

ISSN No. 1390-0846

18

Desde 1954



IURIS

Revista de la Facultad de Jurisprudencia
y Ciencias Políticas y Sociales

Revista IURIS, No. 18,
Edición Especial II: Pensamiento Jurídico, 2023

IURIS

Revista IURIS, No. 18,

Edición Especial II: Pensamiento Jurídico, 2023

ISSN No. 1390-0846

UCUENCA

Revista IURIS, No. 18, Edición Especial II: Pensamiento Jurídico, 2023

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Revista IURIS, No. 18, 2023

ISSN No. 1390-0846

Director:

Dr. Simón Valdivieso Vintimilla

Coordinador:

Dr. Manuel Quesada Orellana

Lugar de Edición:

Cuenca-Ecuador

Dirección:

Av. 12 de Abril y Agustín Cueva (Ciudadela Universitaria).

Ciudad:

Cuenca

Código Postal:

Apartado: 01.01.168.

Provincia:

Azuay

Correo electrónico de la revista:

revista.iuris@ucuenca.edu.ec

País Editor:

Ecuador

Teléfonos:

+593-7-4051000- ext. 2280.

Director de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales:

Dr. Simón Valdivieso Vintimilla

Correctora de Estilo

Dra. Tannia Rodríguez

UCuenca Press

María Augusta Hermida Palacios

Rectora de la Universidad de Cuenca

Director Centro Editorial:

Daniel López Zamora

Editora:

Ángeles Martínez Donoso

Administrador de imprenta:

Mario Rodríguez Manzano

Diseño:

Geovanny Gavilanes Pando

Tiraje: 50 ejemplares

Para la composición tipográfica de este manuscrito se usó Alegreya y Alegreya Sans.

Consejo Consultivo – Revista IURIS

| | |
|----------------------------------|-----------------------------------|
| Dra. Lourdes Álvarez Coronel | Dr. Álvaro Méndez Álvarez |
| Dr. Darwin García Ayala | Dr. Juan Carlos Cabrera |
| Dr. Patricio Piedra Jaramillo | Dr. Diego Monsalve Tamariz |
| Dr. Vicente Solano Paucay | Dra. Ana Lucía Iñiguez Ibarra |
| Dr. Diego Martínez Izquierdo | Dr. Pablo Valverde Orellana |
| Dra. María Elena Coello Guerrero | Dr. Daniel Calle Córdova |
| Dr. Paúl Vásquez Illescas | Dr. Alberto Machuca Carpio |
| Dr. Tarquino Orellana Serrano | Dr. Diego Idrovo Torres |
| Dr. Manuel Quezada Orellana | Dra. Yolanda Dávila Pontón |
| Dra. Juana Ochoa Balarezo | Dr. Diego Parra Suarez |
| Dra. Nubia Campoverde García | Lcdo. Francisco Astudillo Lucero |
| Ec. Max Bernal Villa | Dr. Juan Cristóbal Piedra Andrade |
| Dra. Rocío Guzmán Jimenez | |

Consejo Editorial – Revista IURIS

| | |
|---------------------------------|-------------------------------------|
| Dr. Juan Peña Aguirre | Decano |
| Dr. Fernando Torres Rodas | Director de Posgrado de la Facultad |
| Dr. Simón Valdivieso Vintimilla | Director de Publicaciones |

La Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca, publica la **Revista IURIS**, de manera bianual, con arbitraje anónimo de los manuscritos puestos a su consideración, los cuales son revisados a través del sistema de pares académicos (ciegos) nacionales e internacionales. Se autoriza la reproducción total o parcial de los artículos siempre y cuando se respeten las normas de uso justo de propiedad intelectual.

Las opiniones y criterios expresados en los artículos de la Revista IURIS no representan la posición de su Comité Editorial, ni de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencia Política y Sociales de la Universidad de Cuenca.

Miembros del H. Consejo Directivo

| | |
|---|---|
| Dr. Juan Peña Aguirre | Decano |
| Psic. Clín. Yolanda Dávila Pontón | Subdecana |
| Lic. Rocío Guzmán Jiménez /Eco. Max Bernal Villa | Representantes Docentes |
| Srta. Cristina Ochoa Beltrán | Representante Estudiantil |
| Lic. Rafael Geovanny Anguisaca Criollo | Representante de Servidores y Trabajadores |
| Dr. Tiberio Torres Rodas | Director de la Carrera de Derecho |
| Eco. Mónica Mendieta Orellana | Directora de la Carrera de Trabajo Social |
| Lic. Rocío Guzmán Jiménez | Directora de la Carrera de Orientación |
| Mg. Isabel Gil Gesto | Directora de la Carrera de Género y Desarrollo |
| Dr. Teodoro Verdugo | Director del Consultorio Jurídico Gratuito |
| Dra. Lourdes Alvarez Coronel | Directora del Centro de Mediación |
| Dr. Fernando Torres Rodas | Director del Centro de Postgrados |
| Dr. Simón Valdivieso Vintimilla | Director de Publicaciones |

Antecedentes:

La Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, nace en el año 1867, de manera conjunta con la fundación de la Universidad de Cuenca.

A lo largo de su historia ha tenido diversos espacios de reflexión jurídica, ensayo académico y difusión de opinión, en distintos soportes tales como revistas, folletos, diarios, etc.

Sin embargo, desde 1954 se funda la Revista IURIS, como medio de difusión de los resultados de investigación de la Facultad, en sus primeras carreras de Derecho y Trabajo Social.

En la nueva época, que inicia con la Revista No. 15 (2016), IURIS amplía su ámbito de difusión de resultados de investigación en las áreas: a) Derecho; b) Trabajo Social; c) Orientación Familiar; y, d) Género y Desarrollo, de autores nacionales e internacionales.

Objetivo:

El principal objetivo de la Revista IURIS es estimular la discusión, comunicación y difusión del conocimiento jurídico, político y social, de una forma científica y abierta a la pluralidad del pensamiento, tanto a nivel nacional como internacional.

Temáticas:

La revista IURIS, acepta el envío de manuscritos en las siguientes líneas de investigación según las categorías del Código UNESCO:

Ciencias Jurídicas y Derecho:

Teoría y Métodos Generales; 560201 Derecho Anglosajón; 560202 Derecho Comparado; 560203 Filosofía del Derecho; 560204 Derecho de la Antigüedad; 560205 Derecho Natural; 560206 Legislación; 5603 Derecho Internacional; 560301 Derecho Aeronáutico; 560302 Derecho del Mar; 560303 Derecho Sobre El Espacio Ultraterrestre; 560304 Derecho Sobre Los Fondos Marinos; Organización Jurídica; 560401 Funcionarios de Justicia y Procesos Judiciales; 560402 Magistratura; 560403 Tribunales; 560499 Organización Jurídica; 5605 Legislación y Leyes Nacionales; 560501 Derecho Administrativo; 560502 Derecho Civil; 560503 Derecho Mercantil; 560504 Derecho Constitucional; 560505 Derecho Penal; 560506 Derecho Fiscal; 560507 Derecho Público; 560508 Derecho Privado.

Ciencia Política:

5901 Relaciones Internacionales; 590101 Cooperación Internacional; 590102 Organizaciones Internacionales; 590103 Política Internacional; 590104 Tratados y Acuerdos Internacionales; 590105 Problemas de las Relaciones Internacionales; 5902 Ciencias Políticas; 590201 Política Agrícola; 590202 Política Cultural; 590203 Política Comercial; 590204 Política de Comunicaciones; 590205 Política demográfica; 590206 Política Económica; 590207 Política Educativa; 590208 Política del Medio Ambiente; 590209 Política Exterior; 590210 Política Sanitaria; 590211 Política Industrial; 590212 Política de la Información; 590213 Planificación Política; 590214 Política Científica y Tecnológica; 590215 Política Social; 590216 Política de Transportes; 5903 Ideologías Políticas; 5904 Instituciones Políticas; 590401 Poder Ejecutivo; 590402 Poder Judicial; 590403 Poder Legislativo; 590404 Relaciones Entre Los Poderes; 5905 Vida Política; 590501 Elecciones; 590502 Comportamiento Político; 590503 Grupos Políticos; 590504 Liderazgo Políticos; 590505 Movimientos Políticos; 590506 Partidos Políticos; 5906 Sociología Política; 590601 Derechos Humanos; 590602 Lenguajes; 590603 Minorías; 590604 Raza; 590605 Religión; 590606 Conflictos Sociales; 5907 Sistemas Políticos; 590790 Sistemas Políticos: Área Americana; 5908 Teoría Política; 5909 Administración Pública; 590901 Gestión Administrativa; 590902 Instituciones Centrales; 590903 Administración Civil; 590904 Servicios Públicos; 590905 Instituciones Regionales; 5910 Opinión Pública; 591001 Información; 591002 Medios de Comunicación de Masas; 591003 Prensa; 591004 Propaganda.

Trabajo Social: todas las materias y líneas de investigación derivadas del área de estudio.

Género: todas las materias y líneas de investigación derivadas del área de estudio.

Orientación Familiar: todas las materias y líneas de investigación derivadas del área de estudio.

Presentación

Un Consejo Editorial y la recomendación de publicación de los tribunales de grado son el aval para el nacimiento de esta propuesta bibliográfica que nace en el seno de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca en forma física y digital, que sale a la luz gracias a esa actitud de compromiso del Decano de la Facultad, Juan Peña Aguirre y bajo el sello editorial de UCuenca Press que hoy por hoy marca un hito en la difusión del pensamiento en la Universidad de Cuenca, bajo la rectoría de María Augusta Hermida Palacios.

La *Edición Especial II: Pensamiento Jurídico, 2023* recoge el análisis de temas muy importantes que están en el debate jurídico ecuatoriano, como son el derecho constitucional a la resistencia y su validez sustancial frente a la normativa penal como es la tipificación del delito de paralización de servicios públicos. En materia tributaria se realiza un análisis de las medidas que, para evitar la doble imposición internacional, el Ecuador ha incorporado demostrando la existencia de un tratamiento diferenciado entre contribuyentes lo que da lugar a la vulneración del principio de equidad horizontal y neutralidad fiscal. Y, finalmente, un análisis jurídico de la Opinión Consultiva OC-23/17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la que por primera vez se reconoció el derecho al medioambiente sano como un derecho humano autónomo a nivel regional y los alcances y efectos de esta Opinión Consultiva, respecto al Estado ecuatoriano.

Esta edición invita al diálogo con los lectores como expresión pura del pluralismo ideológico, base fundamental de la democracia, evidenciando así la posición abierta, incluyente e integradora de la Universidad de Cuenca, reconociendo sobre todo el valor del pensamiento joven construido en el aula universitaria.

Insistimos en que los textos y sus autores no necesitan de una presentación pues ellos se defienden por sí mismos y están a la espera de la crítica del lector.

Simón Valdivieso Vintimilla
Director de Publicaciones de la Facultad de
Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

ÍNDICE

-
- 01** Derecho a la Resistencia versus Delito de paralización de servicios públicos: Caso Morona Santiago
Tarquino José Orellana Roldán
Pág. 13
- 02** Medidas adoptadas por el Ecuador para contrarrestar la doble imposición internacional y la vulneración al Principio de Equidad y Neutralidad Fiscal
Marian Angélica Pulla Abad
Pág. 59
- 03** El derecho al medio ambiente sano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Análisis del caso Opinión Consultiva OC-23/17
Jennifer Thalía Álvarez Nugra
Pág. 145

Derecho a la Resistencia versus Delito de paralización de servicios públicos: Caso Morona Santiago

Tarquino José Orellana Roldán

Introducción

El derecho a la resistencia se presenta como una innovación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano desde la Constitución de Montecristi. Su positivización reconoce el derecho de autotutela que tenemos las personas y colectivos a desconocer o enfrentar la autoridad, ante un acto u omisión que vulnere derechos constitucionales o los ponga en riesgo.

Al ser un derecho de naturaleza esencialmente reactiva, no se encuentran establecidos cuáles son los medios adecuados para su ejercicio, por lo que, en una interpretación protectora de derechos y no restrictiva, deberían entenderse como aquellos que son idóneos y proporcionales para la autotutela ciudadana.

La Asamblea Nacional Constituyente reconoció este derecho y concedió una serie de amnistías a personas que habían incurrido en delitos penales por manifestaciones propias de la resistencia colectiva pues reconoció que tales manifestaciones no merecían ser criminalizadas. No obstante, la Asamblea Nacional -en el ejercicio de su competencia legislativa- ha creado un sinnúmero de tipos penales que prácticamente anulan cualquier posibilidad de resistir. Favoreciendo una supuesta protección (algunas veces sobredimensionada) de “la seguridad pública” o “la estructura del Estado constitucional de derechos”, la Asamblea evidenció un segundo momento de la entonces revolución ciudadana cuyo gobierno -inicialmente pro derechos humanos y garantista que, incluso, resaltaba la valentía de los llamados “forajidos”- se volvía creador de tipos penales autoritarios sin garantías suficientes y estigmatizador sistemático de la disidencia social a través del COIP.

El delito de paralización de servicios públicos merece nuestra especial atención por cuanto da pie a procesos penales innecesarios y desproporcionados -iniciados generalmente en contra de líderes sociales que luchan por la reivindicación de derechos de una comunidad invisibilizada- sobre manifestaciones prácticas coincidentes con expresiones propias de la resistencia activa pacífica arraigadas a la cultura nacional, como son la toma de vías, la quema de llantas en carreteras, etc.

El caso práctico que analizamos se refiere a los hechos ocurridos en el año 2015. En ese entonces, un grupo de indígenas de la nacionalidad Shuar, pertenecientes al Cantón de Taisha en Morona Santiago, se tomaron la vía a Macuma, con el objetivo de reclamar al gobierno central la revocatoria de la licencia ambiental que habilitaba a la prefectura de Morona Santiago para terminar la vía que se dirige desde Macuma hasta Taisha. La construcción de esta vía significaba la aparente solución al aislamiento histórico del cantón de Taisha, que -por su falta de accesos terrestres- sufría una serie de agravios económicos y sociales que afectaban de forma cotidiana a esta población, evidenciados en el encarecimiento de bienes y servicios.

No obstante, el Ministerio de Ambiente revocó la autorización para la construcción por cuanto aducía la falta de cumplimiento de la Prefectura en el manejo de la obra. Por otro lado, el prefecto de Morona Santiago manifestaba públicamente que la revocatoria era inconstitucional aduciendo que las verdaderas motivaciones de la revocatoria de la licencia ambiental eran políticas y que buscaban el desprestigio de su gestión.

En este escenario, una parte de la población de Taisha, liderada por el señor Agustín Wachapá, entonces presidente de la Federación Interprovincial del Pueblo Shuar, se tomó la vía Macas-Macuma con el objetivo de solicitar al gobierno central, la expedición de la licencia ambiental, el retiro de todos los procesos penales iniciados en contra del prefecto por impulsar esta obra, así como la rebaja de los pasajes de los medios de transporte que llegaban a las comunidades de Taisha. Es decir, existía una movilización colectiva de reivindicación de derechos de la población de Taisha, ante la probable violación de sus derechos fundamentales de igualdad formal y material, libre tránsito, y acceso a bienes y servicios de calidad con eficiencia, eficacia y buen trato.

No obstante, el Estado a través de la Fiscalía General decidió impulsar un proceso penal en contra del líder comunitario, Agustín Wachapá, por el delito de paralización de servicios públicos, tipificado en el art. 346 del COIP. Este hecho evidenció un conflicto existente entre las manifestaciones de resistencia activa con el delito de paralización de servicios públicos y una total falta de garantías sustanciales en favor del derecho a la resistencia por medios pacíficos y proporcionados.

I

Antecedentes históricos del derecho a la resistencia

La expresión “derecho a la resistencia” adolece de ambigüedad por la falta de consenso general en cuanto a su limitación conceptual. La formulación histórica del término engloba un conjunto de conductas cuyo denominador común es un enfrentamiento con el poder, no solo fáctico, sino también jurídico por causa de la legitimidad del poder que se ejerce y que, por otro lado, se resiste.

Para distintos teóricos, el derecho a la resistencia emerge como consecuencia de ciertos derechos de oposición transgredidos en los enfrentamientos entre la sociedad civil y el poder público. Ugartemendia (1999) observa que este derecho supone la separación entre el poder fáctico y el derecho permitiendo al sujeto de los derechos violentados desconocer las actuaciones del poder como ilegítimos, puesto que la autoridad y la vigencia de esta siempre han dependido de un sistema basado en el orden público.

Es necesario realizar un acercamiento a los antecedentes históricos del estudio sobre la resistencia para comprender cómo varían los fundamentos que legitiman la autoridad dependiendo de la época y el lugar. En esos estudios es una constante la fricción ética entre la autoridad y los valores metajurídicos. Así, por ejemplo, Gargarella (2007) señala que, en la Edad Media, los filósofos estudiaban la resistencia en cuanto trataban de resolver las posibles tensiones entre el poder político y el deber religioso. Ahora su estudio se mueve en el reconocimiento de los derechos fundamentales frente a los abusos de poder.

Uno de los primeros antecedentes históricos del derecho a la resistencia es la que vendría simbolizada en la *Antígona* de Sófocles citado por Ugartemendia en estos términos:

En esta obra se representa un enfrentamiento que tiene lugar no originariamente, entre dos distintas dimensiones normativas, sino entre dos diversas concepciones de un mismo nomos (inescindible en la Grecia clásica): uno, el nomos divino, la ley divina no escrita, y otro, el concebido como el nomos de la polis, esto es, la ley escrita del «Estado» querida por la divinidad (1999, p. 216).

Esta metáfora griega ilustra de forma poética la constante fricción entre legalidad y legitimidad, legalidad y justicia. Permite entender las dimensiones del derecho a la resistencia, en cuanto evidencian los conflictos con la autoridad y sus verdaderos fundamentos.

