes procesos mer-

cantilizados. Por lo tanto, es importante hablar del agua como un *patrimonio natural* que guarda concordancia plena con el reconocimiento de los derechos de la *Naturaleza*, en tanto obliga a múltiples actores a la defensa de estos, por su valor intrínseco independientemente de su utilidad en el comercio (Acosta, 2010).

El reconocimiento constitucional del derecho humano al agua como fundamental e irrenunciable, de acuerdo al artículo 12 de la Constitución de la República del Ecuador, no se reduce al acceso para el consumo humano o doméstico, sino al derecho de uso del agua para garantizar la vigencia de otros derechos como los de la *Naturaleza*, la salud, la soberanía alimentaria y los diferentes usos culturales del agua. Este modelo permite construir una visión que también incorpora a la reutilización como un elemento que potencia la sostenibilidad hídrica. La dimensión sociocultural del agua, reconocida por el constitucionalismo ecuatoriano, permite relacionar el concepto de patrimonio nacional con las diferentes posiciones, costumbres e historia, con las cuales las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas desarrollaron el concepto y el valor del agua.

Ciertamente, la planificación e institucionalización práctica de un derecho humano que integre el agua potable, el saneamiento y la reutilización conllevaría el nacimiento de una obligación directa por parte del Estado de proteger las fuentes, vertientes y zonas de recarga, regulando su uso para actividades hidrocarburíferas, mineras o cualquier otro tipo de actividad contaminante. La precaución y prevención del agua como deberes del Estado, según el constitucionalismo ecuatoriano se extiende cuando existe el deber de respetar y mantener el curso natural de ríos, cascadas, arroyos y esteros, evitando que los proyectos de captación o desvío de agua puedan afectar los ciclos y caudales ecológicos.

El derecho humano al agua y al saneamiento en el modelo ecuatoriano se encuentra aún bajo construcción. Una de las cuestiones que requieren un verdadero estudio pormenorizado y que permitirá una aplicación efectiva de este derecho se refiere a la planificación de un sistema de gestión hídrica integral y promocionar un modelo que priorice la prestación de servicios hídricos integrales y sostenibles.

## 5. Un horizonte en construcción

Es indudable la importancia del derecho al agua y al saneamiento. La preocupación de los Estados por conservar fuentes de agua que puedan ser utilizadas por los individuos se ha convertido en una de las principales políticas de Estado. Según la noción biocéntrica, esta preocupación trasciende a otros entes que conforman el mundo ecológico y su carácter personalísimo y su faceta transversal permite condicionar la existencia y el ejercicio de cualquier otro derecho.

El carácter dúctil de los Derechos Fundamentales ha hecho posible un resurgimiento y reconocimiento de nuevas categorías consideradas *emergentes o del siglo XXI*, que desde luego se encuentran en sintonía con las necesidades actuales, fruto del desarrollo social desenfrenado. Bajo este contexto, los *Derechos Humanos del siglo XXI* encuentran su fundamento en un modelo social caracterizado por la globalización y las prácticas mercantilistas, lo que trae consigo que las diversas actividades de los seres humanos sean insostenibles. Esta categoría de derechos humanos combaten el pensamiento consumista y mercantilista, reflejan la importancia de la protección y promoción de un conjunto de derechos humanos afines a las necesidades actuales en el marco de la diversidad cultural y natural. Los *derechos emergentes*, que surgen como consecuencia de la sociedad globalizada y de la indiferencia de los Estados, son considerados reivindicaciones necesarias de la sociedad que pugna por la formulación de nuevos derechos humanos. Uno de estos nuevos derechos, que se perfila como el centro de atención mundial por estar vinculado a múltiples facetas de la vida, es el *derecho al agua y al saneamiento*, pues los derechos humanos no pueden ser mecánicos ni rígidos, al contrario, dan respuesta a un cúmulo de aspiraciones: una de ellas es lograr la sostenibilidad hídrica.

La introducción del concepto de *patrimonio*, que reemplaza a la noción de bien en la estructura constitucional ecuatoriana, resulta un avance al permitir garantizar el agua para las futuras generaciones. Hablar del *patrimonio hídrico*, abre la puerta a la protección y garantía de los ciclos vitales del agua y sus diversos usos o valores, sean ambientales, sociales, culturales, económicos u otros. Aceptar el concepto de agua desde un enfoque público replantea la forma misma de entender su importancia para la vida.

La estructura del *Derecho al Agua y al Saneamiento* requiere adaptarse a las nuevas exigencias sociales, contemplando el reconocimiento de la reutilización como parte de la estructura básica de este derecho, lo que permitiría garantizar la disponibilidad de agua para el futuro. Parte del cumplimiento de los *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, especialmente en lo que tiene que ver el objetivo número 6, es combatir directamente la proyección que se tiene para el 2050, año en el cual se tiene previsto que al menos un 25% de la población mundial viva en un país afectado por escasez crónica y reiterada de agua dulce.

Es importante destacar que el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 6 delimita los ejes que requieren ser potenciados por parte del Estado, el ciclo del agua, la calidad del agua, la gestión de aguas residuales, el uso, la escasez y la gestión de los recursos hídricos; estos factores demandan un desarrollo desde la política pública como de la normativa específica. El agua y su incorporación en los Objetivos de Desarrollo Sostenible proyecta un esquema de planificación programática con un enfoque transversal, que los Estados deben implementar para garantizar que en el año 2030, se pueda consolidar la sostenibilidad hídrica. Con relación con este tema, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció la necesidad de un tratamiento integral de las cuestiones relacionadas con el agua

por su relación entre sí; además, reconoció que el agua potable, el saneamiento y la higiene se encuentran en el núcleo del desarrollo sostenible.

Uno de los componentes más destacados del Objetivo de Desarrollo Sostenible número 6 consiste en la necesidad de desarrollar un marco sectorial de gestión integral de recursos hídricos para equilibrar los diferentes usos del agua. De ahí que para el año 2030, sea factible constatar actividades y programas sobre la captación de agua, desalinización, uso eficiente de los recursos hídricos, tratamiento de aguas residuales, reciclado y tecnologías de reutilización.

Bajo esta perspectiva, la fundamentalidad del Objetivo de Desarrollo Sostenible número 6 transforma la manera de construir las políticas públicas nacionales y sienta las bases para una adecuada institucionalización jurídica de la reutilización del agua como un factor que cierra el círculo de los servicios públicos hídricos. De hecho, la Agenda para el 2030, sostiene la necesidad de que se pueda profundizar la implementación del ciclo integral del agua como una oportunidad para el cumplimiento de los derechos humanos. El ciclo integral del agua garantiza un entorno que potencia la sostenibilidad hídrica y la aplicación de un modelo que privilegia la economía circular.



## 6. Referencias

- 8° Foro Mundial del Agua. (2018). *Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica (Declaración de 10 principios)*. [https://www.iucn.org/sites/default/files/2022-11/brasilia\\_declaracion\\_de\\_jueces\\_sobre\\_justicia\\_hidrica\\_spanish\\_unofficial\\_translation\\_0.pdf](https://www.iucn.org/sites/default/files/2022-11/brasilia_declaracion_de_jueces_sobre_justicia_hidrica_spanish_unofficial_translation_0.pdf)
- Aguilar-Cavallo, G. (2007). La Internacionalización del Derecho Constitucional. *Estudios Constitucionales*, 5 (1), 223-281. <https://www.redalyc.org/pdf/820/82050109.pdf>
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Arcila, B. (2009). El principio de precaución y su aplicación judicial. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (111), 283-304. <https://www.redalyc.org/pdf/1514/151412839004.pdf>
- Asamblea Constituyente de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia 1991, actualizada con los Actos Legislativos a 2016*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>
- Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional. (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/cpe/cpe.pdf>
- Asamblea Mundial de la Salud. (1977). *Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua*. [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/105490/WHA30.33\\_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/105490/WHA30.33_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial, No. 449*. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>
- Boaventura de Sousa, S. (2008). La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional. En *Pensando el Estado y la sociedad: desafíos actuales* (pp. 139- 152). Muela del Diablo Editores. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/coediciones/20160304042659/cap5.pdf>
- Carpizo, J. (2011). Los Derechos Humano: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones Constitucionales*, (25), 19- 22. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932011000200001](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200001)

- Clark, C. (2014). El lugar central de la participación comunitaria para hacer efectivo el derecho al agua. El caso ilustrativo de Sudáfrica. En S. Farhana, *El Derecho al agua. Economía, Política y Movimientos Sociales*. Trillas.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consejo Económico y Social. (2002). *Observación General 15*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf>
- Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente CIAMA. (1992). *Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible*. <http://appweb.cndh.org.mx/derechoagua/archivos/contenido/CPEUM/E1.pdf>
- Consejo de Europa. Comité de Ministros. (2001). *Carta Europea de Recursos Hídricos*. [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=0900001680504d85](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680504d85)
- Constitución de la República de Colombia. (2015). *Sentencia T-740/11*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-740-11.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (1995). *Sentencia No. T-092/95. Sobre la calidad del agua que afecta directamente los derechos fundamentales de la vida y a la salud*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-092-95.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2010a). *Sentencia T-614/ Acción de Tutela Contra Alcaldía Municipal y Empresa Sanitaria*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-614-10.HTM>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2010b). *Sentencia T-418/10, Acción de Tutela contra la Administración Municipal de Arbeláez y la Asociación de Usuarios del Acueducto Regional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-418-10.htm>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2010c). *Sentencia T-717/10. Acción de Tutela*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-717-10.htm#:~:text=T%2D717%2D10%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20derecho%20a%20disponer%20y,de%20proteger%20y%20de%20garantizar>
- Escorihuela, M. (2006). *El Derecho al Agua en el Derecho Argentino*. Thomson Aranzadi.
- Estapá, S. (2012). El derecho humano al agua potable y al saneamiento perspectiva jurídica internacional. *Derechos y libertades*, (26), 145-180.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*. Trotta.

- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Trotta.
- Giddens, A. (1993). *Consecuencias de la Modernidad*. Alianza.
- Gudynas, E. (2009). La Ecología Política del Giro Biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*, (32). <http://www.scielo.org.co/pdf/res/n32/n32a03.pdf>
- Habermas, J. (1998). Derechos Humanos y Soberanía Popular. Las versiones liberales y republicana. En R. Águila y F. Vallespín (Eds.), *La Democracia en sus textos*. Alianza.
- Hespanhol, I. & Bezerril, P. (2008). *Conservação e reúso de água como instrumentos de gestão de 2017*. <http://www.brasilengenharia.com/portal/images/stories/revistas/edicao586/Art.Saneamento.pdf>
- Howard, G. & Bartram, J. (2003). *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*. World Health Organization. [https://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/diseases/WSH03.02.pdf](https://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf)
- Hoyos-Rojas, L. y Cera-Rodríguez, L. (2013). El derecho humano al agua como reivindicación neoconstitucional del sistema internacional de los derechos humanos: un nuevo derecho constitucional en Colombia. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, (2). [https://www.palermo.edu/derecho/pdf/DA\\_N3\\_04.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/pdf/DA_N3_04.pdf)
- Instituto de Derechos Humanos de Cataluña. (2009). *Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes*. <https://www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf>
- Juzgado Civil y Comercial de 8º Nominación en autos. (2004). *Expediente 500003/36. Sentencia Nro. 500. Marchisio José Bautista y otros*. <https://silo.tips/download/sentencia-numero-500>
- Organización de las Naciones Unidas. (1980a). *55ª. Proclamación del Decenio Internacional del Agua y del Saneamiento Ambiental*. <https://undocs.org/es/A/RES/35/18>
- Organización de las Naciones Unidas. (1980b). *Resolución 35/18*. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/35/18>
- Organización de las Naciones Unidas. (1987). *Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y el Desarrollo. Informe Brundtland*. <https://undocs.org/es/A/42/427>

- Organización de las Naciones Unidas. (1992a). Departamento de Asuntos Económicos y Sociales - División de Desarrollo Sostenible. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Organización de las Naciones Unidas. (1992b). Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Desarrollo Sostenible. *Programa 21, Cumbre para la Tierra*. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21sptoc.htm>
- Organización de las Naciones Unidas. (1994). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd\\_spa.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas. (1993). Resolución A/RES/47/193. <https://undocs.org/es/A/RES/47/193>
- Organización de las Naciones Unidas. (1996). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos*. <https://undocs.org/es/A/CONF.165/14>
- Organización de las Naciones Unidas. (2004). Resolución 58/217. <https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/a-58-217-spanish.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2010). Resolución 64/292. [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S)
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2015*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO. (2017). *Informe mundial de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos. Aguas residuales: el recurso no explotado*. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000247647>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO. (2019). *Informe Mundial de Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019: No dejar a nadie atrás*. [https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcdef\\_0000367304&file=/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach\\_import\\_f2c52ff5-c96b-4e14-bf6a-9967dca6721a%3F\\_%3D367304spa.pdf&locale=es&multi=true&ark=/ark:/48223/pf0000367304/PDF/367304spa.pdf#%5B%7B%22num%22%3A75%2C%22gen%22%3A0%7D%2C%7B%22name%22%3A%22XYZ%22%7D%2Cnull%2Cnull%2C0%5D](https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcdef_0000367304&file=/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_f2c52ff5-c96b-4e14-bf6a-9967dca6721a%3F_%3D367304spa.pdf&locale=es&multi=true&ark=/ark:/48223/pf0000367304/PDF/367304spa.pdf#%5B%7B%22num%22%3A75%2C%22gen%22%3A0%7D%2C%7B%22name%22%3A%22XYZ%22%7D%2Cnull%2Cnull%2C0%5D)

Organización Mundial de la Salud. (2006). *Guías para la calidad del agua potable, Catalogación por la Biblioteca de la OMS*. [https://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/dwq/gdwq3\\_es\\_full\\_lowsres.pdf](https://www.who.int/water_sanitation_health/dwq/gdwq3_es_full_lowsres.pdf)

Organización Panamericana de la Salud. Organización Mundial de la Salud. (2001). *Informe Regional sobre Evaluación 2000 en la Región de las Américas*. <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/46027/Info-reg.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sánchez-Brazo, Á. (2006). *Agua: Un recurso escaso*. ArCiBel.

Soria, J. (2014). *La Justicia Medioambiental y su posible introducción en el ordenamiento jurídico español* [Tesis de Doctorado, Universitat de Valencia]. Departament de Dret Constitucional, Ciència Política i de l'Administració. <https://roderic.uv.es/handle/10550/39362>

Touraine, A. (2015). *¿Qué es la Democracia?* Fondo de Cultura Económica.

Vallaure, J. (2011). Seguridad Alimentaria y Desarrollo Humano. En F. R. Aravena (Ed.), *Iberoamérica: Distintas miradas, diferentes caminos para metas compartidas. El bienestar y el desarrollo* (pp. 167-172). FLACSO. <http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2012/12015.pdf>

Wimpenny, J., Heiz, I. y Koo-Oshima, S. (2013). *Reutilización del agua en la agricultura: ¿Beneficios para todos?* Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. <http://www.fao.org/3/i1629s/i1629s.pdf>

Zagrebel'sky, G. (1995). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trotta.



# Sumario VI

## Teoría del Dominio Público

1. El Dominio Público. Evolución y Concepto. 2. El Dominio Público y sus principios articuladores en el contexto jurídico ecuatoriano. 2.1. Principio de Inalienabilidad. 2.2. Principio de Imprescriptibilidad. 2.3. Principio de Inembargabilidad. 3. Las Funciones que debe cumplir la Propiedad: Función Social y Función Ambiental. 4. La Afectación como presupuesto determinante de la demanialidad; la utilidad pública. 5. Elementos centrales de la afectación en el dominio público. 5.1. Temporalidad de la Afectación. 5.2. La Declaración de Utilidad Pública. 6. La Expropiación. 6.1. Elementos de la Expropiación. 6.2. Características de la Expropiación. 6.3. Fundamento de la Expropiación. 6.4. Regulación Jurídica de la Expropiación. 7. Referencias.





## 1. El Dominio Público. Evolución y Concepto

El concepto de Dominio Público ha sido una cuestión de permanente reflexión en el Derecho Administrativo. De una manera amplia, se puede concluir que el Dominio Público está constituido por todos aquellos bienes y recursos de propiedad de la administración pública, a los cuales los particulares no tienen acceso, pero tienen derecho a usar para fines públicos, generalmente sin costo alguno. Ciertamente, aunque la forma como se entiende hoy en día se ha desarrollado y refinado durante años, el concepto de Dominio Público se ha mantenido. En la antigüedad, el concepto de Dominio Público estaba construido sobre las leyes de los primeros estados civilizados; por ejemplo, el Código Hammurabi establecía normas sobre el uso de los terrenos, regulando el uso de los bienes comunes como los cursos de agua. Luego, el derecho romano ofrecería una perspectiva, donde el Dominio Público sería considerado como una propiedad que pertenecía a todos los ciudadanos romanos. Esta propiedad incluía todos los bienes públicos, como los parques, monumentos, baños, acueductos y carreteras de la ciudad. Los ciudadanos podían usar y disfrutar de estos bienes sin restricciones, aunque también estaban sujetos a la autoridad del Estado. La propiedad del dominio público era también una forma de garantizar que los recursos de una comunidad estuvieran disponibles y al alcance de todos quienes formaran parte de la sociedad romana.

A través del tiempo, el Dominio Público ha generado una importante interacción jurídica, partiendo del hecho de que la comunidad debe beneficiarse de su contenido. Por ejemplo, en el año 1474, el Papa Sixto IV promulgó la bula papal *Preclarissimum* que establecía que el autor de una obra podía controlar los derechos de autor durante su vida, pero caerían en el Dominio Público una vez que el autor falleciera. Este tecnicismo y forma de entender el Dominio Público fue asumido por diversos estados europeos como en Inglaterra, Francia y España, los cuales establecieron normas similares. La Revolución Francesa supondría que el Dominio Público cobre una dinámica particular motivada principalmente por un contexto que priorizó los derechos humanos elementales, es decir, el concepto de Dominio Público se lo desarrolló enmarcado en una forma de garantizar la igualdad y los derechos de los ciudadanos. Claramente, esta teoría fue presentada como una respuesta a la creciente y permanente amenaza del Derecho Fundamental de Propiedad, sustentada en la creencia de que los recursos de la comunidad, como los bienes naturales, deben estar disponibles para todos los ciudadanos, sin importar su estatus económico o social. Esto se conoce como el principio de dominio público que establece que los recursos comunes como los bienes naturales, no pueden ser privados.