En este mismo sentido, Aristóteles, en su famosa obra *La Política*, formuló lo que llamó “la teoría de la sedición de los pueblos, ante las acciones dañosas de un gobierno represivo” (Aristóteles, 1954, p. 219). El autor analiza el papel que ejercen

el padre de familia, el gobernante sobre el gobernado, así como el amo sobre el esclavo, y justifica estas relaciones solo por la procuración del bien común que es la finalidad y fundamento mismo de la autoridad. Por tanto, autoriza que el poderoso sea incluso depuesto si no cumple con la finalidad de la autoridad, que es la procuración del bien común. Sienta también las bases para las teorías modernas de la resistencia como derecho democrático, vinculado a los instrumentos de participación ciudadana, a efectos de equilibrar las relaciones de poder en la sociedad.

Con el advenimiento del cristianismo, las doctrinas materialistas del mundo heleno se vieron reducidas, colocando la fricción entre norma y valor en un plano totalmente diferente, en que el tema ético de la obediencia adquiriría una dimensión distinta, fundamentada en la fe.

Aunque la doctrina cristiana manda obedecer a la autoridad civil, establece también que se dé al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios; y si aquel, inmiscuyéndose en la esfera de Dios, contradice lo que éste manda o prohíbe, el/la cristiano/a tiene la obligación de resistirse a obedecer a la autoridad civil (obligación y no, todavía, derecho de resistir, pues la resistencia se concibe en este momento en su forma pasiva) (Ugartamienda, 1999, p. 218).

Del principio “al César lo que es del César”, se evidencia que el cristianismo en un inicio reconocía un orden social distinto del orden espiritual: el César representando al orden público, necesario y también designio de Dios. Esto junto a otros principios como “mostrar la otra mejilla”, reconocía la resistencia limitada al “no obedecer,” proscribiendo la resistencia activa, y el uso de la violencia en cualquier situación. La Epístola a los Romanos de San Pablo en su capítulo 13 versículos 1-7 fijó con gran influencia como principio de la ética cristiana “Someterse todos a las autoridades constituidas”, pues a su entender, no existe autoridad que no provenga del designio de Dios. De este modo, quién se opone a la autoridad se rebela contra el orden divino.

De este texto se derivan cuatro principios de gran influencia durante la Edad Media: “a) origen divino del poder; b) origen y legitimidad de la autoridad civil; c) necesidad y función de los magistrados; d) obediencia política a las autoridades e) obligación en conciencia de las leyes y mandatos” (Carvajal, 2000, p.22), mismos que –posteriormente- serán fuertemente criticados por los teóricos de la Reforma.

En la Edad Media surgen dos doctrinas dominantes respecto a la resistencia. La primera, se basa en el derecho natural y ve la autoridad como expresión de la voluntad divina. La segunda, es la idea germánica del pacto, por el cual el rey es el representante del derecho tradicional, y cuando este lo viola, autoriza al pueblo a deponerlo.

Santo Tomás de Aquino, por su necesidad de desafiar las ideas radicales de San Pablo, en sus estudios sobre la resistencia a las tiranías, reflexiona que las leyes justas tienen un origen divino. Con esto establece que no existe obligación de obedecer leyes injustas, ni al tirano que va en contra de la ley natural. Así, justifica, incluso, el tiranicismo manifestando que “...sólo era justa la muerte dada a un tirano cuando haya sido propinada con intención liberadora” (Santo Tomás de Aquino, 1996, p.262).

Posteriormente, en la modernidad, con el advenimiento de la Revolución Americana y la Revolución Francesa, se reconoce el derecho a la resistencia como un fundamento esencial de los Estados democráticos, ya que el fundamento de la autoridad y la obediencia descansa en la voluntad de los pueblos y el respeto de los derechos fundamentales.

Para Gargarella (2007), Locke instauró la idea de la resistencia a la autoridad como uno de los principios que caracterizó al constitucionalismo moderno. Esta idea refiere el carácter inalienable de los derechos fundamentales, estableciendo que: 1) la autoridad es legítima siempre y cuando descansa en el consenso de los gobernados, y 2) La finalidad última de la autoridad y del gobierno es proteger los derechos de las personas. Por tanto, el pueblo podía legítimamente resistir e, incluso, derrocar al gobierno de turno, en caso de que no fuera consecuente con el respeto de aquellos derechos básicos de los gobernados. Por lo tanto, el valor del orden era el del respeto a los derechos humanos, no del respeto al rey.

Las ideas de Locke se expresan de forma sintetizada en las famosas “verdades autoevidentes” de la Constitución Americana:

Que todos los hombres son creados iguales; que ellos son dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables; que entre ellos se encuentran el derecho a la vida, la libertad, y la persecución de la felicidad; que, los gobiernos son establecidos entre los hombres con el objeto de asegurar tales derechos, y que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que cuando sea que una forma de gobierno deviene en destructiva de aquellos fines, el pueblo tiene el derecho de alterarlo o abolirlo, para instituir uno nuevo, fundando sus principios y organizando sus poderes en tal forma que sea la más conducente para su seguridad y felicidad (Declaración de Independencia Norteamericana, 1776).

Así mismo, la idea democrática tras el derecho a la resistencia en la modernidad se encuentra plasmada en la frase de preámbulo de la Constitución de América que reza: “Nosotros, el Pueblo”. Esto se explica en razón de que el poder se ejerce con límites en favor del individuo y para su beneficio, remitiéndonos nuevamente a los antecedentes históricos de Aristóteles.

La configuración de la resistencia se da como un derecho-deber-garantía, y se reconoce al mismo nivel que los derechos a la libertad, seguridad y propiedad. Para Elizalde (2011), el derecho a la resistencia positivado adquiere un valor

instrumental de garante de otros derechos, pero como una medida *ultima ratio* pues, de lo contrario -al ser una vía no institucional, no dependiente del poder- su invocación resultaría un peligro para la vigencia del derecho mismo.

El derecho a la resistencia en la modernidad debe entenderse como una garantía extrajudicial. Este derecho es una facultad de los pueblos para defender la Constitución en su valor sustancial, siendo este el verdadero bien jurídico protegido y finalidad en el derecho a resistir. Por tanto, se la considera como una medida de garantía de autotutela para la vigencia de la constitución, cuya finalidad misma es controlar el poder en beneficio del bien común.

Naturaleza del derecho a la resistencia

Para Antonello Tarzia y Rodríguez Arana (2011) el derecho a la resistencia supone la separación entre poder y derecho; y permite, al sujeto de los derechos violentados, desconocer un poder o las actuaciones de un poder como ilegítimos. Gargarella se refiere al derecho a la resistencia como “un derecho perdido”. Esto porque, a pesar de haber sido uno de los pilares fundamentales en la construcción de los Estados democráticos modernos, en la actualidad, es un derecho al que no se le da demasiada importancia.

Muchos críticos advierten de una probable inaplicabilidad práctica del derecho que nos ocupa pues su aplicación ha caído en un espacio esencialmente retórico. Tradicionalmente, el derecho a la resistencia no ha sido reconocido de forma positiva sino hasta hace relativamente poco, ya que se ha concebido que la ley es la garantía del orden; y cualquier reconocimiento de resistir al derecho implicaría una fractura a la institucionalidad y puerta para la arbitrariedad. En esta línea, muchos han opinado que cuando se positiviza el derecho a la resistencia, se evidencia una paradoja con el orden jurídico, pues por un lado se proclama la seguridad jurídica y, por otro, se da la libertad para perturbarlo de acuerdo a valoraciones arbitrarias. Al final, cualquiera puede sentir que sus derechos fundamentales no son respetados, y que el sistema institucional no reconoce ni es capaz de proteger ciertos derechos.

En este sentido, Canosa (2011) sostiene que en las Constituciones modernas (por su desarrollo normativo y garantista de derechos) no existe la necesidad de su proclamación positiva, puesto que existen caminos institucionales para reivindicar los derechos humanos y fundamentales, y que existen otras garantías del control de constitucionalidad y legalidad, como son la separación de poderes, independencia de la función ejecutiva de la judicial, etc. En este mismo sentido, Gargarella (2007) advierte la problemática de justificar la resistencia en la modernidad, pues el derecho constitucional moderno sí tiene mecanismos institucionales para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y, también,

para impulsar cambios. Tales mecanismos son las garantías jurisdiccionales, la separación de poderes, las elecciones democráticas de autoridades, etc.

Juan Ugarteмиenda (2011) citando a Bobbio (1990), señala que son dos instituciones típicas las que garantizan el derecho frente al abuso en el ejercicio del poder: la separación de poderes y la subordinación del poder estatal. La separación de poderes puede ser vertical (entre los órganos al vértice de la administración central) y horizontal (entre los órganos centrales y periféricos en las distintas formas de autogobierno).

La naturaleza de la resistencia se encuentra íntimamente ligada a las ideas sobre democracia de un gobierno del pueblo y para el pueblo. Si nuestros representantes utilizan su poder fáctico para elaborar normas ilegítimas o ejercer el poder con arbitrariedad, estimulan el nacimiento de la necesidad y justificación del derecho a la resistencia. Esto, porque se supone que nuestros representantes elaboran normas y actúan en respeto de nuestros derechos fundamentales. Son estas situaciones las que nos llevan a la clásica discusión doctrinaria entre la validez sustancial y la validez formal: ley y legitimidad. En efecto, consideramos que la norma positiva no es garantía por sí misma del respeto a los derechos fundamentales, sino más bien de un orden impuesto por la teoría de las normas. No obstante, la norma en sí misma puede convertirse en un instrumento a favor del autoritarismo y el sinsentido, como aconteció en los regímenes nazis y comunistas en donde el culto a la norma olvidaba los fines mismos del Derecho.

Por tanto, la tipificación de un delito también puede estar formalmente vigente pero no ser válida sustancialmente. Así, Ferrajoli citado por Sferrazza (2010) distingue entre la legitimación externa y legitimación interna de la norma. La legitimación externa se refiere a conceptos metajurídicos como la moral o la política que legitiman la norma en su interacción con los destinatarios de la misma y su conformidad democrática, también en términos prácticos y funcionales. La legitimación interna, por otro lado, se refiere a criterios propiamente normativos y formalistas referidos a la validez de la norma.

La participación ciudadana es el derecho fundamental que, individual y colectivamente, tenemos para autodefinirnos constantemente como sociedad. Solo entendiendo ello, podemos asumir que exista un derecho que nos proteja cuando los representantes del Estado, o los gobernantes de turno irrespetan los intereses legítimos de las personas integrantes de una sociedad.

De esta manera, la democracia no termina en el sufragio sino que allí inicia. Porque el sufragio debe entenderse como “el proceso por medio del cual los ciudadanos, en forma directa o mediante sus expresiones asociativas, inciden en ciertos procesos gubernamentales definitorios de políticas públicas”. (González Merregot, 2005, p.2). De ese modo, la protesta pacífica resulta ser una forma más de resistencia activa, un instrumento más de la democracia y de la transformación del mundo.

Gargarella (2017) sostiene que existe un denominador común de legitimidad del derecho a la resistencia. Él lo denomina “alienación legal” y lo vincula con aquellos presupuestos en los que el derecho ha pasado a servir a fines distintos para los cuales fue creado. Suarez, uno de los primeros defensores de la resistencia en la modernidad, establecía el principio “la fuerza solo puede repararse con fuerza”. El autor asegura que la “alienación legal” existe cuando los gobernantes usan el poder en contra de los intereses del pueblo al que deberían servir. “El estado, como un todo, es superior al rey, porque el estado, cuando se le asigna el poder, lo recibe bajo la condición de gobernar de [modo no tiránico, y que si lo hace], entonces puede ser depuesto” (Suárez 1944, p.855). Siguiendo esta línea, Locke consideraba que alienación legal estaba vinculada con la traición a la voluntad popular. El consenso popular “implicaba la aprobación de la ciudadanía a la obra del gobierno, del mismo modo en que su rebelión manifestaba su desacuerdo con el gobierno y debía ser interpretada como un signo de que el mismo comenzaba a actuar abusivamente” (Gargarella, 2007, p.17).

Locke hizo referencia a situaciones en las cuales el gobierno prometía una cosa y hacía lo contrario. En estas situaciones, el gobernante usaba sus poderes especiales en contra del bienestar del pueblo; y los funcionarios inferiores cooperaban con dichas acciones abusivas. Así, las acciones arbitrarias se sucedían unas a otras (Locke, 1988). Locke asumía que para tales casos debía existir la posibilidad de que el pueblo se pronuncie al respecto. Estas son las líneas finales de su segundo tratado sobre el Gobierno: “...*the people have a Right to act as Supreme, and continue the Legislative in themselves, or erect a new Form, or under the old form place in the new hands, as they think good*” (Locke, 1988, p.428). Asimismo, para Jefferson, los gobiernos eran “más o menos republicanos de acuerdo con el mayor o menor grado en que contaran con el elemento de elección y control popular en su composición” (Jefferson, 1999).

Gargarella (2007), para ejemplificar un caso de derecho a la resistencia, invoca aquella realizada a previa a la Declaración de Independencia, en el cual fue necesario la redacción de un documento en el que se hizo constar los agravios a los derechos fundamentales colectivos a fin de justificar jurídicamente el momento de revolución que sucedía. En este documento se hacía constar que lo esencial y común en la resistencia es, justamente, el conflicto con la autoridad o la norma. Dentro de tales ofensas, destacaba aquella referida al derecho de los americanos a su autogobierno, manifestando que los británicos transformaron el derecho en un instrumento más de opresión del pueblo americano. Así se pronunciaron, en referencia a todas las instituciones que servían a los intereses del imperio británico, por encima del de los habitantes y contribuyentes.

Para Canosa (2011), la idea de “alienación legal” se da cuando el orden legal no es merecedor de respeto porque sus normas infringen daños sustantivos sobre la población, o también cuando son el resultado de un proceso en el que dicha

comunidad afectada no estuviera involucrada de modo significativo en la toma de decisiones trascendentales. En este sentido, el Holger Córdova Vinuesa es clarísimo en señalar que:

El derecho a la resistencia rompe el orden simbólico del poder identificándolo como un orden de abusos, que instrumentaliza el aparato estatal o los centros hegemónicos de una sociedad, por esto, protestar es descalificar la lógica confrontativa del poder, para desde este trayecto intentar movilizar a sectores en su contra para replantear esas dinámicas. Algunos autores explican el objetivo de la resistencia a partir de la relación con el poder y con miras a proyectarse como un contrapoder (2012, p.4).

Gargarella (2007) pone en el tablero ciertos grupos sociales que son excluidos por el derecho y que sufren serias dificultades para satisfacer necesidades básicas o para hacer conocer sus puntos de vista. El autor reconoce: “la situación que enfrentan estos individuos suele ser mucho más grave –en su amplitud y profundidad- que la que enfrentan los objetores de conciencia o quienes se enrolan en acciones de desobediencia civil” (p.17).

En este orden, reflexionamos con autores como Pisarello o Alexy sobre cómo la magnitud de la resistencia debe ser proporcionada a la acción violatoria de derechos: “...Así, mientras más urgentes, en efecto, sean las necesidades en juego y mayor la situación de emergencia constitucional, más justificado estará el recurso a vías de autotutela” (Pisarello, 2007, p. 122-126). Y “las limitaciones no pueden ir más allá de lo que exija el interés general que las legitima, por lo que los medios empleados deben ser apropiados para ese fin de interés general y no deben ser desproporcionados” (Alexy, 2010, p.156).

Carlos Bernal Pulido manifiesta que el Estado tiene la obligación de valerse solo de restricciones a los derechos fundamentales que cumplan tres requisitos: ser idóneas, benignas y proporcionales:

Aquellas restricciones (serán): idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquellas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implantación representa y los perjuicios que ella produce (Pulido, 2008, p.82).

Por su parte, Gargarella (2007) sostiene que son dos los requisitos fundamentales para que un acto del poder ocasione un conflicto que haga necesaria la defensa del derecho a la resistencia: el primero, de carácter sustantivo: la violación de un derecho fundamental que cause un perjuicio a un colectivo social. El segundo es una condición procedimental: que las decisiones o las normas legales que generen dicha lesión se den al margen de un proceso deliberativo y democrático con las comunidades afectadas.

El derecho a la resistencia en la modernidad debe entenderse como una garantía extrajudicial, no institucional, en relación a facultad de los pueblos para defender la constitución y la democracia. Esta facultad es el verdadero bien jurídico protegido. De lo dicho, podemos reflexionar que la positivización del derecho a la resistencia descansa sobre los siguientes principios: 1) Que todas las personas nacemos iguales y con derechos anteriores al Estado. 2) El Estado no es un dispensador de derechos sino, más bien, su garante. 3) El poder del gobierno proviene del pueblo; por tanto, es legítimo en tanto respete derechos fundamentales y represente sus intereses. 4) Es una medida extrajudicial de corte democrático, de reafirmación de la constitución y de los derechos fundamentales.

El derecho a la resistencia en la constitución de Montecristi

Los antecedentes históricos del derecho a la resistencia en el Ecuador se remontan a los años 20, cuando ocurrió el famoso y tristemente célebre levantamiento de trabajadores impulsado por la Confederación Obrera del Guayas y otros movimientos sindicales. Estas organizaciones iniciaron una lucha activa por reivindicaciones sociales respecto a mejoras salariales, reducción de horas laborales, etc. Este fue un acto masivo de paralización de servicios básicos como la luz y el agua, huelgas, manifestaciones, toma de espacios públicos, etc. Este evento coincidió con un ambiente mundial de revoluciones e implicaba la evidencia de una población cansada de ser espectadora sumisa de los abusos y privilegios de las clases dominantes.