Durante la Revolución Francesa, la teoría del Dominio Público motivó la construcción de una estructura jurídica que establecía que los recursos comunes, como los bienes naturales, no pueden ser adquiridos por ningún individuo, sino que deben estar disponibles para todos los ciudadanos. Así mismo, el modelo

francés estableció que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a estos recursos sin restricción, es decir que todos los ciudadanos tenían el derecho a usar estos recursos para satisfacer sus necesidades básicas como el agua, la tierra y el aire, sin ninguna restricción.

Bajo estas consideraciones, el pensamiento francés trazaría el camino para esbozar un sistema de Dominio Público, al amparo de la Dogmática Administrativa. En ese sentido, Hauriou (citado en Casali, 2020) propone un primer acercamiento para entender su naturaleza jurídica y sostiene que el Dominio Público se refiere a una “protección especial a los bienes de servicio público y concibe el instituto como la forma especial de propiedad del Estado”. Precisamente, la relación del dominio público con derecho de propiedad, basándonos en el criterio de Garrido Falla (citado en Casali, 2020) sugiere que el *Estado tiene sobre determinados bienes un régimen jurídico exorbitante diverso al que existe y se aplica en el Derecho Civil*. El Derecho de Propiedad, en un contexto constitucional, reconoce su ejercicio según el sujeto de Derecho, lo que genera modulaciones a tomar en cuenta; conforme lo dicho por Roberto Dromi (2001), el Dominio Público está constituido por el conjunto de bienes de propiedad de los entes públicos que por los fines de utilidad, están destinados para atender un requerimiento de la sociedad.

La conceptualización del Dominio Público, al ser una noción amplia, resulta compleja, por eso para comprender su esencia es necesario acudir a los precedentes que han orientado los ejes caracterizadores de dicha noción. En la Tabla 27 y 28 encontramos los elementos que articulan la noción de Dominio Público en el contexto ecuatoriano.

**Tabla 27**

Resolución del Recurso de Casación

Resolución del Recurso de Casación		
Corte Suprema de Justicia – Ecuador Primera Sala de lo Civil y Mercantil	Resolución N° 0104-2002 Juicio N° 0280-2001	27 Mayo 2002
Situaciones Fácticas	Elementos Orientadores	Aporte Conceptual
<ul style="list-style-type: none"> <li>Juicio de expropiación, seguido por el Centro de Rehabilitación de Manabí en contra de Leopoldo Aguilar Barzallo y Laura Elena García de Aguilar.</li> <li>Indexación del precio fijado “justo precio” en sucres, actualizados en dólares por el desequilibrio sufrido por la depreciación monetaria.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Sobre los bienes del derecho privado y los eventuales derechos de los particulares, se rigen por las disposiciones del Código Civil.</li> <li>El Código Civil no contiene una definición del dominio público, sino que se limita a mencionar qué cosas tienen ese carácter.</li> <li>El Código Civil enumera, a manera de ejemplo, los bienes Nacionales. Los otros bienes que por sentido residual no son incluidos en la clasificación anterior, los llama bienes del Estado.</li> <li>La clave para ubicar a los bienes del Estado en una o en otra categoría son la afectación y la desafectación.</li> <li>Clasifica, en el <i>dominio público natural</i>, el dominio público, lo efectúa la ley e implica su afectación de puro derecho. Ejm: zócalos submarinos, las minas, el mar adyacente.</li> <li>Los bienes de <i>dominio público artificial</i>, además de la calificación de la ley, se requiere de un acto de afectación de parte del Estado.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El dominio público es un conjunto de bienes de propiedad del Estado, entendiéndose comprendido en él las entidades del sector público, que por los fines de utilidad común a los que responden, están sujetos a un régimen especial de derecho público.</li> <li>El criterio para distinguir las categorías de “dominio público” y “dominio privado” atiende básicamente al destino o uso asignado al bien. La esencia del dominio público de un bien está dada, pues, porque el bien está destinado, directa o indirectamente, al servicio público.</li> </ul>

*Nota.* Sistematización del autor a partir de la Resolución N° 0104-2002 Juicio N° 0280-2001. De la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, de la Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador.

**Tabla 28**  
Resolución del Recurso de Casación

Resolución del Recurso de Casación		
Corte Suprema de Justicia – Ecuador	Resolución N° 0104-2002 Juicio N° 0280-2001	27 Mayo 2002
Situaciones Fácticas	Elementos Orientadores	Aporte Conceptual
<ul style="list-style-type: none"> <li>• GALACABLE; Servicios Tecnológicos CÍA. LTDA en contra del Presidente del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión; CONARTEL, del Superintendente de Telecomunicaciones y del Procurador General del Estado.</li> <li>• Pago de tarifas debidamente liquidadas por el CONARTEL, a partir del 1 de octubre de 1997, por parte de la compañía GALACABLE; Servicios Tecnológicos CÍA. LTDA.</li> </ul>	<p>Existen dos tipos de utilización de bienes de dominio público por parte de los administrados:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. El uso común ejercido por las personas y sin determinación de sujeto específico. No está destinado a un usuario determinado, sino al colectivo general, con la observancia de normas reglamentarias de autoridad competente.</li> <li>2. El uso especial. Usuario reserva para sí una fracción exclusiva del dominio público en virtud de la facultad que le ha sido conferida, previo al cumplimiento de las formalidades del ordenamiento jurídico.</li> </ol>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dominio Público es el conjunto de bienes de propiedad del Estado, afectados por ley al uso directo o indirecto de sus habitantes y se halla sometido a un régimen jurídico especial del derecho público, cuyas características son la inalienabilidad y la imprescriptibilidad.</li> <li>• La afectación es el hecho o la declaración de la voluntad de los órganos del Estado en cuya virtud un bien queda incorporado al uso directo o indirecto de la colectividad.</li> </ul>

Nota. Sistematización del autor a partir del fallo 116-2003, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador.

## 2. El Dominio Público y sus principios articuladores en el contexto jurídico ecuatoriano

Los bienes de dominio público son aquellos que la Constitución y la Ley reconoce y los cataloga como esenciales para el que Estado pueda cumplir sus fines esenciales. Así, incorporados al *demanio* público, están destinados para el uso y disfrute de todos los ciudadanos; en efecto, este tipo de bienes se encuentran destinados al interés y bienestar general de la población y su característica principal es que no son susceptibles de apropiación privada (Molina y Ortega, 2019).

La dogmática administrativa ha creído conveniente sistematizar los bienes de dominio público, para ello, en el contexto ecuatoriano, se han identificado dos tipos: los bienes de dominio de la nación y los bienes de dominio de los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Aquellos bienes que por su trascendencia económica, ambiental, social e inclusive cultural requieren que el despliegue normativo transversal los controle, gestione y los administre, para la población en general son considerados de propiedad directa de la Nación; como ejemplo están: la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y los demás que determine la ley. En otras palabras, se encuentran revestidos por una especial tutela que nace desde la noción de Sector Estratégico, tal como lo señala el artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador (2008). Esta noción transversal de Bien de Dominio Público, luego es completada por lo que dispone el Código Civil en su artículo 604, el cual considera que son bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación. El eje propuesto por el Código Civil ecuatoriano, posteriormente es complementado con el artículo 421 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), el cual clarifica que los bienes nacionales de uso público destinados para el tránsito, pesca y otros objetos lícitos, amparados por la estructura del Código Civil, poseen el carácter municipal y, por consiguiente, están sujetos a un régimen jurídico especial que nace de la prerrogativa de los entes que conforman los Gobiernos Autónomos Descentralizados. El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) aclara que en lo que respecta a los recursos hídricos, por ser un recurso que forma parte del patrimonio nacional (sector estratégico), tiene una regulación particular que nace de una ley.