Este levantamiento demandaba, activamente, de sus gobernantes acciones inmediatas respecto de sus derechos; pero, terminó en una de las masacres ecuatorianas más grandes de la historia. Si bien no consiguió las reivindicaciones demandadas, marcó profundamente al Ecuador. A tal punto es así que inspiró simbólicamente la llamada “Revolución Juliana”, ocurrida tan solo años más tarde. Marchan Romero (2013) observa que esta Revolución desembocó en la histórica Asamblea Constituyente del año 1929 presidida por el Dr. Isidro Ayora, en la que se lograron muchas de las ansiadas reformas legales reivindicadas. Así se consiguieron la expedición de normativa en favor del trabajador frente al contrato individual de trabajo, el desahucio, la licencia por maternidad y la declaración constitucional de los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

Las manifestaciones del derecho a la resistencia no fueron reconocidas en su época, pero este antecedente –conjuntamente con el levantamiento indígena de los años 90- inspiró, a los constituyentes del año 2008, incluir en la Carta Magna el derecho a la resistencia de forma positiva. Esto también ha levantado voces contrarias, con los clásicos argumentos a favor de la certeza y la seguridad jurídica, a los que hemos hecho referencia anteriormente.

El asambleísta Rafael Esteves Moncayo en los debates de redacción de la Constitución, se refiere a este derecho como aquel: "...reconocido a los pueblos frente a gobernantes de origen ilegítimo, no democrático; o también que, teniendo un origen legítimo, esto es democrático, han devenido en actos ilegítimos en su ejercicio" (Asamblea Constituyente, 2008, p.90). Evidenciamos que las concepciones de los asambleístas coincidieron con los antecedentes históricos de la resistencia, al considerar este derecho como un elemento esencial de la democracia, por cuanto el poder se legitima únicamente en el respeto de los derechos fundamentales y la democracia.

Asimismo, otros antecedentes que evidencian las intenciones del constituyente son las varias amnistías concedidas a conductas típicas, cuyas motivaciones estuvieron vinculadas a la defensa de sus comunidades o los derechos de la naturaleza frente a proyectos de explotación de Recursos Naturales. Así el 4 de marzo del 2008, La Asamblea Nacional Constituyente acordó, expresamente:

Conceder amnistía general para los procesos penales enumerados en esta resolución, vinculados a las acciones de resistencia y de protesta que ciudadanos y ciudadanas han llevado adelante en defensa de sus comunidades y de la naturaleza, frente a proyectos de explotación de los recursos naturales, y que por ello han sido enjuiciados penalmente por delitos comunes tipificados en el Código Penal (Asamblea Constituyente, 2008).

Es interesante resaltar que las amnistías por motivación del derecho a la resistencia, no estuvieron reservadas únicamente a delitos en los que haya existido violencia, pues conforme consta de las actas de fecha 4 de julio del año 2008, la Asamblea Nacional Constituyente decidió:

Conceder AMNISTÍA GENERAL a todas las personas detenidas, indiciadas, acusadas, bajo investigación o por investigarse por las causas y los hechos violentos ocurridos durante las protestas del 1 al 5 de febrero del 2007, en los alrededores de la Municipalidad del cantón Vinces de la provincia de Los Ríos (2007).

El texto evidencia la intención de preservar este derecho como un instrumento propio de la democracia en favor de los pueblos. Esto está en consonancia con lo señalado por Pasará (2014) en cuanto se trata de un derecho reactivo ante la autoridad que ejerce el poder de una forma arbitraria y en desmedro de los derechos fundamentales de las personas. Por lo mismo, puede incluso justificarse sus manifestaciones violentas, en cuanto sean proporcionales y adecuadas a la preservación de los derechos violentado.

Así, finalmente, el artículo 98 de la Constitución reconoce el derecho a la resistencia por primera vez en la historia Republicana del Ecuador del modo siguiente:

Art. 98.- Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos (Constitución política del Ecuador, 1998).

Naturaleza del Derecho a la resistencia en Montecristi

Para comenzar a analizar este derecho, debemos partir desde el paradigma que supone la existencia de un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, dentro de la cual el derecho a la resistencia podría ser reconocido tanto como un derecho constitucional (de directa e inmediata aplicación) o como una garantía jurisdiccional.

Ahora bien, ¿se trata de un derecho o de una garantía? Para resolver esta interrogante nos servimos, primero, de su ubicación en la Constitución. Este se encuentra consagrado en el apartado que contiene los derechos de participación y “organización colectiva”. Por tanto, la Constitución lo reconoce como un “derecho” necesario para el equilibrio las relaciones estatales y no estatales de poder en la sociedad y como un instrumento propio de la democracia.

No se trata, por tanto, de una garantía jurisdiccional pues, en lo que a estas respecta, todas y cada de ellas se encuentran reguladas en lo procedimental y desarrolladas normativamente en el capítulo de “garantías jurisdiccionales”, así como también en la normativa orgánica, (Ley Orgánica de Control Constitucional y Garantías Constitucionales). En cambio, el derecho a la resistencia no está desarrollado por normativa inferior alguna.

No obstante, resulta curioso que la estructura gramatical y el contenido del derecho a la resistencia, son casi idénticos a los fundamentos que legitiman una Acción Constitucional de Protección o, incluso, una Acción extraordinaria de protección en cuanto proceden frente a la violación de derechos fundamentales y, también, en cuanto a que el legitimado pasivo, es una autoridad estatal o una persona natural.

Sin embargo, el derecho a la resistencia sí puede catalogarse como una garantía constitucional en el sentido de que supone también un instrumento de reafirmación de un derecho constitucional. Debe distinguirse, empero, de las garantías institucionales pues la resistencia es una garantía no reglada procedimentalmente de autotutela con la posibilidad de solicitar nuevos derechos, distintos al violentado. Es decir, es la garantía, incluso, más amplia y protectora del derecho.

Respecto a la falta de regularización del derecho, si bien podemos criticar la falta de normativa que regule el derecho a la resistencia, consideramos que esta línea jurídica es coherente con la naturaleza *sui generis* de este derecho. Al ser la única garantía de autotutela en manos de los ciudadanos no debe depender de ninguna norma o autoridad pública ni de la lógica pública en la que cualquier acto público tiene un discurso jurídico indistintamente de su legalidad. Estas características propias de la resistencia en el marco constitucional ecuatoriano reconocen a este derecho como merecedor de una jerarquía especial. Así lo defendía Gargarella señalando que es el “primer derecho” que implica “el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos” (Gargarella, 2005, p.96).

Sin duda, hay que resaltar la evidente fricción del derecho a la resistencia con el derecho constitucional a la seguridad jurídica proclamado en el art. 82, y que, contrariamente al derecho a la resistencia sí ha sido desarrollado jurisprudencialmente con criterios al respecto, en el siguiente sentido:

Por otro lado, la seguridad jurídica es un valor jurídico implícito en nuestro orden constitucional y legal vigente, en virtud del cual, el Estado provee a los individuos del conocimiento de las conductas que son permitidas, y dentro de las cuales las personas pueden actuar. Si no existiera este principio en una sociedad, las personas no podrían establecer un conocimiento certero de las actuaciones permitidas, puesto que al interpretarse y aplicarse el texto de la ley, de forma distinta y arbitraria, “se impediría el libre actuar de las personas, pues al actuarse encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley (Sentencia No. 0001-11-SEP-CC, Caso No. 0178-10-EP (Corte constitucional del Ecuador, Febrero de 2012).

No obstante, los derechos deben entenderse de forma integral, por lo que -desde nuestro criterio- la falta de regulación procedimental resulta propia de la naturaleza de la resistencia, pues -al surgir en situaciones de alienación legal- su naturaleza no puede depender de la misma lógica en el sistema de normas y autoridades que han violentado o puesto en peligro sus derechos. Parte del derecho a la resistencia es identificar al orden legal como ilegítimo e injusto.

Su declaración como un derecho de rango constitucional supone el reconocimiento de este como la única garantía de autotutela no jurisdiccional con valor instrumental de reconocimiento de otros derechos y esencialmente reactiva frente a una acción u omisión que pueda vulnerar o vulnerar derechos constitucionales. Es decir, no es un derecho autónomo, sino condicionado a la violación o posible violación de otro derecho, ya sea por acción u omisión.

Se evidencia, por tanto, que el derecho a la resistencia es “reactivo” frente a los actos particulares o públicos que violenten potencial o efectivamente derechos fundamentales constitucionales. Por eso, necesariamente debe existir un nexo

entre la violación del derecho y la legitimidad de la resistencia, así como a los nuevos derechos que se puedan solicitar.

Así pues, cabe puntualizar que el derecho a la resistencia permite demandar nuevos derechos; no obstante, siguiendo la misma línea de interpretación constitucional no restrictiva, consideramos que esta no es una condición necesaria sino optativa del legitimado pasivo. Esto quiere decir que, incluso, podría invocarse el derecho a la resistencia; incluso, para el solo restablecimiento del derecho constitucional vulnerado.

Respecto a la posibilidad de “demandar nuevos derechos”, Canosa (2011) manifiesta que esta demanda no podría ser arbitraria sino que, necesariamente, debe haber una conexión directa con los derechos vulnerados. Es decir, la vulneración de dichos derechos debe haber dado origen a la resistencia. Esta afirmación resulta coherente dada la ponderación necesaria con el derecho a la seguridad jurídica y con el sentido democrático y protector del bien común que reviste este derecho.

Otro rasgo interesante del derecho a la resistencia ecuatoriano es el hecho de legitimar el derecho a la resistencia frente a las acciones u omisiones de personas de derecho privado (no estatal). Esto supone una innovación a la concepción tradicional del derecho a la resistencia pues permite al ciudadano común resistir activa o pasivamente a la autoridad pública que ejerce un poder ilegítimo de origen o de ejercicio. La generosidad de la norma constitucional, al incluir el derecho a resistir también sobre los actos de personas naturales, evidencia o sugiere una especie de causa de justificación en cualquier conducta. Este derecho/garantía constitucional sería, por tanto, transversal a todas las ramas del derecho, y consideramos, que debería ser aceptado como parte de una categoría de justificación de las conductas penales, en relación a la proporcionalidad con la que se ejerce.

En cuanto a la naturaleza de la resistencia, como una garantía de *ultima ratio* o no, el contenido del art. 98 de la carta magna no dispone en forma expresa el agotamiento de otras garantías institucionales o vías jurisdiccionales, por lo que no podríamos realizar una interpretación restrictiva. Así, en el Ecuador, la resistencia tiene un carácter subsidiario o de *ultima ratio*. Por tanto, desde esta perspectiva, el derecho a la resistencia podría incluso ejercerse de forma paralela a las vías jurisdiccionales e institucionales como la Acción de Protección, u otras.

El derecho a la resistencia es, por lo tanto, un derecho de naturaleza no jurisdiccional, de directa e inmediata aplicación, pero de carácter instrumental. Está vinculado a la reafirmación de otros derechos fundamentales violentados o en riesgo.

La única condición objetiva que limita el derecho a la resistencia es la efectiva o posible vulneración de un derecho fundamental. Su legitimidad y

proporcionalidad se encontrará vinculada a la urgente necesidad de auto tutela del derecho violentado. Criterio este inferido de la doctrina mas no, de la norma constitucional.

Su ubicación en la Constitución como un derecho de participación colectiva lo determina como un pilar fundamental de los Estados modernos democráticos, en los que la autoridad y la norma son legítimas en cuanto protegen el bien común y el respeto de los derechos fundamentales. Esto se debe a que la razón de ser del Estado no es el orden sino el respeto de los derechos fundamentales.

II

De Montecristi al COIP, un camino de contradicciones

Conforme hemos estudiado en el capítulo anterior, el termómetro que legitima el derecho a la resistencia es la violación o la puesta en riesgo de los derechos fundamentales. Cuando la constitución es violentada por aquellos que son llamados a garantizarla y aplicarla, o también por los particulares, se prevé esta garantía no jurisdiccional de autotutela ciudadana para el restablecimiento del derecho violentado, así como para reclamar el reconocimiento de derechos vinculados al derecho lesionado o en peligro.

Podemos estar a favor o en contra de la positivización del derecho a la resistencia; sin embargo, su reconocimiento constitucional lo pone como una realidad jurídica que debe superar el ámbito de lo retórico y verse materializada en las prácticas penales. El reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia como una innovación, evidentemente, requiere una adaptación normativa distinta al código penal anterior, en cuanto el paradigma es ampliamente distinto. Por eso, nos preguntamos: ¿las prácticas de criminalización a la resistencia cambiaron radicalmente desde la Constitución de Montecristi?

Para este análisis histórico, ponemos nuevamente sobre la mesa los antecedentes previos a la promulgación del COIP e, inmediatamente, anteriores a la vigencia de la Constitución de Montecristi, en los que la Asamblea Nacional Constituyente, en el ejercicio del Mandato N. 1 emitió una serie de acuerdos que consistían en varias amnistías a procesados por delitos comunes. A criterio de la Asamblea, los procesados (en su mayoría líderes comunitarios o defensores de derechos humanos y del medio ambiente) habían ejercido sus derechos a la resistencia y merecían “el perdón” por sus delitos.

Dichas amnistías fueron aplaudidas, internacionalmente, en cuanto constituían un antecedente cualitativo sin igual de reconocimiento de la instrumentalización del derecho penal para descriminalizar el derecho a la resistencia y a la protesta.

Cuantitativamente, fueron significativas en cuanto beneficiaban a más de 350 personas enjuiciadas por delitos comunes tipificados en el Código Penal de 1971. Los delitos a los que se refieren esta serie de amnistías incluyen procesos por promoción y organización de manifestaciones públicas sin permiso (art.153 C. P), sabotaje, terrorismo, rebelión, obstáculos puestos a la ejecución de las obras públicas y obstaculización de vías (Pasará, 2014).

La Asamblea Nacional Constituyente se refirió a dichas conductas como: “acciones de movilización y reclamo de comunidades de naturaleza esencialmente políticas y de reivindicación social”; disponiendo: “la extinción de la acción penal y la condena, con el propósito de subsanar errores judiciales y sanciones injustas a perseguidos políticos y personas inocentes, justificables en este momento de la vida política del país” (Asamblea Constituyente, Amnistía n° 13, Personas involucradas en hechos acaecidos en el cantón Las Naves, Provincia de Bolívar). No obstante, resulta necesario resaltar la concepción contradictoria del constituyente que reconoce la resistencia como un derecho necesariamente vinculado a ese momento histórico y político y, luego, no establece estos límites normativos.

Entendemos que la revolución ciudadana -y su idea de establecer una nueva Constitución- emergió como un movimiento de ruptura que buscó una reaptación total de las instituciones estatales a las demandas sociales. En este sentido, La Asamblea Nacional Constituyente pretendió dar al Ecuador un marco jurídico legal e institucional novedoso que supuso una ruptura y distanciamiento del orden institucional y legal anterior, asumiéndose a sí mismo como eficiente y declarando al anterior sistema como ineficiente. Reconoce la resistencia pues declara degradado al sistema institucional que reemplaza, identificándolo como un orden de abusos y justificando las conductas refiriéndose a ellas como: “justificables en este momento de la vida política del país”.

La Asamblea Constituyente, en el ejercicio del mandato 1, podía plenamente derogar los tipos penales que criminalicen la resistencia; sin embargo, lo que hizo fue conceder amnistías, declarar el derecho a la resistencia, y dejar en vigencia las conductas como delitos. Sin embargo, posteriormente, el discurso del presidente y líder de la revolución ciudadana cambió de forma radical, lo que evidentemente influyó de forma significativa en cómo los legisladores concebían la seguridad pública y la necesidad del derecho penal.

Por ejemplo, el periódico del gobierno en el año 2009, “El Ciudadano”, recogía las siguientes declaraciones del exmandatario a tan solo un año de las amnistías concedidas por la Asamblea Constituyente y del reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia:

Muchas de estas organizaciones (...) se inmiscuían en política, que les guste o no también está prohibida por los reglamentos de fundaciones (...) Ellos pueden

dar opiniones, pero eso de movilizar, eso no pueden hacer. (...) Porque si uno quiere hacer política que se conviertan en un partido político... (El ciudadano. Periódico Digital del Gobierno de la Revolución Ciudadana, 15 de marzo de 2009, p.1).

En relación con el cierre de carreteras, el mandatario manifestó lo siguiente:

¿Dónde se ha visto que un grupo de gente con legítimas o ilegítimas aspiraciones bloqueen las vías como un acto de resistencia? (...) porque la Constitución prohíbe interrumpir el transporte público y porque el Código Penal penaliza el cierre de vías. (...) se llama feo el delito: sabotaje y terrorismo (...) Eso no es resistencia, sino agresión. (Correa, 2010, p.1).

Se evidencia dos posturas manifiestamente opuestas en el discurso de la entonces oficialidad.

Como indicamos en el anterior capítulo, para analizar la problemática del derecho a la resistencia es fundamental remitirnos a la teoría de las democracias, la cual supone el compromiso de proteger a las mayorías en sus aspiraciones legítimas y el resguardo y respeto de los derechos fundamentales y aspiraciones de las minorías. Esto está en consonancia con lo que enseña Gargarella (2008) acerca de que la democracia debe negarse a ceder ante la tentación del populismo penal -comúnmente practicado en nuestro país- que concibe al derecho penal como un instrumento de defensa social de las mayorías no desviadas en contra de las minorías desviadas.

Pero ya en la práctica, los gobernantes de turno califican a quienes han protestado en el país como “tirapiedras”, “insurgentes”, “forajidos” creando estereotipos y métodos de criminalización que ponen a estas minorías y sus organizaciones en una posición de evidente debilidad por la falta de respaldo institucional y político del Estado.

En efecto, las autoridades de elección popular y funcionarios del Estado en general deben cuidarse de confundir la decisión de la mayoría con la democracia constitucional. En un sentido amplio, lo fundamental en una democracia constitucional no es quiénes o cuántos son los que deciden, sino qué es lo que se decide y cómo se protege a esa minoría en las aspiraciones legítimas de la mayoría y viceversa. Así, lo legítimo es colocar la cualidad sobre la cantidad, y la Constitución sobre todo y sobre todos.