También son considerados bienes de dominio de los Gobiernos Autónomos Descentralizados aquellos que se encuentran sometidos a un especial régimen jurídico de competencias que permiten su gestión, administración e inclusive su control. Para ello, el artículo 416 del Código Orgánico de Organización Territorial establece que: Son bienes de dominio público aquellos cuya función es la prestación de servicios públicos, conforme las competencias de cada Gobierno Autónomo

Descentralizado a los que están directamente destinados. En concordancia con el citado precepto, el Código Orgánico de Organización Territorial (COOTAD), en su artículo 417, es claro en detallar de manera taxativa que aquellos bienes cuya gestión corresponde a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, de acuerdo con sus competencias, son:

**Tabla 29**

*Bienes de Dominio Público*

<b>Bienes de Dominio Público</b>		
<p>a) Las calles, avenidas, puentes, pasajes y demás vías de comunicación y circulación;</p> <p>b) Las plazas, parques y demás espacios destinados a la recreación u ornato público y promoción turística;</p> <p>c) Las aceras que formen parte integrante de las calles y plazas y demás elementos y superficies accesorios de las vías de comunicación o espacios públicos a que se refieren los literales a) y b);</p> <p>d) Las quebradas con sus taludes y franjas de protección; los esteros y los ríos con sus lechos y sus zonas de remanso y protección, siempre que no sean de propiedad privada, de conformidad con la ley y las ordenanzas;</p> <p>e) Las superficies obtenidas por rellenos de quebradas con sus taludes;</p> <p>f) Las fuentes ornamentales de agua destinadas a empleo inmediato de los particulares o al ornato público;</p> <p>g) Las casas comunales, canchas, mercados, escenarios deportivos, conchas acústicas y otros de análoga función de servicio comunitario; y,</p> <p>h) Los demás bienes que en razón de su uso o destino cumplen una función semejante a los citados en los literales precedentes y los demás que ponga el Estado bajo el dominio de los gobiernos autónomos descentralizados.</p>	<p>No figurarán contablemente en el activo del balance del Gobierno Autónomo Descentralizado.</p>	<p>Se encuentran fuera del mercado, su uso es gratuito.</p> <p>Podrán también ser materia de utilización exclusiva y temporal, mediante el pago de una regalía.</p>

*Nota.* Sistematización del autor a partir del artículo 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD).

El sistema jurídico ecuatoriano, en lo relacionado con los bienes de dominio público de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, establece una categoría especial denominada “Bienes afectados al servicio público”. Dicha categoría, según el artículo 418 del Código Orgánico de Organización Territorial (COOTAD), corresponde a aquellos bienes que se han adscrito administrativamente a un servicio público, cuya competencia recae directamente en un Gobierno Autónomo Descentralizado o que se han adquirido o construido para tal efecto. En ese sentido, los bienes afectados al servicio público son agrupados de la siguiente manera:

**Tabla 30**

*Bienes afectados al servicio público*

<b>Bienes afectados al servicio público</b>	
<p>a) Los edificios destinados a la administración de los Gobiernos Autónomos Descentralizados;</p> <p>b) Los edificios y demás elementos del activo destinados a establecimientos educacionales, bibliotecas, museos y demás funciones de carácter cultural;</p> <p>c) Los edificios y demás bienes del activo fijo o del circulante de las empresas públicas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados de carácter público como las empresas de agua potable, teléfonos, rastrero, alcantarillado y otras de análoga naturaleza;</p> <p>d) Los edificios y demás elementos de los activos fijo y circulante destinados a hospitales y demás organismos de salud y asistencia social;</p> <p>e) Los activos destinados a servicios públicos como el de recolección, procesamiento y disposición final de desechos sólidos;</p> <p>f) Las obras de infraestructura realizadas bajo el suelo tales como canaletas, duetos subterráneos, sistemas de alcantarillado, entre otros;</p> <p>g) Otros bienes de activo fijo o circulante, destinados al cumplimiento de los fines de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, según lo establecido por este Código, no mencionados en este artículo; y,</p> <p>h) Otros bienes que, aun cuando no tengan valor contable, se hallen al servicio inmediato y general de los particulares tales como cementerios y casas comunales.</p>	<p>En cuanto tengan precio o avalúo, figurarán en el activo del balance del GAD o de la empresa pública responsable del servicio.</p>

*Nota.* Sistematización del autor a partir del artículo 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD).

Bajo este contexto, los bienes de dominio público, entendidos como aquellos que se encuentran bajo la titularidad del Estado, poseen una clara vocación social, ya que su uso se limita a actividades de interés común y no al beneficio privado. Además, estos bienes se encuentran sometidos a un régimen jurídico especial de Derecho Público, con el objetivo de garantizar su uso adecuado y su colaboración en el cumplimiento de los fines del Estado. Cabe destacar que los bienes de

dominio público se encuentran inmersos en una estructura jurídica que promueve su protección y preservación con el propósito de que sean utilizados de manera correcta y para los fines que fueron destinados.

Se plantea entonces que los Bienes de Dominio Público son aquellos que están destinados al uso y disfrute de la colectividad, bajo la protección del Estado. El enfoque constitucional está basado en garantizar la protección de estos bienes para las futuras generaciones, lo cual evidencia una visión que promueve la sostenibilidad. En relación con ello, y sobre la base del enfoque de protección y preservación, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado detalla en su artículo 3, un conjunto de bienes o recursos, como lo denomina la Ley, que requieren de la atención y soporte de un régimen jurídico especial para fomentar su buen uso y evitar su abuso. La norma citada precisa y detalla los recursos públicos susceptibles de control administrativo, los cuales están sistematizados en la Tabla 31.

**Tabla 31**  
*Bienes de Dominio Público enfoque tutelar*

<b>Bienes de Dominio Público</b>		
	<b>Tipos</b>	<b>Variable</b>
Recursos Públicos	Bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.	No pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado de conformidad con la ley.

Nota. Sistematización del autor a partir del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.



Así, el control administrativo de los recursos públicos es una tarea fundamental para garantizar la transparencia y la eficacia en la gestión pública. En este sentido, la Contraloría General del Estado, ente de estricta naturaleza jurídica que ejerce el control administrativo, cumple un papel fundamental en la supervisión y fiscalización de los gastos, la gestión pública y el uso y abuso de los recursos públicos o bienes del dominio público. Conviene rescatar el criterio formulado por García de Enterría y Fernández (1994), quienes sostienen que el control de la gestión pública es una de las funciones esenciales del Estado, que debe ser realizado por un órgano independiente del poder ejecutivo, con el fin de garantizar la legalidad y la eficacia de la acción administrativa; y complementado luego con el aporte de Pérez Luño (2004), para quien la fiscalización de la gestión pública y de los recursos públicos es esencial para el control del poder político y la protección de los intereses generales.

El enfoque de protección y de preservación de los Bienes de Dominio Público, en el sistema jurídico ecuatoriano, se puede evidenciar mediante la aplicación de un sistema de control administrativo a cargo de la Contraloría General del Estado; esta tarea resulta fundamental para garantizar la transparencia y la eficacia en la gestión pública. Este control permite prevenir la corrupción y el mal uso de los recursos públicos o bienes de dominio público, protegiendo los intereses generales de la sociedad.

La Constitución del República del Ecuador (2008) genera una arquitectura jurídica que delimita una clara obligación del Estado para garantizar el acceso de la población a los bienes de dominio público, para que puedan ser utilizados de manera justa y equitativa. Visto de esta forma, los bienes de dominio público, en el marco constitucional ecuatoriano, se encuentran dispersos, no existe una definición objetiva para dicha noción, pero sí elementos caracterizadores que conducen a un entorno que promueve un sistema jurídico, preservacionista y proteccionista. En tal sentido, los bienes de dominio público son aquellos que son de utilidad pública, social, cultural o ambiental y se encuentran bajo la protección del Estado para garantizar su uso y disfrute de las futuras generaciones.

Los Bienes de Dominio Público, desde el marco constitucional ecuatoriano, se encuentran bajo el control y protección del Estado y están destinados a ser utilizados por la colectividad en general; estos bienes son vistos como un recurso esencial para garantizar el desarrollo sostenible y la satisfacción de las necesidades básicas de la población. De tal suerte que la noción de bienes de dominio público, en el constitucionalismo ecuatoriano, debe reunir tres ejes fundamentales considerados sus principios rectores, los cuales son: Principio de Inalienabilidad, Principio de Imprescriptibilidad y Principio de Inembargabilidad.

## 2.1. Principio de Inalienabilidad

El Principio de Inalienabilidad es una de las características fundamentales de los bienes de dominio público, lo que significa que una vez que un bien se encuentra bajo la jurisdicción del Estado, éste no puede ser vendido, cedido o transferido a otro sujeto de derecho. Esta regla jurídica tiene como objetivo garantizar la preservación de los bienes públicos para el interés general de la sociedad. El esquema de Derecho Administrativo promueve que los bienes de dominio público puedan usarse para fines públicos y no para privados o comerciales.

Visto así, la Inalienabilidad es una característica fundamental que define a los bienes de dominio público, cuyo objetivo es proteger los bienes de la especulación privada y garantizar su conservación para el beneficio de la comunidad. En efecto, la inalienabilidad determina que los bienes de dominio público no pueden ser transferidos a particulares, salvo que se trate de una transmisión temporal y con el fin de asegurar la prestación e integridad de un servicio público (Clavero, 2016). Por lo tanto, el principio de inalienabilidad está presente y es reconocido como una noción precisa que protege los bienes de dominio público de la especulación privada; esto permite que puedan ser usados y destinados en beneficio del interés colectivo y para la satisfacción de necesidades colectivas.

De lo dicho, el Estado debe asegurar que los bienes de dominio público sean usados de manera óptima para promover el bienestar de la comunidad. La inalienabilidad no se configura como una indisponibilidad natural o física, sino como una indisponibilidad de carácter jurídico que supone la prohibición de enajenación.

## 2.2. Principio de Imprescriptibilidad

El principio de imprescriptibilidad es una característica de los bienes de dominio público, que se define como la inmunidad de estos bienes a la caducidad de los títulos de propiedad como consecuencia del paso del tiempo. Esto significa que, a diferencia de los bienes privados, los bienes de dominio público no pueden ser adquiridos por prescripción y, por lo tanto, pertenecen a la administración pública de por vida. Este principio se deriva de la naturaleza especial de los bienes de dominio público, los cuales son propiedad de la comunidad y están destinados al uso común y al disfrute de los ciudadanos.

La imprescriptibilidad se presenta como una característica que garantiza la estabilidad de los bienes de dominio público. Según Bové (2009), el principio de imprescriptibilidad de los bienes de dominio público está relacionado con la necesidad de proteger a los ciudadanos de la apropiación indebida de estos bienes.

### 2.3. Principio de Inembargabilidad

El Principio de Inembargabilidad es una característica que se aplica a los bienes de dominio público, el cual indica que estos bienes no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna otra medida de afectación o gravamen por parte de terceros, ya que su naturaleza es la de servir a la colectividad y, por lo tanto, su uso no puede ser afectado por una figura como el embargo. Este principio se encuentra recogido en el artículo 12 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual establece que el agua, como derecho fundamental e irrenunciable, forma parte del patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

En este orden de ideas, la inembargabilidad supone que ningún tercero podrá objetar o afectar el uso de estos bienes, siempre y cuando no se viole la función social para la que se encuentran destinados. El principio de inembargabilidad también está relacionado con el principio de destino, el cual explica que los bienes de dominio público están destinados a servir a la colectividad y, por lo tanto, no pueden ser afectados por una figura como el embargo. Esto significa que estos bienes no pueden ser utilizados para satisfacer deudas de particulares, aunque sean contraídas con el Estado.

## 3. Las Funciones que debe cumplir la Propiedad: Función Social y Función Ambiental

En la actualidad, la propiedad tiene una función social y ambiental que se relaciona directamente con el bienestar público. El cumplimiento de una función significa que la propiedad contribuye al desarrollo equilibrado y sostenible de los entornos sociales y naturales. La propiedad, como derecho subjetivo y fundamental, otorga un amplio espectro de prerrogativas que los individuos o propietarios poseen sobre esta. En efecto, un individuo puede usar, gozar, disfrutar, disponer e inclusive reivindicar la propiedad frente a terceros. En este amplio espectro de prerrogativas garantizadas y reconocidas por el ordenamiento jurídico también debe sumarse y vincularse la responsabilidad de los propietarios con respecto a los derechos de los demás, así como a la protección del medioambiente.

La responsabilidad de los individuos es reflejada a través de la regulación, el uso y el control de la tierra, el agua, la energía y los recursos naturales. La propiedad debe tributar directamente y ser recíproca con las funciones sociales y ambientales que los propietarios deben cumplir, con el fin de promover un desarrollo equilibrado y sostenible de su entorno.

En cuanto a la función ambiental, la propiedad y su gestión están ligadas al desarrollo sostenible y protección de la Naturaleza, así como de garantizar el acceso equitativo a los recursos naturales como: el agua, tierra, aire y energía, entre la población. Esto se traduce en el cumplimiento de los derechos humanos y el bienestar social. En efecto, la función ambiental de la propiedad se proyecta y explicita con la debida protección y preservación del medioambiente que se logra cuando el individuo vela por el cuidado y protección de los recursos naturales. La función ambiental, como lo expresa García de Enterría y Fernández (1994), implica el uso de la propiedad en armonía con el medioambiente y el desarrollo sostenible. Esto conlleva la necesidad de adoptar prácticas de gestión ambiental adecuadas y considerar los impactos ambientales de las actividades económicas. En este mismo sentido, Arango Rodríguez (2017) afirma que la función ambiental de la propiedad representa la obligación de utilizar la propiedad de manera responsable, en beneficio de la comunidad y en armonía con el medioambiente. Esta obligación implica el deber de respetar los derechos ambientales de la comunidad y tomar medidas para minimizar los impactos ambientales de las actividades económicas.

Por su lado, la función social que debe cumplir la propiedad propende a la promoción del desarrollo de los factores productivos de la comunidad, lo que trae consigo que la propiedad debe aportar y fomentar al crecimiento económico, el empleo y la inversión. Esto se refleja en el uso responsable de los recursos naturales y la inversión en infraestructuras que promueven el desarrollo sostenible. Esto incluye la creación de empleo, la mejora de la calidad de vida de la población y el fomento de la inclusión social. Con respecto a la función social de la propiedad, García de Enterría y Fernández (1994) afirman que la función social de la propiedad comprende el uso de la propiedad en beneficio de la sociedad, respetando los derechos humanos y los valores colectivos. Esta obligación se traduce en el deber de respetar los derechos humanos de los demás y tomar medidas para minimizar los impactos sociales de las actividades económicas.

De esta manera y con el criterio expuesto, los propietarios deben tomar en cuenta los impactos sociales de sus actividades y adoptar las medidas pertinentes para mitigar eventuales riesgos o daños. Así se puede confirmar que la función social debe responder a un ejercicio en armonía de propiedad conforme al contexto que la rodea, manteniendo el interés público como un eje y límite a dicho derecho. Por lo mismo, la adopción de prácticas de gestión adecuadas y la tutela de los intereses de los grupos más vulnerables, como los pueblos indígenas y las comunidades locales, deben ser un norte para fortalecer la función social de la propiedad.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano incorporó las funciones fundamentales que la propiedad debe cumplir. Por lo tanto, el ejercicio de la propiedad está subordinado y limitado a la función social y ambiental, así lo expresa el artículo 321 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), el cual es sostiene que: “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir

su función social y ambiental”. Para ello y para lograr desarrollar dichos ejes fundamentales, el ordenamiento jurídico secundario, a través de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales (2022), en sus artículos 11 y 12, clarificó y delimitó el contenido esencial de la Función Social y de la Función Ambiental de la Propiedad.

El derecho de propiedad, como se ha podido vislumbrar, es un derecho fundamental protegido por la Constitución y las leyes, pero no es absoluto. Este debe ejercerse de manera responsable y respetando los derechos de terceros y el interés general. Sobre lo dicho, se puede deducir que el derecho de propiedad no puede ser ejercido de manera arbitraria o abusiva, sino que debe estar subordinado a la función social que cumple en la sociedad. Esta opinión destaca la importancia de que el derecho de propiedad tenga una finalidad social y no se ejerza en perjuicio de otros derechos o intereses. Además, el derecho de propiedad debe ser compatible con la protección del medioambiente y la preservación de los recursos naturales. En este sentido, la noción del derecho de propiedad, por su amplitud y complejidad, debe ejercerse de manera responsable, respetando los principios de sostenibilidad y protección. Esta opinión subraya la necesidad de que el derecho de propiedad tenga una dimensión ambiental y que se respeten los límites y restricciones establecidos por la ley. El carácter tutelar de la función social y ambiental del derecho de propiedad debe ser garantizado por los poderes públicos y en especial por los operadores de justicia, quienes deben actuar como garantes de la protección de la función social y ambiental del derecho de propiedad, además de asegurarse de que se respeten los límites y restricciones establecidos por la ley.

**Tabla 32**  
Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales

<b>Función Social</b>	
<b>Artículo 11</b>	
<p><b>Definición</b></p> <p>Aptitud productiva, sostenible y sustentable para garantizar la soberanía alimentaria, generación de trabajo. No afecta otros derechos individuales y colectivos. Aplica sobre predios rurales.</p>	<p>1. Actividades productivas de manera continua, sostenible y sustentable, incluyendo los períodos de descanso;</p> <p>2. Genera trabajo familiar o empleo;</p> <p>3. Por su extensión y eficiencia productiva, no constituye latifundio, establecido por la Autoridad Agraria Nacional ni concentración de tierra rural, en los términos de esta Ley;</p> <p>4. Aprovecha sosteniblemente las obras de riego, drenaje, infraestructura existente y otras que el Estado ha ejecutado para mejorar la producción y la productividad agropecuaria;</p> <p>5. Mantiene los promedios de producción y productividad establecidos por la Autoridad Agraria Nacional de acuerdo con la zona en que se encuentra y al sistema de producción;</p> <p>6. Respeta los derechos individuales y colectivos de trabajadores y poblaciones humanas en el área de influencia del predio; y</p> <p>7. Emplea tecnologías que no afecten a la salud de los trabajadores y de la población.</p>
<p>Condiciones para que una propiedad cumpla su función social.</p>	<p>Elementos orientadores para establecer promedios de producción y productividad</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La aptitud del suelo, considerando condiciones físicas, químicas y biológicas, climáticas, altitud, topografía, humedad del suelo y fertilidad, salinidad, alcalinidad.</li> <li>2. Potencial productivo de los suelos.</li> <li>3. Cartografía zonal de suelos.</li> </ol>

Nota. Sistematización del autor a partir del artículo 11 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales (2022).