Por tanto, los derechos fundamentales son los límites y garantías de las aspiraciones de las mayorías, y son la medida para verificar la legitimidad de las leyes y las decisiones administrativas y jurisdiccionales. Pero, un tipo o una práctica penal con excusa de proteger un supuesto interés colectivo no pueden violentar los derechos fundamentales individuales ni colectivos de una minoría.

Para Pasará (2011), el seguimiento internacional más significativo (posterior a las amnistías) de la criminalización de la resistencia, fue aquel realizado por *Human Rights Watch* teniendo como base varios expedientes iniciados entre los años 2009 a 2010. Este informe concluyó que al menos una decena de personas que participaron en protestas y manifestaciones fueron juzgadas o investigadas durante 2010 por terrorismo, una acusación desmedida que se debió a la existencia de disposiciones definidas vagamente en el Código Penal.

Dicho estudio comprende a más de 24 dirigentes de comunidades criminalizados por oponerse a proyectos de ley o políticas gubernamentales de explotación de recursos naturales, entre los que se resalta las figuras penales más utilizadas para la criminalización de la resistencia y la protesta social, los artículos: 158 (sabotaje), 60 (terrorismo), y finalmente el artículo 129 (obstrucción ilegal de vías). Cabe resaltar que Amnistía internacional considera que los delitos relacionados a la alteración del tránsito son frecuentemente utilizados como base para emprender acciones penales en contra de cualquier protesta ciudadana, por lo que merecen especial atención, en cuanto son formas pacíficas de resistencia, y casi nada lesivas de otros derechos (Pasará, 2014).

En este mismo sentido, la Defensoría del Pueblo ha manifestado que: “la interrupción del libre tránsito de vehículos, de personas o mercaderías por las vías públicas es una forma tradicional de protesta de las ecuatorianas y ecuatorianos que se ha ido consolidando” (Defensoría del Pueblo, 2011, p.20).

Diana Salazar se refiere a estas manifestaciones del siguiente modo:

La protesta se utiliza ante la ausencia de una institucionalidad confiable que canalice las peticiones o necesidades de la población y las materialice en políticas públicas concretas. (...) la actividad de la protesta puede ser un rompimiento del orden convencional, pero no significa necesariamente acciones de violencia contra las personas o el Estado. La protesta puede ejecutarse por métodos no violentos como la organización de marchas o bloqueos temporales de vías, que visibilizan a las personas que protestan ante las autoridades y el público en general, pero no generan efectos perniciosos de largo plazo para individuos, comunidades, o la sociedad en general. La práctica de la protesta se enmarca en la libertad de asociación de las personas y su libertad de expresión, entre otras (Salazar, 2010, p.135).

No obstante, de estos antecedentes y recomendaciones internacionales y nacionales, el gobierno de entonces dejó pasar la oportunidad histórica de establecer garantías penales en favor del derecho a la resistencia, actitud que hubiese sido coherente con las amnistías promulgadas al inicio del gobierno, así como con los criterios internacionales que indicaban que muchos de estos delitos se utilizaban excesivamente para la criminalización de la resistencia y la protesta sociales.

Por el contrario, el legislador optó por tipificar nuevos delitos, sin establecer criterio alguno para diferenciar los actos típicos de aquellas manifestaciones cuyo objetivo y finalidad era la reivindicación de un derecho colectivo, mediante manifestaciones no lesivas de la integridad física ni la vida de terceros. En efecto, se abusó de la llamada “seguridad pública” y se penalizó conductas que, supuestamente, atentaban contra el Estado Constitucional de Derechos. Lo hizo sin establecer ninguna clase de excepción, consideración o garantía que proteja al débil de la relación: aquel que se resiste o protesta frente al Estado Leviatán.

Cabe resaltar que, si bien es comprensible que el derecho a la resistencia no sea reglamentado, esto no significa que el derecho penal -en su función limitadora de la libertad- no establezca garantías sustanciales en favor de este derecho. Al final de cuentas, el legislador -y en desmedro, el juez- debe resolver de algún modo esta contradicción entre seguridad jurídica, principio de legalidad, y el derecho fundamental a la resistencia. Si no se agregan garantías positivas que resguarden este derecho, seguramente los diques se romperán. El agua del poder punitivo se desbordará y sucederá como hasta ahora, que la resistencia no supera el ámbito de lo retórico.

Delitos que penalizaban la paralización de servicios públicos en el Código Penal y en el COIP: la criminalización de la resistencia pacífica

El código Penal de 1971 no hacía referencia específica a un solo delito de paralización de servicios públicos del modo en que es tipificado en el actual COIP, sino que lo mentaba de una forma abstracta y general. El cuerpo normativo derogado tipificaba varios delitos cuyo objeto era sancionar conductas lesivas a varios servicios públicos. Por ejemplo, el art. 158 sancionaba con la desorbitante pena de ocho a doce años a todo aquel que “...fuera de los casos contemplados en este código (...) destruya, deteriore, inutilice, interrumpa o paralice servicios públicos...”.

La referencia a las excepciones tiene relación con el delito tipificado en el artículo 156 para la paralización de servicio público de salud y dirigido únicamente a: “Los médicos, enfermeras, farmacéuticos, practicantes, empleados de casas de salud o propietarios de farmacias o droguerías”. En caso de que ellos, específicamente, incurriesen en estas conductas se los sancionaba con uno a tres años de prisión.

Otra referencia importante para nuestro análisis y que el antiguo código contemplaba como excepción es el delito por paralización de vías, tipificado en el art. Art. 129 que castigaba con la pena de uno a tres años de prisión a “el que ilegalmente impidiera el libre tránsito de vehículos, personas o mercaderías por las vías públicas del país”.

Al imponer igual pena para uno y otro delito tipificado, el legislador del código penal derogado trata con la misma gravedad al hecho de no proveer el servicio público de salud cuando alguien lo necesita y al de paralizar una vía pública e impedir el servicio público de transporte. Esto resultaba visiblemente desproporcionado.

Ahora bien, el actual COIP tipifica la paralización de servicios públicos del siguiente modo:

Art. 346.- Paralización de un servicio público. - 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 fuerza un edificio o instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Es decir, en el COIP existe la tipificación de un nuevo delito autónomo de la paralización de servicios públicos, dirigido a la totalidad de servicios públicos, incluyendo al servicio público de transporte, y nuevamente excluyendo a la paralización del servicio de salud, al que condena con una pena mayor.

Además, se evidencia que el legislador aumenta el catálogo de verbos rectores. Ya no se sanciona solamente la efectiva paralización del servicio público, sino también su puesta en riesgo, adelantándose de algún modo a la lesividad de la conducta. Esto resulta un evidente crecimiento del poder punitivo respecto al código anterior.

En lugar de derogar el delito del impedimento de libre tránsito de vehículos o establecer consideraciones especiales al respecto (al ser este un recurso recurrente de protesta y resistencia pacífica reconocido nacional e internacionalmente) se confundió a estas conductas con otros delitos relativos a servicios públicos de otra naturaleza. De ese modo se logra incluir en esta tipificación el entorpecimiento y paralización del servicio público de transporte; y, prohibir estas conductas sin establecer consideraciones respecto a la coincidencia con actos de resistencia social. El COIP no hace distinción alguna respecto a estos presupuestos, “metiendo en el mismo saco” a todos los servicios públicos distintos del de salud.

Otro de los cambios sustanciales se refiere a la clasificación que el legislador escogió para estos delitos. La nueva normativa concibe a la paralización de servicio público como un delito contra “el Estado constitucional de derecho”, y la “seguridad pública”, mientras que el código penal derogado entendía la paralización de vías como un “delito en contra de la administración pública”.

Se debe reconocer como positiva la derogatoria de la tipificación del delito de utilización de espacios públicos sin autorización de autoridad competente, por cuanto esto suponía un mecanismo de censura previa, contrario a la naturaleza de la resistencia y a los criterios internacionales pro derechos humanos.

No se puede depender de un permiso para el ejercicio de un derecho constitucional. Más aún cuando la naturaleza de este derecho se basa en la fricción con las autoridades que en este caso tendrían la potestad discrecional de conceder o no el permiso. Esta visión es propia de los Estados autoritarios que priorizan el mantenimiento del orden público sobre la estabilidad nacional.

El delito de “Paralización de servicios Públicos en el COIP” a la luz de una constitución garantista de derechos

Nos apoyamos en la idea de Ferrajoli de que si una Constitución reconoce derechos humanos no existe otro modelo penal que el garantista. Por lo tanto, hablar de garantismo no es una cuestión de modas o de ideologías. Se trata de un modelo de Estado y democracias constitucionales cuyas ideas -basadas en los derechos fundamentales y los principios como fuentes de verificación de validez de la norma- son aptas para valorar las dinámicas teóricas del delito de paralización de servicios públicos en conflicto con el derecho a la resistencia activa pacífica (Moreno, 2007).

Conforme señala Roxin, el código penal es un termómetro de la Constitución y, por ende, de la democracia. Por lo mismo, no es lo mismo la validez formal del tipo penal o su aplicación (que es válida en cuanto sigue un proceso y es emitida por autoridad competente) que la validez sustancial (que guarda armonía con los derechos fundamentales).

Con la positivización constitucional de los llamados derechos naturales o pre-jurídicos, el garantismo ha reconocido que la validez sustancial de los tipos penales o de las prácticas penales, se controla a través de los principios y axiomas reconocidos por la carta fundamental. Y estos axiomas están expresados, entre otros, en los principios de necesidad, lesividad y materialidad como métodos de verificación de la justicia de una ley o su aplicación.

Ferrajoli se refiere a la epistemología del garantismo penal, como la “Ley del más débil”. Bajo esta visión, los derechos humanos son un artificio inventado por el hombre para evitar el dolor y combatir la injusticia, defendiendo a quien se encuentra en posición de vulnerabilidad o de sometimiento. Ferrajoli identifica al “más débil” según tres momentos: 1. El momento del delito cuando el más débil es la víctima; 2. El momento de la investigación, aprehensión, juicio, etc. cuando el más débil es el sospechoso; y 3. El momento en que se cumple la condena cuando el más vulnerable es quién está cumpliendo la sentencia (Ávila, 2011).

En esta línea, consideramos que los llamados delitos en contra de la estructura del Estado constitucional de derechos a los que hace referencia el COIP, necesariamente, deberían racionalizar el derecho penal en el ejercicio del derecho a

la libertad que no genera efectos lesivos en las personas “de carne y hueso”. De este modo, el derecho penal estaría al servicio de las garantías consagradas en el derecho constitucional. En este caso, el derecho a la resistencia.

Con el fin de proteger y racionalizar el ejercicio del poder punitivo, Ferrajoli (inspirado en Beccaria) crea filtros que funcionan como diques de contención del poder punitivo, puesto que este siempre tiende a desbordarse y actuar en contra del más débil (Zafaronni, 2001). El Garantismo penal sintetiza, de esta forma, una serie de principios y garantías racionales y verificables, que buscan contener el ejercicio arbitrario del poder, y permite tanto a los legisladores como a los jueces, evaluar constantemente la constitucionalidad de las leyes o de su aplicación en concreto. En este sentido, coincidimos con Ramiro Ávila en sostener que: “El principio tiene varias funciones. Una de ellas es legitimar y dar validez sustancial a las reglas producidas legislativa y judicialmente. La otra función es inspirar el proceso legislativo y normativo en general. Otra es valorar el sistema jurídico formalmente vigente” (Ramiro Ávila, 2011, p.549).

Ferrajoli (1995), en su obra “Derecho y Razón”, se refiere a los fines del garantismo, como una teoría de legitimación o deslegitimación del derecho penal, buscando un sistema de racionalización del poder punitivo, sintetizando estos principios que él llama los “axiomas del garantismo”. Esta construcción de Ferrajoli es un modelo de filtros y condiciones necesarias para la atribución de la responsabilidad penal y la imposición de una pena. Nos interesan estos axiomas por cuanto han sido adoptados por la Constitución ecuatoriana del año 2008. De hecho, nuestra Constitución es, en efecto, de corte garantista inspirada en los principios de Ferrajoli, los que constituyen “el deber ser” del derecho penal. Los principios y axiomas de Ferrajoli se encuentran en la Constitución. La tabla 1 los resume:

Tabla 1

Los principios y axiomas de Ferrajoli en la Constitución

| PRINCIPIO | AXIOMA | CONSTITUCIÓN |
|------------------|--------------------------|--|
| Retributividad | “No hay pena sin delito” | Art.76 número 3. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “3. Nadie podrá ser[...]sancionado por un acto u omisión [...]no esté tipificado en la ley como infracción penal ni se aplicará una sanción no prevista en la constitución o en la Ley” |

| | | |
|--------------|----------------------------------|--|
| Legalidad | “No hay delito sin ley” | Art 76. Número 3. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que [...] no esté tipificado en la ley como infracción penal ni se aplicará una sanción no prevista la constitución o en la ley” |
| Necesidad | “No hay delito sin necesidad” | Art. 76 numeral 6 y Art 195: Art 76. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “6. La ley se establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales [...]” Art.195. “La Fiscalía dirigirá [...] la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal” |
| Lesividad | “No hay necesidad sin daño” | Art. 66, número 5. “Se reconoce y garantizará a las personas: 5 “El derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás” |
| Materialidad | “No hay daño sin acción” | Art. 76. Número 3. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que [...] |
| Culpabilidad | “No hay acción sin culpabilidad” | Art. 1. El Ecuador es un Estado de Derechos y justicia[...] Art 66. Número 5: “Se reconoce y garantizará a las personas: 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás” Art 76, número 2: “El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: 2 Se presumirá la inocencia de toda persona [mientras no se declare su responsabilidad.” |

| | | |
|--------------------|-------------------------------|--|
| Jurisdiccionalidad | “No hay culpa sin juicio” | Art. 76 n.º 2 y 3: El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: 2. “Se presumirá la inocencia de toda persona [...] mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada; 3. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez [...] con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. |
| Acusatorio | “No hay juicio sin acusación” | Art. 75 y 195:75. “Toda persona tiene derecho al acceso [...] a la justicia imparcial” 195. “La fiscalía dirigirá la investigación pre procesal y procesal penal [...] De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal” |

Fuente: Encalada Hidalgo, 2015, pp. 10 y 11

Cada uno de estos filtros sirve como diques de contención del poder punitivo. Solamente una vez que se han verificado cada uno de ellos se puede legitimar la intervención del Estado en su ejercicio del poder punitivo.

Esto nos permite contestar la interrogante: ¿cuándo prohibir la paralización de servicios públicos? Esta interrogante se vincula directamente con el principio de *ultima ratio* y la necesidad de que el derecho penal sea reconocido en la mayoría de las Constituciones modernas. En ellas se justifica las prohibiciones cuando su función es impedir el ataque a bienes individuales y sociales. Este ataque, según Ferrajoli (1995) no solo se refiere al daño causado sino que previene la puesta en peligro de estos bienes.

Dentro de estos bienes se comprenden los derechos fundamentales, individuales y colectivos, pero también a bienes que no son estrictamente derechos, sino abstracciones un tanto más complejas e indefinibles como los conceptos de seguridad pública o estado constitucional de derechos.

El caso del delito analizado, de acuerdo a la clasificación del COIP, protege el bien jurídico “estructura del Estado constitucional” y “seguridad pública”. Estos, si bien no son derechos en sí mismos sino intereses colectivos, su protección penal en principio se justifica en razón de que la propia naturaleza constitucional del servicio público es una fuente de satisfacción de derechos fundamentales.

No obstante, consideramos que los derechos fundamentales tienen un grado de jerarquía superior, pues estos son la razón de la existencia misma del Estado. Es así que, en conflicto entre un derecho y el orden, deberá prevalecer el derecho, en este caso: la resistencia. Lo contrario sería caer en absurdos peligrosos de legitimación del derecho penal propios del fascismo.

Es menester hacer hincapié que no toda paralización de un servicio público o toma de instalaciones públicas pone en riesgo o violenta derechos fundamentales. Lamentablemente este supuesto no es tomado en cuenta por el tipo penal que se refiere a los servicios públicos de manera abstracta y general, sin distinción alguna. No es lo mismo paralizar el servicio público de agua potable que entorpecer el servicio público de transporte terrestre o el servicio público de internet. Tampoco es lo mismo paralizar una vía y entorpecer el servicio público de transporte por reclamar derechos de una colectividad, que hacerlo por vandalismo o con la intención de dañar a una colectividad.

En este sentido consideramos que la racionalización del derecho penal debería hacer una distinción de acuerdo a cada servicio público de una forma más exhaustiva. Lo importante es lograr la efectiva protección de aquellos presupuestos que puedan identificarse como manifestaciones propias de los derechos fundamentales de reunión, libertad de expresión, etc.

El principio de mínima intervención penal debería haber influido en el legislador, identificando aquellos presupuestos menos lesivos y estableciendo otro tipo de sanciones distintas a la penal para todos aquellos presupuestos que no lesionen la integridad física o la vida de las personas. No obstante, el tipo penal no hace distinción alguna al respecto, pues, la violencia no es un elemento del tipo penal en cuestión, lo que pone en duda la necesidad del derecho penal en todos los casos.

En relación al principio de lesividad, Ferrajoli (1995) indicaba que si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos y minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas son las prohibiciones mínimas necesarias. Lo explicaba en estos términos: “las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidas a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal” (Ferrajoli, 1995 p. 464)

Los principios de necesidad y de lesividad como criterios de legitimación del poder punitivo, suponen la prohibición de comportamientos meramente indigestibles, hostiles, y la tolerancia de todo comportamiento que no sea lesivo o ponga en peligro derechos fundamentales.

En este sentido el COIP, al establecer como el verbo rector la acción de “entorpecer” abandona la teoría del garantismo y establece este delito como un ejemplo del derecho penal del enemigo. Así resultan claras las ausencias de garantías

en favor del procesado, en relación a la efectiva lesividad y culpabilidad de las conductas, puesto que el legislador prefiere establecer delitos para prevenir, y los justifica en base a un supuesto interés público de proteger daños a la estructura del Estado constitucional. El tipo penal se erige como tal para casos de excepción, legitimando un adelantamiento del derecho penal a los hechos criminales del que nos habla Zambrano Pasquel (2005) como causa de interés común o el ambiguo concepto de seguridad pública.

Reflexiones sobre el bien jurídico protegido

Nadie puede dudar de la necesidad de proteger la regularidad de los servicios públicos, en razón de que la naturaleza del servicio público es la satisfacción de los derechos fundamentales; sin embargo, parecería que al constituir como bien jurídico “la estructura del Estado constitucional de derechos” y “la seguridad pública” el COIP dificulta la comprensión y los alcances jurídicos de este tipo penal.

Este bien jurídico resulta especialmente peligroso y presto a la arbitrariedad porque carece de una efectiva verificabilidad del daño que debería realizarse sobre el bien jurídico protegido como suponen los principios de lesividad de la conducta y la ratio penal. En este sentido, el bien jurídico admite un rol interpretativo para el juez quien debe analizar la lesividad de los actos en relación al tipo penal, desde “la lupa” del bien jurídico que vienen a tutelar, justificando de este modo la necesidad y razón del derecho penal.

Es fácil verificar el daño en el objeto material del delito, -por ejemplo: una vía pública, un bus de transporte público- sin embargo, debe existir un correlato de verificación entre este y el bien jurídico que supuestamente tutela el tipo penal. Así como sucede, por ejemplo, en el delito de robo, en el que el daño al patrimonio se puede demostrar cuando el objeto material (bien inmueble) ha sido sustraído.

El problema de considerar bienes jurídicos tutelados a la “estructura del estado constitucional” y “seguridad pública” es que estos son conceptos demasiado amplios y ambiguos. Dado que no nos brindan un ámbito claro de verificabilidad empírica de la lesividad de las acciones y de los resultados, son tipos propicios para la arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo; lo cual es contrario a la epistemología cognitivista del garantismo por cuanto el bien jurídico funciona como un instrumento de interpretación teleológica del tipo. En casos como estos en que se requiere un análisis previo de una determinada conducta para saber si realiza o pone en peligro un bien jurídico protegido, el derecho penal no justifica su intervención. Recordemos que el derecho penal solo se puede aplicar a aquellas conductas lesivas, descriptibles y demostrables.

En este caso, el tipo penal se establece como uno de peligro abstracto, en cuanto incluye todas las conductas habidas y por haber. Así, se sanciona del mismo modo el entorpecimiento que la efectiva paralización del servicio.

Considero que, por su naturaleza, en realidad, estos delitos ocurren en contra de la administración pública, en cuanto la naturaleza del servicio público es ser regulares, generales y generalmente vinculados a la satisfacción de derechos fundamentales, y de control directo o indirecto del Estado. La clasificación del delito, como aquel desestabilizador del Estado constitucional o de la seguridad pública no es real ni coherente con la lesividad de las conductas prohibidas y sirve para exagerar las verdaderas consecuencias de muchos de estos actos.

El Principio de estricta legalidad en el delito de “Paralización de servicio Público”

El principio de legalidad es la garantía fundamental del ciudadano frente al arbitrio de la autoridad. Jescheck (1993) señala que, por este principio, no puede existir un delito sin una ley previa, sino que, el tipo penal debe describir claramente cuáles son los presupuestos de hecho que son considerados como delitos. Esto tiene dos ventajas: el juez puede verificar materialmente y empíricamente la realización de un hecho punible como verdadero o falso; y, el ciudadano tiene plena conciencia de todos los comportamientos que se encuentran prohibidos, de este modo se cumple con el fin persuasivo del derecho penal.

En este sentido, los tipos penales deben describir los hechos típicos con claridad, y desde la perspectiva de la epistemología garantista, debería utilizarse conceptos descriptibles y demostrables; y, evitar la utilización de conceptos valorativos tales como: la buena fe, la seguridad pública, mujer honesta, etc. y otros que den un marco de arbitrariedad a la autoridad judicial, en cuanto confunden a la moral con la validez externa o política, con el derecho, así lo señala Zimas (2017).

En este sentido Roxin (1997), considera que una ley poco precisa no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del iuspu-nendi estatal, y además es contraria al principio de separación de poderes, pues, permite al juez valorar cuales son los comportamientos prohibidos, de acuerdo a sus propias convicciones y sin un respaldo racional, verificable y demostrable del uso del poder punitivo. El autor alemán cita el ejemplo del tribunal bávaro que declaró inconstitucional por ambigüedad en la determinación de lo prohibido, aquel precepto que establecía: “...que infringiere el orden público o actuare contra los intereses de las fuerzas armadas aliadas o de sus miembros...”, en razón de que el tipo penal, no garantiza los fines de la tipicidad que son: la certidumbre de la aplicación del poder punitivo como ultima ratio del Estado.

Ferrajoli (1995), distingue el principio de mera legalidad, que está dirigido a los jueces en su interpretación fáctica y empírica del tipo penal. Señala que, junto a la exégesis gramatical, es necesario constatar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y la consecuente culpabilidad del sujeto activo, del principio de estricta legalidad, dirigido a los legisladores en su obligación de elaborar tipos taxativos y precisos.

El mismo autor diferencia entre el principio de mera legalidad del principio de estricta legalidad. El primero (*nullum poena, nullum crimen sine lege*) se limita a exigir que los presupuestos de las sanciones estén establecidos con anterioridad al hecho y sean emitidos por parte del órgano legislador; mientras que el principio de estricta legalidad como corolario de la prohibición de analogía (*nulla lex poenalis sine damno, sine actione*) deberá contener referencias empíricas que permitan su aplicación en proposiciones verificables y presuponga la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la culpabilidad de la persona. El Art. 346 del COIP, establece los presupuestos del delito, del siguiente modo:

Paralización de un servicio público. - 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 fuerza un edificio o instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Es notorio que el tipo penal está dirigido a impedir acciones y conductas, que puedan afectar o poner en riesgo al servicio público, así como la toma por la fuerza de edificios e instalaciones públicas. Por tanto, existen dos objetos materiales de protección: El servicio público en sí mismo, y los bienes de uso público.

De una interpretación gramatical, podríamos deducir que el legislador no distingue la gravedad de uno y otros presupuestos. ¿Es igual de lesivo entorpecer que paralizar? ¿Es igual tomarse un edificio por la fuerza que paralizar una calle? ¿Es lo mismo entorpecer el servicio de internet que paralizar el servicio de agua potable? Aparentemente, para el legislador, sí lo es, pero la sanción resultaría desproporcionada en un caso respecto al otro. Además, da demasiada arbitrariedad al juez para establecer que una conducta sea más o menos grave.

Es decir, el citado artículo viola el principio de estricta legalidad, pues, ha omitido el cómo diferenciar una conducta de la otra en relación a la lesividad de la conducta, lo que da al juez un ámbito de discrecionalidad que rompe el principio de separación de poderes, pues, permite al juez acudir a valoraciones no verificables, para distinguir a una conducta de otra como más o menos grave. El uso taxativo de estos verbos rectores evidencia que el legislador no distingue la proporcionalidad entre la efectiva paralización y la puesta en riesgo, tampoco, entre la tentativa y la consumación de la paralización.

Las conductas de “paralizar” e “impedir” resultan prácticamente sinónimas, y unidas al verbo rector “entorpecer” evidencian la voluntad del legislador de proteger tanto el riesgo como la efectiva paralización del servicio público.

Respecto al verbo rector “entorpecer”, resulta imprescindible resaltar que el concepto es demasiado ambiguo, en cuanto su significado se refiere a impedir la “normal” prestación del servicio público, pues ¿qué es lo que hemos de comprender como “normal”? El legislador confunde la interpretación del delito con el resultado, la ejecución con la tentativa.

El código debería definir la supuesta normalidad a fin de hacer de este un concepto de verificación empírica del modo que lo exige la epistemología pregonada por Ferrajoli o la Constitución de Montecristi. Colocar la normalidad como el canon hace ambigua y maleable la valoración de los verbos rectores “paralizar” o “impedir”.

Es evidente la voluntad clara del legislador de evitar la paralización o el riesgo al servicio público en cualquiera de sus modalidades, no castigando (como aparenta el título), únicamente la efectiva paralización. Si bien todos los verbos rectores que utiliza este tipo son de verificación empírica y permiten al juzgador anticiparse a una verdadera puesta en riesgo o vulneración del bien jurídico; existe una “fisura” en el tipo penal por el verbo “entorpecer”, que serviría como un dique roto que permite al poder punitivo expandirse más allá del tipo penal hacia lugares inciertos.

En relación al verbo rector “resistir”, se demuestra, una vez más, la voluntad del legislador de vetar cualquier posibilidad de una puesta en riesgo del servicio público.

En relación a la segunda parte del tipo penal, que ya no se refiere al servicio público, sino respecto a la toma por la fuerza de edificios o instalaciones públicas, cabe mencionar que la toma debe realizarse por medio de la fuerza, entendida en su sentido literal y abstracto, pudiendo, por tanto, castigarse como forzoso aquella fuerza en contra de las personas y de las cosas, lo que nuevamente violenta el principio de estricta legalidad.

En relación al objeto material, el uso de los conceptos edificios e instalaciones públicas, evidencia la amplitud del legislador cuando se refiere a cualquier bien inmueble del Estado o de uso público, lo que incluye los puentes, las calles, etc. debiendo entenderse que se criminaliza la ocupación forzosa (sin permiso) de los espacios públicos. De este modo el legislador no solo protege el servicio público, sino también toda actuación “sui generis” que implique una toma de los espacios públicos, sin permiso. Por ejemplo, la protesta pacífica en parques.

Si bien se derogaron los tipos penal de manifestaciones públicas sin permiso, el tipo penal sugiere que la toma de espacios públicos deberá ser con permiso

del ente público encargado, ya sea prefectura o municipalidad, caso contrario habrá una toma forzosa de la calle, lo que se contradice con el ejercicio legítimo de la protesta pacífica y de la resistencia, como vías de hecho sui generis, y de emergencia, y por la naturaleza de la resistencia, como forma de resistir, valga la redundancia, a la autoridad que vulnera derechos fundamentales. Por lo que pedir permiso a la autoridad que se pretende resistir, resulta en un despropósito y en una contradicción constitucional con la naturaleza de la resistencia.

En este sentido Roxin (1997), manifiesta que un precepto penal será suficientemente preciso en la medida en que se pueda evidenciar la voluntad del legislador, y que el tenor literal marque los límites a una interpretación arbitraria, lo que evidentemente no sucede en todos los aspectos que hemos enunciado, por tanto el legislador rompe con el principio de estricta legalidad, en cuanto el Fiscal, así como el Juez no tiene un mecanismo verificable de cada una de las conductas, siendo vulnerable a la instrumentalización de la política por la naturaleza de la resistencia, así como a un poder punitivo no previsible.

Finalmente, cabe mencionar que el tipo penal en sí mismo no criminaliza la resistencia, pero deja espacios de arbitrariedad que rompen con el principio de verificación empírica de las conductas. No toda paralización de servicios públicos o toma de espacios públicos, tiene un significado de resistencia, y viceversa, por lo que la resistencia debería analizarse como una causa de justificación de la conducta típica, al existir una legítima defensa de derechos constitucionales, los mismos que, sugerimos, deberían ser incluidos en la normativa penal a forma de garantía de este derecho.

III

La resistencia y el delito de paralización de servicios públicos en la práctica penal

Resultados de las entrevistas

Hemos realizado las siguientes entrevistas a un grupo de 4 fiscales y 3 jueces penalistas, las que adjuntamos como anexos, y nos interesan para analizar la cotidianidad de las posturas respecto al derecho a la resistencia y sus posibles incidencias en el ámbito penal. Nos preocupa, concretamente, el delito de paralización de servicios públicos, para entender si en un aspecto práctico -fuera del académico- el delito de paralización de servicios públicos es compatible con el derecho a la resistencia.

De este modo, la entrevista aporta a nuestra investigación, en términos cualitativos y no cuantitativos. Respetando los acuerdos con los entrevistados, algunos de ellos no han suscrito su nombre, por lo que nos referiremos a ellos por un número.

Las preguntas relevantes a nuestra investigación fueron:

1. ¿Conoce Usted sobre los límites y naturaleza del derecho a la resistencia?
2. ¿Considera Usted que la resistencia pone en peligro del derecho a la seguridad jurídica establecido en el art. 82 de la constitución?
3. ¿Considera Usted que el delito de paralización de servicios públicos, pone el riesgo el derecho constitucional a la resistencia?
4. ¿Conoce Usted sobre jurisprudencia relativa al derecho a la resistencia?

Fiscales:

1. ¿Conoce Usted sobre los límites y naturaleza del derecho a la resistencia?

- a) El Fiscal de Cuenca, Roberto Espinoza, considera que la naturaleza de este derecho es ser un mecanismo por el cual un individuo o colectivo determina que la política de un Estado u órgano estatal menoscaba un derecho constitucional. Sobre sus límites, opina que son los derechos de las otras personas.
- b) Para el Fiscal Paúl Vázquez Illescas, el texto del art. 98 de la constitución es demasiado ambiguo, y al mismo tiempo da lugar a una expectativa de naturaleza muy general, que permite interpretaciones de carácter muy discrecional.
- c) El Fiscal número Uno refiere a este derecho como una garantía frente a las acciones u omisiones violatorias de los Derechos Constitucionales, por ende, su límite se entiende en que la acción reivindicatoria de derecho no sea ejercida en contra de otros derechos y garantías constitucionales, y su naturaleza “sería esta facultad de lucha por sus derechos”
- d) El Fiscal Número DOS considera que los límites del derecho a la resistencia tienen que ver con el reconocimiento de las personas a demanda, a través de la aplicación de mecanismos de hecho, la violación sus derechos. Para el entrevistado, sus límites son el orden público, lo que ha ocasionado que muchas veces sean judicializados.

Jueces:

- a) El Dr. Jorge Iñiguez, Juez de la unidad judicial penal de Cuenca, considera que : *“la resistencia se debe ejercer de acuerdo a ciertos principios, cuyo cumplimiento debe garantizarse por parte de todas las autoridades del Estado”*

- b) El Dr. Felipe Córdova, se refiere a este como: “*un derecho constitucional conocido como desobediencia civil, ante acciones u omisiones del poder público*”.
- c) El Dr. William Sangolquí, juez de lo penal de Cuenca, considera que la naturaleza de este derecho es enfrentar cualquier clase de vulneración a los derechos fundamentales, por eso tiene su tutela en la constitución.

2. ¿Considera Usted que la resistencia pone en peligro del derecho a la seguridad jurídica establecido en el art. 82 de la constitución?

Fiscales:

- a) El Fiscal Roberto Espinosa considera que no, puesto que es parte de la misma Constitución y nace precisamente para garantizar que las normas que se emitan no vulneren derechos.
- b) El Fiscal Paúl Vázquez Illescas, también considera que no, pues, este derecho garantiza la existencia de normas previas y de cumplimiento obligatorio.
- c) El Fiscal número Uno, considera que no, puesto que, a su consideración, los límites de la resistencia son los normativos.
- d) Para el Fiscal número Dos: “*La resistencia podría poner en peligro a la seguridad jurídica al no verse especificado cuales son los casos en los que se aplicaría este tipo de medidas.*”

Jueces:

- a) Para el Dr. Jorge Iñiguez tampoco se pone en riesgo la seguridad jurídica, puesto que este también es un derecho.
- b) Para el Dr. Felipe Córdova el derecho a la resistencia debe convertirse en un acto legal y justo. El principio de seguridad jurídica establece que las leyes son previas, públicas. Es decir, si está en la ley corresponde a todos su cumplimiento y obediencia.
- c) Para el Dr. William Sangolquí también considera que no, en cuanto esto sería una puerta hacia la arbitrariedad.

3. ¿Considera Usted que el delito de paralización de servicios públicos pone en riesgo el derecho constitucional a la resistencia?

Fiscales:

- a) Para el Dr. Roberto Espinosa, el derecho a la resistencia no es sinónimo de paralización de servicio público, ni una excusa para que una persona que



cometa los elementos del tipo penal, sea procesada.

- b) Paúl Vázquez Illescas, dice que: *“En la práctica ha ocurrido así lamentablemente”*.
- c) Para el Fiscal número Uno la garantía de suministros públicos, es una garantía que pugna con el derecho a la resistencia. Considera que, esta deberá ser analizada en cada caso en concreto, si se está poniendo en riesgo el derecho de los demás.
- d) El Fiscal número dos, considera que no, pues el bien jurídico protegido es la estructura del estado constitucional. La resistencia no es un justificativo para realizar acciones que atenten contra el Derecho de las otras personas.

Jueces:

- a) El Abg. Jorge Iñiguez considera que si, pues *“este delito castiga una conducta que puede estar dentro del derecho a la resistencia”*.
- b) El Dr. Felipe Córdova considera que no, pues, considera que este es un delito en todos los casos.
- c) El Dr. William Sangolquí piensa que No, pues, por el hecho de resistirnos no podemos vulnerar o lesionar otro bien jurídico.

4. ¿Conoce Usted sobre jurisprudencia relativa al derecho a la resistencia?

A esta pregunta, la totalidad de los entrevistados han dicho no conocer jurisprudencia alguna. Solamente uno de los entrevistados (Fiscal UNO) se han referido a jurisprudencia, citando la sentencia No 0004-09-SAN-CC en el Caso 0001-08-AN, que se refiere a una acción de incumplimiento presentada por el señor Floresmiro Villalta, quién había sido uno de los beneficiarios las amnistías emitidas por la Asamblea Nacional Constituyente, y si bien su caso se referiría a un caso de violación que nada tenía que ver con los supuestos delitos políticos, es emblemático en reconocer como el Estado ha instrumentalizado un Sistema Penal en favor de los intereses de alguien, criminalizando la resistencia incluso con tipos penales ajenos a cualquier manifestación cotidiana de protesta o resistencia.