**Tabla 33**  
Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales

<b>Función Ambiental</b>	
<b>Artículo 12</b>	
<b>Definición</b>	<p>Contribuye al desarrollo sustentable, al uso racional del suelo y al mantenimiento de su fertilidad, de tal manera que conserve el recurso, la agrobiodiversidad y las cuencas hidrográficas para mantener la aptitud productiva, la producción alimentaria, asegurar la disponibilidad de agua de calidad y contribuya a la conservación de la biodiversidad.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Emplea prácticas productivas que promuevan la sustentabilidad de los recursos naturales renovables y de la agrobiodiversidad aplicados a la actividad agraria;</li> <li>2. Cumplimiento de leyes y parámetros técnicos de calidad ambiental en materia agraria.</li> <li>3. Observancia de los criterios de manejo de recursos naturales y de zonificación para el uso del suelo con aptitud agraria contenido en el plan de producción.</li> <li>4. Aplicación de acciones para evitar la contaminación, sedimentación de cuerpos de agua, disminución de caudales y desperdicio de agua; y</li> <li>5. Observancia de los parámetros que establece la Autoridad Agraria Nacional en coordinación con la Autoridad Ambiental Nacional para la protección del suelo, cuando exista cobertura vegetal, bosque natural plantado, páramo o manglar y especies arbustivas.</li> </ol>
<p>Condiciones para que una propiedad cumpla su función ambiental</p>	<p>Cumple la función ambiental la tierra rural de propiedad privada o comunitaria dedicada a conservación de recursos naturales renovables reconocidos por la autoridad competente, como:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Áreas bajo incentivo estatal para la conservación.</li> <li>2. Protección o producción forestal reguladas legalmente.</li> <li>3. Recreación o actividades ecoturísticas.</li> </ol>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Optimizar la relación de las actividades agrarias con las características biofísicas del ambiente natural.</li> <li>• Respeto a los derechos ambientales individuales, colectivos y los derechos de la Naturaleza.</li> <li>• Autoridad Ambiental Nacional, órgano administrativo que aplica reglamentación técnica.</li> </ul>

Nota. Sistematización del autor a partir del artículo 12 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales (2022).

## 4. La Afectación como presupuesto determinante de la demanialidad; la utilidad pública.

El dominio público es un concepto clave en el derecho administrativo referido a aquellos bienes y recursos que pertenecen a la comunidad en general, administrados por el Estado para beneficio del interés público. La afectación se presenta como una figura jurídica necesaria para la articulación plena de la noción de dominio público. Desde una perspectiva general, la afectación es el acto por el cual se destinan bienes del dominio público a un uso o servicio específico, limitando así su disponibilidad para la comunidad en general. En este sentido, la afectación se encuentra contenida en un acto jurídico-administrativo que debe cumplir con los requisitos de publicidad, justificación y motivación. La afectación en el dominio público, al ser una figura reconocida por la dogmática administrativa, requiere de un proceso para su formación, donde exista una finalidad específica, es decir, que un bien o recurso pase a formar parte del dominio público y se destine a satisfacer necesidades colectivas. La afectación es una declaración expresada en un acto administrativo por medio del cual se atribuye al bien el carácter de demanial, convirtiéndose en bien público. Este proceso implica que el bien o recurso deja de ser de propiedad privada y se convierte en propiedad del Estado o de la comunidad en general.

## 5. Elementos centrales de la afectación en el dominio público

Existen varios elementos centrales que deben estar presentes para que la afectación opere y genere efectos jurídicos. Como primer elemento está la existencia de una necesidad colectiva que justifique la afectación del bien. Bajo este enfoque, Ángel Sánchez Blanco (2016) sostiene que la afectación presupone una necesidad pública que justifica que el bien sea desafectado del patrimonio particular y pase a integrar el patrimonio público. La existencia de una necesidad colectiva moldea la finalidad de la afectación, es decir, la afectación produce la *publicatio* de la cosa, en cuanto desvela su funcionalidad como cosa pública.

Como segundo elemento articulador, debe existir un acto administrativo que declare la afectación del bien, el cual tiene por objeto afectar el bien a un uso o servicio público. Al ser una producción administrativa de la Administración pública, requiere recoger los factores formales y aquellos considerados como requisitos de validez para su pleno perfeccionamiento. En cuanto al tercer elemento, la afectación debe expresar con claridad la existencia de un uso público del bien o recurso afectado, es decir, debe estar destinado a satisfacer necesidades colectivas y estar disponible para el uso y disfrute de la comunidad en general.



## 5.1. Temporalidad de la Afectación

La figura de la afectación, como una figura administrativa que limita el ejercicio pleno del derecho de propiedad, limita la discrecionalidad en la actuación pública y evita la vulneración de los derechos fundamentales de los particulares. La afectación al ser un instrumento jurídico que nace desde la Administración Pública, debe respetar los principios de proporcionalidad, razonabilidad, y debe garantizar la protección de los derechos de terceros. Bajo esta línea de acción la afectación proporciona el debido equilibrio entre el interés público y los derechos individuales, para evitar la vulneración de estos últimos.

Dentro de este orden de ideas, la afectación puede ser temporal o permanente, y en ambos casos debe cumplir con ciertos requisitos legales para ser válida. Así, la afectación temporal debe estar justificada por razones de interés público y debe ser limitada en el tiempo, mientras que la afectación permanente requiere una justificación más fuerte y debe estar respaldada por una ley (Sánchez, 2016).

## 5.2. La Declaración de Utilidad Pública

La Declaración de Utilidad Pública es una figura jurídica que permite al Estado adquirir bienes o derechos privados para la realización de proyectos de interés público. Para entender su importancia conviene tener presente sus antecedentes históricos: su origen se encuentra reflejado en los acuerdos de expropiación recogidos en el Derecho Romano, los cuales están dispuestos para la construcción de infraestructuras o servicios públicos como: caminos, puentes, acueductos, baños públicos, entre otros. Estos acuerdos estaban levantados sobre la idea de que el imperio se encontraba en la mejor posición para determinar cuáles eran los bienes o derechos que debían ser destinados para satisfacer una necesidad de la comunidad.

La figura de la Utilidad Pública posee un carácter dúctil, su transformación ha sido continua. Ya para el siglo XVI, según Mena-Lorca et al. (2015), la Declaración de Utilidad Pública se utilizaba como un mecanismo para identificar y diferenciar la actividad de los particulares de la actividad de los Estados. En la actualidad, la Declaración de Utilidad Pública tiene una naturaleza más amplia. Se define como un acto administrativo mediante el cual el Estado reconoce y declara la utilidad pública de una actividad, un proyecto o una empresa, como una expresión de interés general (Lozano-Gavilán, 2018).

En este contexto, la Declaración de Utilidad Pública, como una figura propia del Derecho Administrativo, tiene como objetivo promover el desarrollo económico, social, cultural y tecnológico de un país. Para ello se pueden identificar tres elementos principales que articulan su concepto: el objeto, la causa y los efectos. El objeto es el elemento central, el cual debe estar relacionado con el bienestar ge-

neral de la comunidad. La causa determina el propósito de la Declaración de Utilidad Pública. Por último, los efectos son las consecuencias jurídicas que conlleva la Declaración de Utilidad Pública, cuya esencia es la atención de un requerimiento social.

La dogmática de Derecho Administrativo determina que la regulación de la Declaración de Utilidad Pública es fundamental para proteger los derechos de los particulares, en especial del Derecho Subjetivo de la Propiedad. Por lo tanto, la regulación jurídica de la Declaración de Utilidad Pública es fundamental, por tanto, conviene establecer los requisitos y procedimientos para su procedencia. Ciertamente, la regulación está contenida en la ley, en los decretos y en las resoluciones emitidas por los órganos administrativos que poseen la suficiente competencia para accionar la Declaración de Utilidad Pública.

La figura de la Declaración de Utilidad Pública es un concepto fundamental dentro de la Teoría del Dominio Público, utilizada y activada para describir ciertos bienes y recursos que se consideran de interés público o comunitario. Siendo así, se debe tener en cuenta que el concepto de utilidad pública se refiere a los bienes y recursos de interés público que ofrecen beneficios a la comunidad. Estos bienes y recursos incluyen, por ejemplo, los recursos naturales, el transporte, la salud y la educación, entre otros. Por esto, los recursos que se consideran de utilidad pública ofrecen beneficios a todos los miembros de la comunidad, su vocación y su esencia generan un impacto, económico, social o ambiental. Por ejemplo, los recursos naturales ofrecen entorno de subsistencia para los ciudadanos, mientras que el transporte facilita el acceso a la educación y la salud. Dentro de este marco, el Estado tiene la responsabilidad de proteger aquellos recursos declarados como de Utilidad Pública para asegurar que sean utilizados de manera responsable y justa para el bienestar de la comunidad (Bosque, 2017; Pedersen, 2018; Schafer, 2020).