Dicha Jurisprudencia si bien no se refiere al desarrollo jurisprudencial del derecho a la resistencia, tal como está concebido en el art. 98 de la Constitución de la República, es importante en reconocer los alcances de la criminalización del derecho a la resistencia, no solo referidos a tipos penales mal elaborados, sino también a la burda y descarada instrumentalización del sistema penal mediante el abuso del poder.

Dicha sentencia dice:

En el presente caso, el accionante ha recurrido a esta Acción porque ha sido destinatario y beneficiado de una Amnistía el 14 de marzo del 2008, que lo libera de una condena imputada por una supuesta violación a una menor en la que la Asamblea Nacional Constituyente, de forma inequívoca identificó: el sujeto, el objeto y el proceso penal relacionado al accionante, y después de un análisis del proceso penal invocado ha detectado irregularidades, considerando que es un ciudadano que ha ejercido su derecho a la resistencia y ha realizado oposición a la acción devastadora de los Recursos Forestales del Estado por más de una década, incluso siendo inculcado en varios delitos comunes.

De las respuestas obtenidas a estas preguntas sacamos las siguientes conclusiones:

1. No existe acuerdo respecto a los límites y la naturaleza del derecho a la resistencia, lo que pone en peligro el ejercicio de este derecho, en cuanto no existe criterios únicos y verificables.
2. Se pone en evidencia la falta de interés de los funcionarios penales respecto a este derecho, y la subordinación conceptual de este al principio de seguridad jurídica, por tanto, del principio de legalidad.
3. La falta de un desarrollo normativo (en el sentido de garantías normativas de este derecho), sumado a la inexistencia de jurisprudencia relativa al derecho a la resistencia VS. La abundante jurisprudencia en temas de seguridad jurídica, hacen que, en la práctica penal, el derecho a la resistencia sea un enunciado meramente retórico.
4. Salvo contadas excepciones, no existe una cultura jurídica de reconocimiento del derecho a la resistencia. No se considera la aplicación de los principios de minimización y racionalización del poder punitivo, únicamente la subsumición de la conducta al tipo penal.

Análisis del caso práctico: Agustín Wachapá, delito de paralización de servicios públicos

Con base en todas las premisas que hemos sentado respecto al derecho a la resistencia, y respecto al delito de paralización de servicios públicos, realizaremos un análisis del caso al que denominamos: *“Derecho a la Resistencia vs. Delito de Paralización de Servicios Públicos: Caso Morona Santiago, Agustín Wachapá,”*. El caso resulta interesante para analizar el conflicto que existe entre manifestaciones que pueden considerarse expresiones del derecho a la resistencia y, al mismo tiempo, delitos; por las particularidades vinculadas con la figura procesada -en

su calidad de presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar- la participación ciudadana, el reclamo de intereses y derechos colectivos.

Debido a la naturaleza reservada del proceso no hemos podido acceder a todo el juicio, sin embargo, contamos con las piezas procesales que sustentan el llamamiento a juicio por parte del fiscal de Morona Santiago en contra de Agustín Wachapá por el delito de paralización de Servicios Públicos, siendo el expediente fiscal, el referente de este análisis.

Los hechos:

De acuerdo al parte policial que consta del proceso 1455-2016-00771, los fundamentos de hecho que motivaron la investigación penal, se refieren a que: *“a las 4 h 44 del día sábado 27 de junio de 2015 en horas de la mañana les han informado que la vía que conduce de Macuma había sido cerrada”*.

De acuerdo a la versión de la policía, una vez en el lugar de los hechos, se tomó contacto con el señor Agustín Wachapá, Presidente de la FICSH, quién ha informado sobre las peticiones de los manifestantes para levantar dicha “medida de hecho”, entre las que constan:

1. La entrega de la licencia ambiental al Prefecto de esta Provincia para que continúe con la construcción de la vía Macuma- Taisha.
2. El archivo definitivo por parte de Fiscalía, en relación al juicio que siguen en contra del Prefecto.
3. La reducción de la tarifa de pasajes de los buses de transporte que ingresa a las comunidades.

De acuerdo al parte policial, varias Autoridades -entre ellas, el Gobernador Ing. Rodrigo López, el Dr. Luis Barese, asesor del Ministerio del Interior- habían mantenido un diálogo con el presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar (FICSH) e intentaron llegar a un acuerdo que no se concretó. Por lo que, minutos más tarde, un grupo más de 200 personas de la etnia Shuar realizan el cierre de la vía que conduce a Macuma, colocando piedras, palos y tablonés, impidiendo el paso vehicular.

Finalmente indican que: “tras una labor de inteligencia de Agentes de la Subzona N°14 se determina que el deseo de los manifestantes es que exista un muerto o varios heridos con el desalojo policial, y que: “se han coordinado con las diferentes empresas de transporte de pasajeros para que ya no utilicen esta vía”.

De acuerdo a la versión libre y sin juramento a la que hemos tenido acceso, el procesado señala que: “En calidad de Presidente de la Federación Interprovincial

del Centro Shuar, en ningún momento la convocatoria fue realizada por mi persona sino por la gente que estaba manifestando y que habitaba en la zona Envenecer, Macuma-Taisha”, enterándose en ese lugar que la manifestación era porque se solicitaba al gobierno la culminación de la carretera Macuma Taisha. Indica además que él había señalado a los manifestantes que se debe esperar a los trámites legales. Se indica también que, como miembro de la Federación Shuar enviaron un oficio al Presidente de la República y a la Ministra de Ambiente, donde solicitaban la emisión de la licencia ambiental para que se realice la construcción de la carretera, haciéndoles conocer la preocupación de la gente de ese sector por la paralización de la vía. Es decir, la defensa del señor Wachapá argumenta que él no es el responsable de la paralización de la vía, sino fungió como comunicador entre la indignación ciudadana y el gobierno central. Finaliza su declaración, refiriéndose a dicha medida de hecho como pacífica.

Pruebas que sustentan la teoría del caso de Fiscalía:

De acuerdo consta en el auto de llamamiento a juicio de fecha 3 de mayo del año 2017, las pruebas que sirven a Fiscalía como indicio suficiente para formular un juicio en contra de Agustín Wachapá, son:

1. Parte policial del día en que el colectivo Shuar se toma la vía de la Troncal Amazónica (ingreso a la vía Macuma Taisha)
2. Reconocimiento del lugar de los hechos.
3. Versión de Agustín Wachapá
4. Certificado del MIES, del que se desprende que, el procesado es presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar FICSH
5. Certificados de varias cooperativas de transporte certificando que ese día no pudieron prestar el servicio de forma normal.
6. Informe técnico pericial de audios de declaraciones del procesado.

Se menciona que se formulará cargos en contra de Agustín Wachapá por ser el autor del delito de paralización del servicio público de transporte en la vía Macuma-Taisha pues los manifestantes, supuestamente, trabajan bajo sus órdenes. En este sentido, Fiscalía entiende que el acusado mantiene el dominio del hecho, mediante un aparato organizado de poder, en este caso la FICSH.

Así, para Fiscalía, el certificado del MIES, del que se desprende que el procesado es el presidente de la FICSH, es una prueba relevante para establecer la autoría del acusado. Preocupa de este modo, la criminalización de la persona y no de una conducta, pues, la calidad del acusado, como líder social no prueba

absolutamente nada, ni respecto a los elementos objetivos, ni subjetivos del tipo penal. Es más, esta debería ser una prueba más del ejercicio de un derecho colectivo de la comunidad a la que el señor Wachapá representa.

La materialidad, así como la lesividad del delito busca sustentarse en varios oficios de Cooperativas de Transporte que certifican que ese día no pudieron prestar el servicio público de transporte de forma “normal”, por tanto, inferimos que la Fiscalía sustenta su formulación de cargos en el verbo rector: ‘entorpecer’.

La redacción del parte policial, hace referencia a que se tomaron medidas para que no se paralice el servicio público de transporte, por lo que se puede inferir que la paralización de servicio público de transporte no ocurrió, pero si se “entorpeció”, su normal funcionamiento.

Evidencias del ejercicio del derecho a la Resistencia y sus conflictos con el delito de paralización de servicios públicos en el caso práctico

Recordemos que para Gargarella (2007), los requisitos fundamentales para que un acto de conflicto con el poder sea considerado una manifestación del derecho a la resistencia, requiere necesariamente de dos presupuestos. Uno, sustantivo, referido a la violación de un derecho fundamental, pero que además cause un perjuicio a un colectivo social. Y dos, una condición procedimental, que las decisiones o las normas legales que generen dicha lesión, se den al margen de un proceso deliberativo y democrático con las comunidades afectadas.

Por otro lado, los límites constitucionales son mucho más amplios en cuanto este derecho/garantía se presenta como reactivo a una acción u omisión violatoria de derechos fundamentales, y al no establecerse los modos de resistencia aceptables o legítimos, se entiende que la legitimidad de su ejercicio depende de la proporcionalidad con la que se ejerza. Por tanto, los medios deberán ser proporcionales y estar vinculados al derecho en peligro o, efectivamente violentado.

En cuanto al primer presupuesto doctrinario, evidentemente, existe un colectivo que sufre un perjuicio. Este es la población del cantón Taisha, que no encuentra respuesta adecuada del Estado para resolver el problema histórico del aislamiento. Hay que entender los contextos y que la obra -impulsada por la prefectura y paralizada por el Ministerio del Ambiente- representaba la aparente solución al aislamiento histórico del cantón de Taisha. Este aislamiento impedía accesos terrestres que, evidentemente, influían en el precio y acceso a bienes y servicios básicos de calidad.

La paralización de la obra y el ambiente político hostil hacia la obra de la prefectura vulneraba los derechos fundamentales de la población de Taisha de una forma sistemática. La omisión del Estado al no atender las necesidades de la

población, con la excusa de que existen daños al medio ambiente que deberían ser ponderados, en razón de los derechos fundamentales de esta minoría que es la población del Cantón de Taisha. No con la excusa de cuidar el medio ambiente se puede privar de este derecho a la población de forma indefinida.

Por otro lado, hay que dejar claro que el prefecto había manifestado públicamente que la revocatoria tenía carácter político y que, además, era inconstitucional. Esto influyó en la conducta de la población de manera que la finalidad de la paralización de la vía era la defensa de sus derechos e intereses de una forma pacífica. Las carencias cotidianas de vías de transporte reclamadas quedaron visibilizadas pero, paradójicamente, también fueron criminalizadas.

Cabe resaltar que, si bien la revocatoria es una facultad legal del Ministerio del Ambiente, la puesta en riesgo de los derechos de la población de Taisha se dio por la omisión, tanto del Estado como de la Prefectura, en atender las necesidades y requerimientos democráticos e históricos del cantón Taisha. Por lo tanto, se cumple también el presupuesto constitucional del ejercicio a la resistencia de proceder frente a acciones u omisiones que vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales.

La paralización de una obra emblemática y la revocatoria de la licencia ambiental vigente desde el año 2001 hasta el 2015 sumados a los procesos penales iniciados en contra del líder político y su consecuente desacreditación pública, pusieron en riesgo los siguientes derechos constitucionales de la población de Taisha:

1. “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”. El supuesto daño ambiental y el repentino interés colectivo de preservar el medio ambiente, no minimizan las necesidades de este colectivo. La población del cantón Taisha, al igual que cualquier cantón del país tiene el derecho a tener vías de acceso terrestre.
2. “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional”.
3. “El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato”.

Por otro lado, en relación al segundo presupuesto: que las decisiones o las normas legales que generen dicha lesión se den al margen de un proceso deliberativo y democrático con las comunidades afectadas también hacía procedente el derecho a la resistencia. Consideramos que el respaldo evidente de la población a la obra impulsada por la prefectura, así como la actitud hostil del Estado central a manejar el problema, inclusive apoyándose en las fuerzas militares, evidencian el cumplimiento del segundo presupuesto.

Recordemos que para Gargarella (2007) el consenso popular “implicaba la aprobación de la ciudadanía a la obra del gobierno, del mismo modo en que su rebelión manifestaba su desacuerdo con el gobierno y debía ser interpretada

como un signo de que el mismo comenzaba a actuar abusivamente (Gargarella, 2007, p.17). De este modo, la paralización del servicio público y consecuente entorpecimiento del servicio público de transporte, sirve como una medida de hecho, no institucional para solicitar al Estado el reconocimiento a la necesidad de la población de Taisha de tener esta vía, así como otros derechos vinculados a este.

La medida de hecho es de auto tutela por cuanto busca equilibrar los poderes en beneficio de la población, mediante la movilización colectiva que busca la reivindicación de varios derechos constitucionales, y solicita nuevos derechos, vinculados a los que están en riesgo, estos son:

1. La entrega de la licencia ambiental al prefecto de esta provincia para que continúe con la construcción de la vía Macuma- Taisha.
2. El archivo definitivo por parte de Fiscalía en relación al juicio que siguen en contra del Prefecto.
3. La reducción de la tarifa de pasajes de los buses de transporte que ingresan a las comunidades.

Cada uno de los requerimientos demuestra que las medidas eran el ejercicio de un derecho colectivo propio de un Estado democrático que entiende las manifestaciones proporcionales, adecuadas y no lesivas de derechos, como adecuadas para los cambios institucionales, siempre y cuando dichas reivindicaciones sean de interés general. Por tanto, objetivamente, estamos ante un acto de resistencia por parte de la población de Taisha, así como uno de sus líderes comunitarios: Agustín Wachapá, lo que debería ser tomado en cuenta en el panorama de la criminalización de estos hechos, evidentemente políticos.

A pesar de que la teoría del caso está encaminada a decir que el líder comunitario no es responsable de la paralización de la vía y consecuente entorpecimiento del servicio público de transporte, fiscalía no incluyó en su análisis jurídico el contexto de las manifestaciones. Consideramos que frente a los principios y axiomas garantistas de necesidad, lesividad y proporcionalidad como principios de optimización, Fiscalía debía desestimar esta acusación por desproporcionada y vulneradora del principio de *ultima ratio* del derecho penal en ponderación con el ejercicio del derecho a la resistencia, como medio de autotutela colectiva. Lamentablemente, el fiscal considera irrelevante este aspecto, y se dedica a comprobar únicamente el delito en cuanto a su materialidad, y no lo mira como la expresión de un derecho constitucional.

Los intereses, derechos contrapuestos

Desde ambos bandos (Fiscalía general y comunidad shuar representada por Agustín Wachapá, se evidencia la necesidad de proteger el ejercicio de los derechos contenidos en el Art. 66 de la Carta Magna que reconoce:

1.- “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional” pues, la demanda de la construcción de una vía o de un camino, supone la realización del mismo derecho que se pretende proteger. En este caso, el delito por el que se acusa a Agustín Wachapá es el mismo que comete el gobierno al paralizar la obra de la prefectura.

En este caso el servicio público de transporte afectado por la paralización de una vía, evidencia la paradoja respecto a la necesidad de la criminalización de estos hechos, pues, esta medida de hecho aparece como una medida radical que exige del gobierno la satisfacción del mismo derecho u objeto protegido por el delito de paralización de servicio público.

2.- Tanto el Estado -a través de la Fiscalía general del Estado- como el colectivo Shuar, legitiman su conducta en la protección del mismo derecho, en cuanto existe “El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato”; siendo la acción proporcional y adecuada a la violación del derecho.

3.- La Fiscalía general legitima su autoridad en el art. 83 de la Constitución de la República que proclama que: “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la constitución y la ley: 1.- Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente”, por tanto, también en el derecho a la seguridad jurídica.

Críticas al proceso

El trabajo del Fiscal en este sentido no debería limitarse a las pruebas que verifiquen la materialidad del delito que es evidente y además se cumple. También debería investigar respecto al hecho que produce esa reacción a efectos de evaluar si dicho hecho, de supuesta auto tutela de un derecho es proporcional y adecuada con la supuesta agresión o puesta en riesgo del Derecho, por parte de la autoridad.

Como vimos en el caso Shiffrin, las autoridades no pueden limitar su análisis al hecho, sino al contexto desde una óptica centrada en la Teoría de las democracias, en cuanto debemos valorar también a la resistencia como un derecho de participación ciudadana, como un acto democrático de exigir derechos de forma urgente, como un mecanismo de equilibrio de poderes y transformación de las instituciones democráticas.

Tanto el fiscal como el juez deberían proteger al ciudadano manifestante como la parte débil, y entender que, como minorías, deben acceder a medidas de hecho que de algún modo visibilicen sus carencias y necesidades, como en efecto sucedió. Estas minorías, no cuentan con representantes políticos como tienen las mayorías; y el sistema penal no debería servir para perpetuar estas desigualdades, pues, no es la única medida de solución a los conflictos sociales.

La solución al conflicto está en atender las necesidades colectivas por parte de las autoridades. Las necesidades y urgencias del colectivo, no deben ser minimizadas para dejar de ser parte del panorama del supuesto delito. Estos argumentos deberían ser parte de la discusión penal en cualquier delito que implique manifestaciones sociales de reivindicación de derechos comunes a una población, de modo que, en este panorama se pueda verificar los principios de necesidad, lesividad, etc. como criterios de minimización del poder punitivo.

Casi cualquier acto de protesta o de resistencia pacífica que tenga que ver con la toma de calles es típico, pues todos los elementos objetivos del tipo penal se cumplen. Sin embargo, el análisis debería ser más profundo e incluir el derecho a la resistencia en dichos conceptos pues como derecho con jerarquía constitucional exige que ante demandas colectivas y de interés general, el Fiscal evalúe el cumplimiento de cada uno de los axiomas garantistas. Los axiomas más importantes a ser evaluados son principalmente los de necesidad, lesividad y proporcionalidad, para la criminalización del hecho, en cumplimiento del criterio de *ultima ratio* del derecho penal.