Conviene considerar que la Declaración de Utilidad Pública es un concepto amplio, a fin de que el Estado determine la metodología aplicable para lograr satisfacer las necesidades sociales, ambientales y económicas. Por tal motivo, se identifican tres causas para que proceda la Declaración de Utilidad Pública: 1) La necesidad pública focalizada, la cual identifica que el bien expropiado sea destinado directamente a un servicio u obra públicos; 2) La social, la cual satisface de manera inmediata y directa a un sector de la población, atendiendo ciertos factores como: los grupos de atención prioritaria; y 3) Alcance territorial, el cual satisface la necesidad que tiene una circunscripción territorial; este debe ser atendido por los Gobiernos Autónomos Descentralizados o por una unidad Gubernamental denominada Gobierno Central.

Se debe considerar que la Declaratoria de Utilidad Pública sobre bienes de propiedad privada debe expresar –con claridad– al dueño del bien inmueble que se lo tomará para generar beneficios a la comunidad o al ambiente; esto debe ser resuelto por la máxima autoridad administrativa de la entidad pública, lo que

supone que exista previamente un acto administrativo razonado y motivado que explicita la necesidad de dicha declaración.

## 6. La Expropiación

La expropiación es una figura jurídica clásica y presente en la mayoría de Estados donde la influencia francesa ha generado un sistema de Derecho Administrativo particular. Así, desde una visión general, la expropiación es un instrumento jurídico administrativo regulado bajo un régimen jurídico especial que permite a la Administración Pública limitar a los particulares de sus bienes o derechos, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos legales. Efectivamente, la expropiación es una expresión administrativa que faculta a la Administración Pública privar a los particulares de sus bienes o derechos, con previa y justa indemnización. Su base de procedencia es la tutela del interés general. Con relación a este tema, Roberto Dromi (2001) plantea que la expropiación explicita un procedimiento mediante el cual el Estado, en ejercicio de su poder de dominio, priva a una persona de su propiedad y la transfiere a su patrimonio, con el objeto de destinarla a un uso o servicio público.

### 6.1. Elementos de la Expropiación

El contexto jurídico administrativo exige un modelo donde prime la formalidad y el cumplimiento de exigencias que propone la norma; con ello, la discrecionalidad con la que actúa la Administración Pública, es combatida permanentemente. De allí que para activar la expropiación, es necesario el cumplimiento de requisitos que juntos perfeccionan dicha figura jurídica. En efecto, los elementos de la expropiación son aquellos requisitos que deben cumplirse para que la Administración Pública pueda privar a un particular de sus bienes o derechos (Dromi, 2001). Bajo este enfoque, los elementos de la expropiación son agrupados de la siguiente manera:

1. Existencia de una causa de utilidad pública o interés social que justifique la expropiación.
2. Necesidad de la expropiación para la consecución de dicha causa.
3. Pago de una indemnización al expropiado.
4. Tramitación del procedimiento administrativo previsto en la ley.

En este sentido, la expropiación es un acto de la Administración Pública que, para que sea legítima, debe estar justificada en una causa de utilidad pública o interés social; además, debe cumplir con los requisitos formales previstos en la ley, especialmente a lo referido con la indemnización que debe pagarse al expropiado (Dromi, 2001).

## 6.2. Características de la Expropiación

Las características de la expropiación son aquellos rasgos que definen y moldean esta figura jurídica y la distinguen de otras instituciones del Derecho Administrativo. La expropiación es una potestad de derecho público que se encuentra regulada por el principio de legalidad, la cual solo puede ser activada y ejecutada por la autoridad administrativa competente, a través de un procedimiento previamente establecido. De hecho, la expropiación debe ser considerada como una medida excepcional, utilizada por el poder público, exclusivamente cuando exista una necesidad real y objetiva para ello.

Por estas razones, a decir de Rodríguez Arana (2012), la expropiación se encuentra estrechamente vinculada al principio de justicia distributiva, al ser un instrumento jurídico fundamental para lograr una distribución equitativa de los recursos y garantizar el acceso de la población a los bienes y servicios de interés público; es decir, la expropiación se transforma en una figura jurídica legítima y necesaria que promueve la distribución justa de los recursos (Rodríguez, 2008). Bajo este orden de ideas, es posible identificar tres características esenciales de la figura de la expropiación:

### 1. Carácter Excepcional

La expropiación es una medida excepcional que se debe activar y utilizar solo en situaciones en las que resulta indispensable la realización de un fin de interés público. De ahí que la expropiación es un “último recurso”, cuya procedencia es valorada solo cuando no existen alternativas menos gravosas para la propiedad privada.

### 2. Indemnización

El carácter indemnizatorio de la expropiación conlleva que esta figura debe ir acompañada de una compensación justa y previa al propietario afectado. Esta indemnización debe cubrir el valor de la propiedad expropiada y los daños y perjuicios que se deriven de la expropiación. La indemnización es una garantía constitucional para el propietario afectado por la expropiación (Martínez-Fuentes, 2018). La justa compensación debe ser previa a la expropiación y debe ser determinada de manera objetiva y justa para garantizar que el propietario afectado no sea perjudicado.

### 3. Interés Público

La expropiación solo puede ser realizada en función de un fin de interés público, es decir, la expropiación no es un fin en sí misma, sino que debe estar justificada por la necesidad de satisfacer una necesidad pública concreta (García de Enterría y Fernández, 1994). Evidentemente, esto significa que la expropiación no debe ser utilizada para beneficio de particulares o para satisfacer intereses políticos o personales.

### 6.3. Fundamento de la Expropiación

La expropiación como eje de la Teoría del Dominio Público representa la potestad pura de la Administración Pública, la cual altera la situación jurídica del particular en lo que tiene que ver con su Derecho Fundamental a la Propiedad. Su noción exige la presencia de principios jurídicos que generen un modelo coherente, racional y objetivo. Por lo tanto, existen principios jurídicos que contribuyen a la construcción de un fundamento integral de expropiación. El primero es el *Principio de Supremacía del Interés Público*: la expropiación se fundamenta en la necesidad de preservar el interés público, entendido como la finalidad de satisfacer con la utilización del bien expropiado (García de Enterría y Fernández, 1994). Ciertamente, la expropiación se justifica por la necesidad de satisfacer una necesidad pública concreta que no puede ser satisfecha por otros medios.

El segundo principio que articula la expropiación se refiere al *Principio de Legalidad*, precisamente para aportar el necesario soporte normativo que fundamenta los requisitos y el procedimiento a seguir para llevar a cabo el acto de expropiación (Martínez, 2012). Esto significa que la expropiación no puede realizarse de manera arbitraria o discrecional, sino que debe seguir un procedimiento legal y estar sujeta a ciertos requisitos que garanticen su legalidad.

El tercer principio de la expropiación es el denominado *Principio de la Necesidad Pública*: significa que el Estado debe establecer de forma clara y objetiva cuál es la necesidad pública para la expropiación, en otras palabras, corresponde al Estado demostrar que la expropiación es necesaria para el bien común.

El cuarto principio es el Principio de la *Proporcionalidad*, el cual refleja la relación equilibrada entre los bienes expropiados y los bienes afectados. Esto trae consigo que el Estado asegure que los bienes expropiados sean los adecuados para satisfacer la necesidad pública.

El *Principio de la Igualdad* es el quinto principio aplicable: conlleva que el Estado adopte un tratamiento homogéneo a todos los titulares de los bienes afectados por la expropiación. Esto es, el Estado no debe discriminar a ningún titular de los bienes expropiados.

El *Principio de la Seguridad jurídica y de Confianza Legítima* representa el sexto principio, el cual exige que el Estado debe asegurar que los bienes expropiados sean utilizados de forma adecuada y que el procedimiento administrativo que concluye con el acto administrativo que contiene la declaración de expropiación, garantice la plena aplicación del ordenamiento jurídico y que los bienes sean utilizados para satisfacer la necesidad pública por la que se ha expropiado.

Finalmente, el *Principio de la Responsabilidad Patrimonial* que proyecta la obligación del Estado de indemnizar a los titulares de los bienes afectados por la

expropiación, es decir, el Estado asume una obligación directa y urgente, debe pagar una indemnización justa a los titulares de los bienes afectados.

#### **6.4. Regulación Jurídica de la Expropiación**

La expropiación, al ser una figura puramente administrativa, requiere del respaldo y soporte normativo para su adecuada activación y utilización. El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010) delimita el marco jurídico necesario para su implementación práctica. Ciertamente, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010) reconoce la figura de la expropiación como un instrumento legítimo y necesario para el desarrollo territorial y la consecución del interés público (Falconí, 2016). Por lo tanto, la expropiación se justifica por la necesidad de satisfacer una necesidad pública concreta que no puede ser cubierta por otros medios.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010) proporciona requisitos esenciales para evitar la discrecionalidad administrativa. Dichos criterios deben ser respetados por las autoridades administrativas encargadas de llevar a cabo este acto; entre otras cosas, se incluye la notificación a los afectados, la elaboración de un informe técnico y la fijación de un justo precio, etc. (Arévalo, 2018). Por otro lado, también establece que la expropiación debe ser realizada con justa causa y previa indemnización (Pérez, 2019). Por lo mismo, la presencia de una causa justa debe ser precedida de una indemnización que compense adecuadamente al propietario afectado.

En este orden de ideas, el artículo 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010) posee una estructura que incorpora la justificación para la procedencia de la expropiación, los órganos administrativos facultados para activar la figura de la expropiación, así como los elementos y características necesarias.

**Tabla 34**

Expropiación: Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización

<b>Artículo 446</b>			
<b>Condiciones para su procedencia (objeto de su ejecución)</b>	<b>Gobiernos Autónomos Descentralizados habilitados</b>	<b>Fundamento o fin</b>	<b>Factores de protección de derechos</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Planes de desarrollo social.</li> <li>• Propiciar programas de urbanización y de vivienda de interés social.</li> <li>• Manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gobiernos Regionales</li> <li>• Gobiernos Provinciales</li> <li>• Distritos Metropolitanos</li> <li>• Municipales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Utilidad Pública</li> <li>• Interés Social</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Justa valoración</li> <li>• Indemnización</li> <li>• Pago de conformidad con la ley</li> <li>• Prohíbe todo tipo de confiscación.</li> </ul>
	<b>Objeto</b>	<b>Precio</b>	
<b>Variable de Expropiación</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Programas de urbanización</li> <li>• Vivienda de interés social</li> </ul>	La venta de los terrenos comprenderá únicamente el valor de las expropiaciones y de las obras básicas de mejoramiento realizadas.	

Nota. Sistematización del autor a partir del artículo 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010).

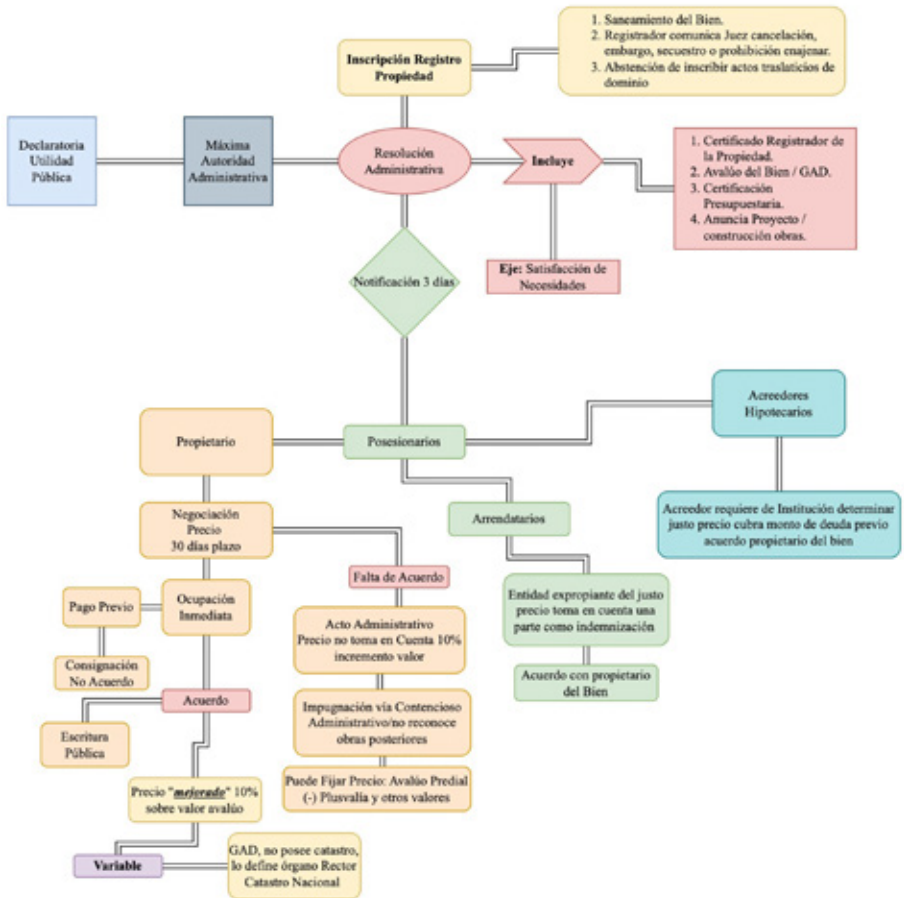
Bajo este contexto, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2023) estableció un procedimiento minucioso y específico para la activación y utilización de la expropiación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Claramente, la expropiación es una herramienta que puede ser utilizada por las autoridades para la consecución del interés general y la planificación territorial. En este sentido, el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2023) es riguroso y detallado para respetar los derechos de los propietarios afectados y garantizar la justa compensación por la propiedad expropiada. Este procedimiento incluye etapas administrativas necesarias donde los propietarios conocen el proceso administrativo que se lleva a cabo; además, determina la participación de la máxima autoridad administrativa, lo que debe incluir la resolución administrativa, la forma de realizar la notificación a los involucrados en el procedimiento, el justo precio, los diferentes escenarios de existir y de no existir acuerdo entre las partes y cómo los poseedores y los acreedores hipotecarios pueden ser involucrados en el procedimiento de expropiación. Bajo este escenario, dicho procedimiento es detallado a partir del artículo

58 y siguientes de la sección III de sobre la Adquisición de Bienes Inmuebles de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2023), el cual es sistematizado en el siguiente flujograma.

De lo analizado, es posible colegir que la expropiación es una figura jurídica administrativa, presente en el ordenamiento jurídico para asegurar el cumplimiento de los deberes y fines del Estado y fortalecer la gestión pública. La expropiación nace y se proyecta como una clara prerrogativa de los órganos públicos, cobijada por un procedimiento especial. Dentro de la doctrina de Derecho Administrativo, la expropiación comúnmente es una institución especial por medio de la cual el Estado restringe el derecho de propiedad de un bien al administrado; por ello, incumbe al propio Estado reconocer una indemnización por dicho gravamen. Evidentemente, la indemnización es y se constituye en un factor clave para completar la lectura de la expropiación. Es por medio de la indemnización que es posible satisfacer el sufrimiento que el administrado soporta en su patrimonio; para ello, debe ser justa y equitativa, tal como lo dispone la Constitución de la República de Ecuador (2008).



**Figura 2**  
 Procedimiento a seguir para la procedencia de la Expropiación



Nota. Sistematización del autor a partir de la Sección III sobre la Adquisición de Bienes Inmuebles de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2023).

## 7. Referencias

- Arango-Rodríguez, J. (2017). La función ambiental de la propiedad en el derecho colombiano. *Revista de Derecho*, (47), 135-152.
- Arévalo, L. (2018). El proceso expropiatorio en el COOTAD. *Revista de Derecho*, (47), 297-313.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial, No. 449*. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). *Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales*. [Organica-de-Tierras-Rurales-y-Territorios-Ancestrales.pdf](#)
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. [https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/04/losncp\\_actualizada1702.pdf](https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/04/losncp_actualizada1702.pdf)
- Bosque, M. (2017). *Los bienes del dominio público: Un enfoque interdisciplinar*. Dykinson.
- Bové, J. (2009). *Derecho Administrativo*. Tecnos.
- Casali, M. R. (2020). *Teoría General Del Dominio Público*. Universidad De Chile.
- Clavero, M. (2016). *La Inalienabilidad del Dominio Público*. Instituto García Oviedo. Editorial Universidad de Sevilla.
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina.
- Falconí, F. (2016). La expropiación en el COOTAD. *Anuario de Derecho*, 233-249.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (1994). *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas S.A.
- Lozano-Gavilán, J. (2018). La declaración de utilidad pública y su regulación en el derecho administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*, (53), 91-104.
- Martínez, J. (2012). *Derecho administrativo*. McGraw-Hill.
- Martínez-Fuentes, M. (2018). *La expropiación forzosa*. Tirant lo Blanch.

- Mena-Lorca, J., Urbina-Cordero, M. y Herrera-Castillo, C. (2015). La declaración de utilidad pública como mecanismo de reconocimiento y promoción de la actividad privada. *Revista de Derecho Administrativo*, (45), 49-73.
- Molina, E. J. y Ortega, A. (2019). Los bienes de dominio público en el derecho administrativo. *Revista de Derecho*, 20(2), 195-219.
- Pedersen, P. (2018). *El dominio público: Teoría y práctica*. Routledge.
- Pérez, R. (2019). La expropiación en el Ecuador. *Revista de Derecho Público*, (38), 429-445.
- Pérez-Luño, A. (2004). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos.
- Rodríguez, A. (2008). *Derecho Administrativo Español*. NETBIBLO.
- Rodríguez-Arana, J. (2012). Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 1-50.
- Sánchez, A. (2016). *La afectación de Bienes al Dominio Público*. Instituto García Oviedo. Editorial Universidad de Sevilla.
- Schafer, C. (2020). La utilidad pública en el contexto de la teoría del dominio público. *Revista de Derecho*, 15(2), 175-190

Este libro se terminó de imprimir y encuadernar  
en enero de 2024 en el PrintLab de la Universidad del Azuay,  
en Cuenca del Ecuador.





## **Otras obras del autor**

Gobernanza, Servicios Hídricos y Responsabilidad Estatal:  
Una nueva perspectiva de estudio interdisciplinar.

Marzo 2022  
Casa Editora, Universidad del Azuay.



UNIVERSIDAD  
DEL AZUAY

Casa  
Editora



ISBN: 978-9942-645-42-5



9 789942 645425