La crítica fundamental la realizamos sobre el poco interés de Fiscalía por evaluar la conducta, como un mecanismo de auto tutela de un derecho fundamental violentado en lugar de buscar una correcta profundización en las motivaciones del hecho criminalizado. Los operadores de justicia deben ser formados como protectores de los derechos y no como simples aplicadores de la ley pues, los derechos fundamentales y la Constitución están por encima de cualquier ley ya sea orgánica, especial, etc. E incluso cuando no son reconocidos expresamente por la ley ordinaria -en este caso el COIP- deberían ser valorados y protegidos por el juez.

El Estado constitucional de derechos y justicia, exigen, no solo al juez, sino también a los fiscales, de evolucionar desde un papel meramente mecánico de subsunción del hecho al tipo, a un rol más activo, como protectores de derechos Sin embargo, considero que, además de una falta de interés y formación de la autoridad, esto es un problema del sistema penal mismo, pues, el tipo adolece de varias “fracturas” que, propician la arbitrariedad y el desconocimiento del derecho fundamental a la resistencia.

El derecho protegido por el tipo penal de paralización de servicios públicos, (en este caso es el servicio público de transporte) y la medida de hecho, busca

justamente del gobierno el reconocimiento y materialización de los derechos vinculados al servicio público de transporte.

En este sentido consideramos que la medida es proporcional y adecuada. Recordemos que la Constitución no establece mínimos del ejercicio a la resistencia, por lo que se debería entender que la reacción a la violación debe ser proporcional y adecuada. De un modo muy similar al ejercicio de la legítima defensa, como una causa de justificación de la conducta típica.

Conclusiones

A lo largo de esta investigación hemos buscado responder la pregunta: ¿Es el tipo penal de paralización de servicios públicos compatible con el derecho a la resistencia y bajo qué presupuestos puede subsistir el tipo penal y el derecho a la resistencia? Luego de un análisis teórico, histórico y práctico, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. Con respecto al derecho a la resistencia tal como tal como está escrito en la constitución, este es el único derecho/ garantía de auto tutela no jurisdiccional en manos de los ciudadanos, no solo frente al poder público, sino cualquier ejercicio ilegítimo de poder. Al ser un derecho de naturaleza reactiva, es decir frente a la violación o incluso la posible violación de derechos, esta debe ejercerse de forma proporcionada, por tanto, en teoría, sus límites dependen de la circunstancia en concreto, no de la comisión típica de un delito. No obstante, el escaso o nulo desarrollo jurisprudencial del derecho a la resistencia, vs. el amplio desarrollo jurisprudencial y normativo del derecho a la seguridad jurídica, por ende, el principio de legalidad, ponen a este derecho limitado a las conductas típicas, entre estas, el delito de paralización de servicios públicos.
2. El delito de paralización de servicios públicos criminaliza aquellas manifestaciones de resistencia activa pacífica más arraigadas a la cultura democrática del país, esto es, la toma pacífica de vías y de espacios públicos. Expresión democrática para demandar derechos o reivindicar los derechos de una colectividad a la que se ha vulnerado sus derechos, o se los ponga en peligro. Este es un recurso tradicional de minorías para visibilizarse en la discusión democrática. El tipo, tal como está redactado criminaliza todas estas manifestaciones y no da espacio a ningún derecho de organización colectiva, que no fuese a través de las vías institucionales, lo que es ajeno a la naturaleza del derecho a la resistencia, que es demandar derechos por vías no institucionales, no jurisdiccionales.
3. La cultura jurídico penal no da lugar al derecho a la resistencia en ningún caso que coincida con conductas típicas. La juridicidad de la conducta, al ser

expresión de un derecho constitucional en la práctica tiene una relevancia casi nula.

4. De ningún modo podríamos sostener que el delito de paralización de servicios públicos no es necesario, y tampoco podríamos llegar al absurdo de sostener que cualquier paralización de servicio público implica violentar el derecho a la resistencia. El problema está en un tipo penal ambiguo, de emergencia, que criminaliza las conductas, anticipándose a los resultados e incluso a los riesgos, además no establece excepciones, de acuerdo a la finalidad de la manifestación. Esto consideramos que no es un defecto del tipo, sino del COIP, en cuanto consideramos que se deberían establecer excepciones claras a la tipicidad, en caso del ejercicio de la resistencia activa de medios no violentos, y proporcionados a la violación o posible violación del derecho, por parte de la autoridad. En el escenario actual, los operadores de justicia penal y los fiscales, subordinan el derecho a la resistencia a la seguridad jurídica, y en su lógica penal de ser aplicadores irrestrictos de la ley, convierten sus decisiones en sustancialmente ilegítimas por no ser necesarias, y ser desproporcionadas. De este modo, cuando el juez evalúa la conducta dolosa del tipo, solo verificará si existió la conciencia y voluntad de paralizar o entorpecer un servicio público en su aspecto objetivo o material, y nada se verificará respecto a las finalidades o motivaciones reivindicatorias de derechos.

De este modo será igual, paralizar un servicio público por un acto de vandalismo, que, alterar la normal prestación del servicio público de transporte, por un acto de reivindicación de derechos de interés general y común a una población. Esto resulta claramente desproporcionado, y de ser el caso que, ni los jueces ni fiscales, evalúen las motivaciones y el escenario del hecho típico, la aplicación y subsunción mecánica de la conducta al tipo, deviene en un acto legal, pero sustancialmente injusto por desproporcionado y violentar la ratio penal. En este sentido, tanto las entrevistas como el análisis práctico de un caso de criminalización de la resistencia nos han dejado en evidencia que, en el ámbito académico el derecho a la resistencia si existe, pero en el ámbito práctico no.

5. Los principios constitucionales inspirados en Ferrajoli, y desarrollados en el primer capítulo de este trabajo de investigación son la respuesta para de algún modo garantizar el derecho a la resistencia, no solo respecto al delito de paralización de servicios públicos, sino respecto de todas las formas de criminalización de la resistencia. En este sentido el juez debería cumplir un papel fundamental respecto al equilibrio de fuerzas de las minorías, frente a las instituciones que al final pueden representar mayorías y no derechos. Es necesario poner límites al poder y ampliar los derechos de los ciudadanos, lo que claramente no está ocurriendo.

6. El reconocimiento histórico del derecho a la resistencia ha dependido de las voluntades políticas, pudiendo ser manejadas al antojo de los que tienen el poder ese momento, lo que contraría la naturaleza garantista de esta constitución. El hecho que sea una garantía de tutela no jurisdiccional, no significa que no deba ser reconocida por el ordenamiento jurídico ni por los precedentes jurisprudenciales.

Referencias

- Alexy, R, (2010) Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad citado por Carbonell, M y García L, Edit. Canon Neoconstitucional, Universidad Externado de Colombia.
- Aquino, T de (1996), Gobierno de los príncipes, Ed. Porrúa.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Corporación Nacional de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional Constituyente (2008) Constitución de la República de Ecuador.
- Aristóteles, (1954) La política, Edit. Iberia.
- Ávila R, (2011), Neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008, Edit. Abya Yala, Universidad Politécnica Salesiana. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Fundación Rosa Luxemburg.
- Bertoni, E (2010) Es legítima la criminalización de la protesta social derecho penal y libertad de expresión en América Latina, Edit. Universidad de Palermo. Corporación Nacional de Estudios y Publicaciones.
- _____ (2008) Acta 053-A, Mesa Constituyente No. 2, 27 de mayo de 2008.
- _____ (2008) Amnistía, 4 de marzo del 2008.
- Canosa, R. (2011) Derecho a la resistencia. Evolución histórica, esbozo de una teoría constitucional y análisis de su reconocimiento en la Constitución ecuatoriana, *El derecho a la resistencia en el constitucionalismo moderno*, Edit. Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Carvajal. P (2000) El derecho a la Resistencia en la Teología Política, *Revista de estudios jurídicos Valparaíso*, N° 22, Universidad de Valparaíso.

- Córdova, H. (2012) Derechos de Participación para transformar las relaciones socio estatales, *Revista Anales*, No. 371, Universidad Central del Ecuador.
- Defensoría del pueblo ecuatoriana (2011) Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: desafíos para un estado constitucional de derechos, Edit. Dirección Nacional de promoción de Derechos Humanos y Naturaleza.
- Ferrajoli, L., & Bobbio, N. (1995). *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, Trotta.
- Gargarella, R (2005), *El Derecho frente a la Protesta Social*, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 58. No. 250, Universidad de México.
- Gargarella R. (2007) El derecho a la resistencia en situaciones de carencia extrema, *Astrolabio Revista Internacional de Filosofía*, N°. 4.
- González, M., (2005) La participación ciudadana como alternativa de gobierno. *Aportes Andinos* No.14. pág.2.
- Encalada, P., (2015), *Teoría Constitucional del Delito*, Edit. Corporación Estudios y Publicaciones.
- Jescheck, H. (1993), *Tratado de derecho penal, Parte General*, Edit. Comares.
- Jefferson, T. (1999), *Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Locke, J. (1988), *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Moreno, R., (2007) 1997. *La criminalística y la criminología, auxiliares de la justicia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional autónoma de México.
- Merchán, C. (2013), *Crisis y cambios de la economía ecuatoriana en los años 20"*, Edit. UDLA
- Pasará, L. (2014), *Independencia judicial en la reforma a la justicia ecuatoriana*, Edit. Fundación para el Debido Proceso; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad; Instituto de Defensa Legal.
- Pisarello, G., (2007) *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta.
- Rodolfo, C., (2007), *El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales*. *Boletín Mexicano de Derecho*.

- Rodríguez J, (2011) Derecho a la Resistencia en el Derecho Comparado y en la Constitución del Ecuador. Universidad central del Ecuador.
- Roxin, C. (1997) "Derecho Penal Parte General, Edit. Civitas.
- Salazar, D (2009) El derecho a la protesta social en Ecuador: La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías.
- Sferrazza, P. (2010), La teoría Jurídica Crítica de Luigi Ferrajoli, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Suárez, F. (1944), Selections from Three Works, Oxford: Clarendon Press.
- Ugartamienda, J (1999) El derecho a la resistencia y su constitucionalización, *Revista de estudios políticos*, Vol.: 103. Pp. 213-215.
- Zambrano, A. (2005) Derecho Penal del Enemigo y la Impronta del terrorismo www.iuspenalismo.com.ar, *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*. http://www.derechopenalenlared.com/libros/zambrano_pasquel_derecho_penal_enemigo_impronta_terrorismo.pdf

Medidas adoptadas por el Ecuador para contrarrestar la doble imposición internacional y la vulneración al Principio de Equidad y Neutralidad Fiscal

Marian Angélica Pulla Abad

Introducción

Desde hace varias décadas, como consecuencia de un proceso de integración mundial, se han forjado constantemente relaciones de carácter internacional. Además, debido a la gran oferta y demanda de bienes y servicios, el comercio se ha extendido fuera de los límites territoriales e, incluso, se han consolidado empresas de carácter transnacional. Si bien, esto es un escenario alentador para el crecimiento de los países, también ha requerido mucha atención de los especialistas en torno a la doble imposición internacional. Calderón Carrero (1996) define a este fenómeno de índole fiscal como aquel por el cual dos Estados, por su potestad tributaria, tienen el derecho a gravar dos veces el mismo impuesto que ha sido obtenido por un mismo contribuyente dentro de un mismo lapso de tiempo.

Históricamente, esta figura de la doble tributación se ha manifestado desde el Siglo V antes de Cristo en la reciente colonia de Leúcada Occidental, en la cual sus fundadores debían tributar tanto en su colonia de origen como en esta última. Sin embargo, esta figura comenzó a adquirir relevancia jurídica a partir de la Segunda Guerra Mundial, momento en que la vida económica de muchos países dependía de una internacionalización de recursos. Por esta razón, esta figura jurídica fue cobrando fuerza hasta el punto en que, incluso, las organizaciones internacionales intervinieron planteando soluciones prácticas para solventar este problema.

La doble imposición internacional se ha convertido en un tema que no ha podido ser ignorado por la doctrina ni tampoco por los legisladores. Esto se debe a que se la considera como un factor determinante en el crecimiento de la economía de gran parte de los Estados a nivel mundial. Las inversiones extranjeras relacionadas con este crecimiento han ventilado el este tema. Además, han puesto sobre la mesa la discusión sobre los derechos de los involucrados que también podrían verse menoscabados en este contexto. Es así que esta figura ha sido analizada y desarrollada desde la rama del Derecho Internacional Tributario. Sobre esto, Montaña Galarza (1999) señala que su estructura contempla un conjunto de normas jurídicas que buscan establecer pautas para constituir economías estables pero, principalmente, garantizar que las personas -tanto naturales como jurídicas- sean sujetos de una adecuada imposición que refleje su verdadera capacidad contributiva.

En un principio, la necesidad de esta figura fue solventada a través de medidas internas adoptadas por cada uno de los sistemas tributarios. Sin embargo, estas medidas fueron insuficientes a la hora de enfrentar los diversos supuestos de doble imposición internacional. Por lo mismo, se recurrió a mecanismos que incluyen herramientas bilaterales o multilaterales. Actualmente, se cuenta con una gran red de convenios que se han suscrito con el objetivo de evitar la doble imposición internacional.

El Ecuador, en su afán de corregir las afectaciones que este fenómeno puede significar, ha incorporado en su sistema fiscal medidas para combatirlo. Por un lado, ha incorporado en su legislación interna el método de exención integral. Este permite que los ingresos obtenidos y, efectivamente, pagados en el extranjero sean exonerados de impuestos. Por otro lado, tenemos más de una decena de convenios para evitar la doble imposición internacional. Estos convenios tienen como herramientas tanto la exención como la imputación, en sus diversas modalidades.

Si bien el Estado ha mostrado su compromiso con sus contribuyentes a través de estas medidas, no es menos cierto que -al incorporar dentro del régimen tributario ecuatoriano una gran gama de métodos para contrarrestar este fenómeno- el tratamiento fiscal hacia los sujetos pasivos del tributo variaría. La forma de operar de cada herramienta es diferente ya que para cada caso las tarifas y las cargas impositivas finales serán totalmente distintas. Esto, a más de propiciar el irrespeto por el principio de equidad horizontal, también repercutirá en el ámbito económico del país, ya que la atracción de capitales dependerá de los incentivos fiscales que los sujetos pasivos perciban.

Entonces, este estudio se pregunta: ¿De qué manera la aplicación de los métodos de exención y crédito tributario incorporados en las medidas unilaterales, bilaterales y multilaterales adoptados por el Ecuador para contrarrestar la doble imposición internacional afectan a los contribuyentes y vulneran principios tributarios como de equidad y neutralidad fiscal? El tema implica directamente el

respeto de ciertos derechos, lo cual contribuye al desarrollo económico del país. El abordaje de este tema tiene como objetivo general demostrar la existencia de un tratamiento diferenciado entre los contribuyentes ecuatorianos al aplicar los métodos de exención e imputación con sus variables. Esto deriva en la vulneración de principios como la equidad y la neutralidad fiscal. Se busca dar a conocer la necesidad de que se estandarice los métodos que se encuentran regulados actualmente en la legislación ecuatoriana. Finalmente, para una adecuada fundamentación del tema planteado se presentan casos prácticos que nos permiten dilucidar las interrogantes que se tienen en torno a la problemática de la doble imposición internacional.

I

El fenómeno de la doble imposición internacional

Para una adecuada comprensión del presente trabajo de investigación, es necesario recurrir primero al análisis del contenido del Derecho Internacional Tributario como tal, puesto que el surgimiento de esta rama del derecho, que es relativamente nueva, ha influido a gran escala en la estructura de un sinnúmero de sistemas tributarios a nivel mundial. Estos sistemas han tenido que ir adecuándose conforme avanza la realidad social.

El derecho tributario internacional y la doble imposición: breve referencia histórica y principios generales de este derecho

El derecho es una ciencia social que surgió a partir de la necesidad de regular las relaciones entre las personas para evitar conflictos que, en épocas anteriores, eran muy concurrentes. De esta manera, se garantizó el respeto a los derechos de todos los ciudadanos, lo cual la constituyó en una ciencia; pero debía ir adaptándose a la sociedad conforme esta iba evolucionando día a día.

Con el pasar de los años, hemos visto cómo gracias al avance de la tecnología, el comercio, las empresas, la comunicación, el transporte, entre otros, se han expandido fuera de los límites territoriales de los Estados. No existen barreras de ningún tipo. Todo esto se ha configurado gracias al gran fenómeno de la globalización, el cual -según autores como Baylis y Smith (2005)- no es una cuestión que surgió en un instante. Este cambio significó un gran proceso que va de la mano de la evolución del ámbito político y económico desde hace varios siglos atrás. En el siglo XX, como consecuencia de este nuevo panorama, se desarrollaron varias herramientas como la *World Wide Web* (www), que aportaron significativamente

en la consecución de este avance en las sociedades: “La globalización ha supuesto una verdadera revolución en los modelos económicos conocidos, ha trastocado los modelos tradicionales cambiando la naturaleza y fundamentos de éstos” (Ambite y López, 2014, p.28). Se deduce que –evidentemente– este cambio iba a generar modificaciones en las diversas legislaciones tributarias las cuales, necesariamente, se adaptarán a las circunstancias para poder implementar un sistema tributario que cumpla con todas las garantías constitucionales.

Es por esta razón que el respeto al principio de libre circulación se ha reforzado a niveles extraterritoriales. Gracias a esto, hoy en día, casi no existen barreras que impidan la posibilidad de expandir el comercio, la prestación de servicios, la comunicación, el transporte a cualquier parte del mundo. Incluso, el desplazamiento de personas a raíz de este fenómeno se ha intensificado. Todas estas cuestiones constituyen elementos importantes para el crecimiento económico de un Estado cualquiera. Además, permiten que se forjen relaciones internacionales alrededor del mundo, lo cual ha conllevado la constitución de una interdependencia económica entre Estados.

Con base en lo mencionado, se debe destacar que, en épocas pasadas, los países basaban sus economías en actividades que únicamente se podían desarrollar internamente. Es decir, antes existían “economías cerradas”; sin embargo, con la presencia del fenómeno de la globalización, muchas legislaciones encontraron problemas como, por ejemplo, la doble imposición internacional, evasión fiscal, entre otros. La doctrina ha puesto énfasis en lo que se conoce como la doble tributación porque ha ocasionado grandes inconvenientes durante los procesos de recaudación tributaria. Actualmente, su eliminación es un objetivo común de muchos países debido a que la mayor parte de los contribuyentes, hoy en día, obtienen sus ingresos de diversos países diferentes al de su residencia.

En teoría, en un primer momento, ambos Estados -tanto el de residencia del contribuyente como el de la fuente en donde se generó el ingreso- en virtud de su potestad tributaria tendrían el derecho de cobrar los valores generados. Esto, evidentemente, afectaría a la economía de los contribuyentes al tener que pagar dos veces por un mismo hecho imponible. Incluso, en muchos casos, se ha intensificado la evasión fiscal y la recaudación económica de un Estado.

A pesar de que la globalización ha traído consigo muchos beneficios tanto para el desarrollo de los Estados como para el de muchas personas, acarrea aspectos negativos que deben ser analizados por parte de cada Estado. Las economías se podrían ver alteradas y muchas veces, incluso, afectadas por las grandes pérdidas que se pueden llegar a verificar. En virtud de lo antes expuesto, el creciente intercambio de bienes, servicios y capitales a niveles internacionales ha trastocado la realidad de las sociedades y, consecuentemente, lo han hecho las legislaciones tributarias de cada país, las cuales buscan en todo momento garantizar el respeto de derechos, principios y garantías de un sinnúmero de ciudadanos.

Por lo mismo, se han desarrollado dentro de cada Estado una gran cantidad de normas que permiten realizar un adecuado control del ámbito tributario relativo a la economía interna. Por ejemplo, se han desarrollado normas que permiten mantener un equilibrio al momento de planificar el presupuesto estatal y, por otro lado, también existen regulaciones que buscan garantizar un tratamiento equitativo entre contribuyentes. La situación económica de cada contribuyente debe ser siempre analizada para efectos del cobro de impuestos, lo cual conlleva de manera indirecta, el beneficio general de la ciudadanía. Estas nuevas normas son las que aportan al desarrollo del derecho tributario internacional, el cual se encuentra íntimamente relacionado con el derecho tributario y, por ende, con sus principios.

Villegas (1984) define al derecho internacional tributario como:

Aquella rama del derecho tributario que tiene por objeto el estudio de las normas de carácter internacional que corresponde aplicar en los casos en que diversas soberanías entran en contacto, ya sea para evitar problemas de doble imposición, coordinar métodos que combatan la evasión y organizar, mediante la tributación, formas de cooperación entre los países (p.481).

Troya (1990), por otro lado, lo considera como aquella rama del derecho internacional público que se dedica a analizar todo tipo de regulación que pueda aportar a la resolución de problemas que se generan como consecuencia de la presencia y ejercicio de varias potestades tributarias a nivel internacional. Por último, si bien el principal problema observado por el Derecho Internacional Tributario es la doble imposición internacional, no ha sido el único tratado por la materia. Se han analizado también temas relacionados con la evasión fiscal internacional o la poca o nula cooperación por parte de los países para determinar la situación fiscal de un ciudadano frente a varios países.

Respecto a los principios que rigen al Derecho Internacional Tributario, es menester considerar que estos buscan orientarlo de tal manera que pueda llegar a cumplir su objetivo. Se puede verificar que tanto el principio de equidad (horizontal) como el de neutralidad fiscal están siendo vulnerados a la luz de las regulaciones tributarias ecuatorianas. Para fines prácticos que nos permitirán justificar el fin de este proyecto, se desarrollarán de manera concreta los dos principios antes mencionados. Sin embargo, se debe señalar que el Derecho Internacional Tributario tiene como base una amplia gama de principios que no los trataremos en este punto.

Bühler (1968) señala que el Derecho Internacional Tributario puede ser visto desde una perspectiva muy estricta. Es decir, se analizan únicamente las normas de carácter internacional que sirven para resolver conflictos. También, se la puede observar desde una perspectiva amplia que permite reconocer tanto las normas internacionales como nacionales que sirvan para enfrentar problemas

de carácter tributario que surjan fuera de las fronteras de un Estado. En virtud de lo señalado, este trabajo se decanta por la visión amplia de esta rama del Derecho, misma que se relaciona íntimamente con el Derecho Tributario. Por lo tanto, los principios que rigen esta última materia vendrían a ser de igual manera aplicables al ámbito internacional.

Con respecto al principio de equidad, el Código Tributario (2018) en su art. 5 menciona que el Régimen Tributario se rige por principios como el de legalidad, generalidad, igualdad, proporcionalidad e irretroactividad. Esto compagina con la Constitución de la República del Ecuador (2008), que en su artículo 300 reconoce como principios rectores del sistema tributario la generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria.

El principio de equidad es uno de los más analizados por parte de la doctrina y la ley al momento de plantearse reformas tributarias. Su objetivo principal es garantizar el desarrollo de un sistema impositivo justo tanto para los contribuyentes como para el Estado. Por esta razón, la Corte Constitucional (2021) lo ha considerado como el principio tributario por excelencia. La legitimación de su sistema, eventualmente, dependerá de que los ciudadanos verifiquen se generen cargas tributarias iguales para todos aquellos que se encuentren bajo una misma situación económica. Esto resulta de gran importancia, puesto que varios estudios sociales han evidenciado que, en gran parte, la evasión fiscal es impulsada por todos aquellos que consideran injustas las cargas fiscales que tienen que soportar.

Así, autores como Spicer y Becker (1980), al realizar sus investigaciones han concluido que la evasión fiscal se intensifica en el momento en el que el contribuyente considera que los valores que el Estado cobra son injustos. Esto podría deberse a dos causas: una insuficiente cantidad y calidad de gasto público o la existencia de un sistema tributario inequitativo. Sin embargo, independientemente de cuál sea la razón, lo cierto es que este tipo de conductas afectan de manera directa a la economía de un país.

La doctora Vázquez (2017) en su artículo “Percepción de la Equidad Tributaria” menciona que:

El principio de equidad consiste en que las personas con similar capacidad económica queden sujetas a similar carga tributaria, mientras que a las que demuestran una capacidad de pago diferente se les permite cargas tributarias diferenciadas, protegiendo así a las de menores ingresos (p.2).

Para reforzar el concepto de este principio que estamos desarrollando, la autora mencionada relaciona la equidad con la igualdad al señalar que es:

La igualdad que se tiene ante la ley tributaria por parte de los sujetos pasivos de un mismo tributo, es decir, se define como el hecho generador de dar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, dicho esto en otras palabras, la equidad significa que los contribuyentes de un mismo impuesto deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica (Vázquez, 2017, p.2).

En el marco de lo indicado Castañeda (2017) explica que una persona puede considerar que el régimen tributario bajo el cual se maneja no es justo por dos razones, principalmente porque: "...encuentra que la carga tributaria de otros ciudadanos con capacidad de pago equivalente no se calcula siguiendo los mismos criterios (inequidad horizontal)" (p.2); y porque "(q)uienes podrían aportar más en términos relativos no lo hacen..." (p.2). Estas razones se encuentran respaldadas por la realidad del día a día de las sociedades y se evidencian tratos tributarios inequitativos que, según los estudios, son sumamente comunes dentro de la región de Latinoamérica. En realidad, lo ideal sería que las instituciones sean justas. Esto, únicamente, sucederá al momento en que se eliminen las diferencias arbitrarias. Caso contrario, incluso, se podría llegar a consolidar la idea de que en el Estado no existe justicia en ningún ámbito.

Este trabajo de investigación se desarrollará con base en el concepto de equidad horizontal, principio que para Arriola (2014) se configura de la siguiente manera: "Tratando igual a los iguales y en forma desigual a los que no se encuentran en igualdad" (p.10). Esto garantiza que todos los contribuyentes con igual capacidad económica sean sujetos de tratamientos similares por parte de la ley. Es decir, las normas deben afectar de igual manera a todos aquellos que se encuentren en situaciones económicas análogas.

Stiglitz (1995) considera que este principio podría ser una herramienta muy útil para distinguir si los contribuyentes cuentan con distinta capacidad contributiva. Así se podría establecer diferentes categorías para el pago del tributo, dependiendo de la situación económica personal de cada uno. De hecho, la equidad en sí busca el bienestar de todos aquellos que se encuentren en situaciones más limitadas. De igual manera, vendría a otorgar mayor legitimidad a los sistemas tributarios y, como consecuencia, la redistribución del ingreso se vería modificada.

Así se puede llegar a concluir que la existencia de un tratamiento inequitativo por parte del Estado hacia sus contribuyentes -como por ejemplo, en el caso de que se apliquen diversos métodos para contrarrestar la doble imposición internacional- genera cargas tributarias diferentes para agentes que mantienen capacidades económicas similares. Las cargas tributarias dependerán del lugar de donde provinieron los ingresos y que, además de contribuir al debilitamiento

de la moral tributaria de los contribuyentes, también incentivan la práctica de la evasión fiscal. Esto, de igual manera, genera afectaciones económicas a un país debido a que los valores que deja de percibir son la fuente principal para que un Estado pueda cumplir con sus obligaciones.

El principio de neutralidad por otro lado, sin bien es cierto no se encuentra regulado dentro de la normativa ecuatoriana, es un principio consagrado dentro de la doctrina tributaria, y el cual es igual de importante que otros principios por lo que debe ser considerado tanto dentro de la normativa tributaria interna como en los convenios internacionales, puesto que este forma la base sobre la cual se debe configurar cualquier proceso de armonización normativa que recaiga sobre instituciones como los tributos. Así y en base a este principio como tal, las actividades económicas que realicen los contribuyentes no deben verse influenciadas por la presión fiscal.

Plazas (1998) considera que: “Un tributo es neutro cuando no tiene por objeto ejercer una presión sobre los contribuyentes para incitarlos a una acción o a una abstención cualquiera” (p.8). Rohatgi (2008) aclara el concepto de este principio al señalar que: “Idealmente, los sistemas tributarios deberían ser neutros en lo que se refiere a la decisión entre invertir en el país de origen o en el exterior [...] y entre la inversión por parte de los inversionistas nacionales o extranjeros...” (p.43). En virtud de lo señalado en líneas anteriores, se entiende que el principio de neutralidad busca cómo evitar que los contribuyentes se vean influenciados por parte de las regulaciones del sistema tributario al momento de decidir sobre sus actividades. Sin embargo, a pesar de que el ideal es construir sistemas tributarios totalmente neutros, este ideal es una utopía que en el día a día no se verifica puesto que, en realidad, lo que este principio busca es que exista una mínima intervención.

Plazas (1998) aclara que el principio de neutralidad busca precautelar tanto el principio de igualdad como el de moderación de los sistemas tributarios. La igualdad, para evitar que la inequidad desincentive determinadas actividades económicas. El principio de moderación, en cambio, porque mientras más alta sea la carga tributaria efectiva que debe soportar el contribuyente, más afectación puede llegar a verificar ciertas actividades tanto colectivas como individuales.

En el Ecuador, se vulnera este principio de neutralidad, por cuanto el método que señala la normativa interna, así como los diversos métodos que se fijan en los convenios para evitar la doble imposición internacional, genera un tratamiento diferenciado entre contribuyentes. Esta diferenciación se justifica con la existencia de ingresos provenientes de fuente extranjera. Como consecuencia, los contribuyentes decidirán desarrollar sus actividades económicas por razones impositivas y no por razones económicas.

Concepto de Doble Imposición Internacional

El fenómeno de la doble imposición internacional por su incidencia en la economía a nivel internacional -tanto para los Estados como para los contribuyentes- ha sido analizado por un sinnúmero de doctrinarios. Se la considera como aquella figura tributaria que implica el cobro a un mismo contribuyente de impuestos similares generados por una misma causa, pero en diferentes países (Borras 1974; Montaña Galarza, 1999). Esta figura tributaria se traduce en el hecho de que dos o más Estados, en virtud de su potestad tributaria, podrán exigir a una persona el pago de impuestos sustancialmente iguales por un mismo hecho generador.

Desde este punto de vista, se puede deducir que existen tres elementos principales para que se configure la doble imposición internacional: primero, deben existir dos Estados con potestad tributaria definida; segundo, una misma renta; y por último, un mismo contribuyente. En cambio, la doctrina señala que es necesario que se verifiquen cinco elementos como lo considera Herrán (2000): primero, dos impuestos de similar naturaleza; segundo, identidad de hechos generadores (se considera que debe existir un mismo hecho imponible del que se derive el gravamen); tercero, unidad temporal; cuarto, mismo sujeto pasivo; y quinto, coexistencia de potestades tributarias de dos o más administraciones (existirá doble imposición internacional cuando se verifique la concurrencia de dos o más soberanías fiscales). En vista de lo mencionado, concluimos que el fenómeno de la doble imposición internacional se configura como resultado de que un contribuyente perciba impuestos similares por un mismo hecho imponible, dentro de un mismo período de tiempo y en dos o más países.

Causas y consecuencias

Esta figura tributaria surge a partir de la superposición de jurisdicciones fiscales dentro del marco internacional. Es la "...la superposición en el espacio de dos ámbitos de imposición..." (Torres, 2011, p.126). Este problema, así planteado, se origina específicamente debido a los diversos criterios de sujeción o de vinculación que se adoptan en las legislaciones tributarias y, en virtud de los cuales, los Estados se atribuyen la potestad de someter a imposición a los contribuyentes. Sin embargo, también se considera que la doble imposición internacional se podría generar aún a pesar de que los Estados usen un mismo criterio de vinculación. Esto se debe a que muchas veces existen discrepancias al momento de interpretar ciertos términos tributarios. Por ejemplo, cada país puede tener una definición de residencia, domicilio o nacionalidad diferente a la de otros países.

En este contexto se puede comenzar analizando lo que se conoce como vínculos de atribución. Se clasifican en: personales y reales, también conocidos como

criterios económicos subjetivos y objetivos (Fonrouge, 1987). Se trata de aquellos criterios que permiten determinar una relación jurídica tributaria entre la persona, quien debe cumplir con sus obligaciones tributarias, y el Estado, que deberá garantizar que este cumplimiento se verifique. En torno a lo mencionado, la doctrina señala:

Debemos entender por criterios de vinculación tributaria a aquellos que determinan la relación jurídica entre un ente estatal soberano y un sujeto pasivo, lo cual da origen al nacimiento de un derecho de imposición; esto es, la relación jurídico-tributaria que nace entre quien detenta la potestad tributaria y el sujeto pasivo de dicha obligación (Quiñonez & De la Cruz, 2008, p.21).

En primer lugar, dentro del vínculo subjetivo encontramos al criterio de la renta mundial. Este criterio permite a un Estado gravar todas rentas generadas en cualquier otro país del mundo, siempre que estas sean recaudadas por personas que se encuentren domiciliadas, sean residentes o nacionales del Estado que busca someterlas a imposición. Así, cada país de acuerdo a sus intereses buscará recaudar todas las ganancias -tanto de fuente nacional como extranjera- obtenidas por sus ciudadanos residentes, nacionalizados o domiciliados dentro de su territorio. Independientemente del lugar o Estado de donde estos provengan.

En una gran cantidad de países, el criterio de residencia de manera general se lo determina con base en la permanencia del contribuyente por un determinado tiempo dentro de un Estado. Muchas veces, dependerá también del lugar en donde se encuentre el centro de sus actividades económicas. Así es en el caso del Ecuador en el que la Ley del Régimen Tributario Interno (2019) respecto a la residencia señala:

Residencia fiscal de personas naturales: serán considerados residentes fiscales del Ecuador, en referencia a un ejercicio fiscal, las personas naturales que se encuentren en alguna de las siguientes condiciones:

- a. Cuando su permanencia en el país, incluyendo ausencias esporádicas sea de ciento ochenta y tres (183) calendario o más, consecutivos o no, en el mismo período fiscal.
- b. Cuando su permanencia en el país, incluyendo ausencias esporádicas, sea de ciento ochenta y tres (183) días calendario o más, consecutivos o no, en un lapso de doce meses dentro de dos períodos fiscales a menos que acredite su residencia fiscal para el período correspondiente en otro país o jurisdicción.
- c. El núcleo principal de sus actividades o interés económicos radique en Ecuador, de forma directa o indirecta

No haya permanecido en ningún otro país o jurisdicción más de ciento ochenta y tres (183) días calendario, consecutivos o no, en el ejercicio fiscal y sus vínculos familiares más estrechos lo mantenga en el Ecuador (p.4).

Art. 4.2.- Residencia fiscal de sociedades. - Una sociedad tiene residencia fiscal en Ecuador cuando ha sido constituida o creada en territorio ecuatoriano, de conformidad con la legislación nacional (p.5).

Respecto al criterio de nacionalidad, se debe mencionar que el contribuyente deberá tributar en el Estado que lo considera como nacional, ya sea por nacimiento o por naturalización. El artículo 6 de la Constitución de la República (2008) del Ecuador señala que la nacionalidad es un vínculo jurídico político y, por lo tanto, genera derechos y obligaciones. Una de esas obligaciones es que los sujetos pasivos paguen los tributos.

El domicilio, por otro lado, señala que todo sujeto pasivo deberá tributar en el lugar en donde se encuentre de manera permanente, estable y, por ende, en el lugar en donde desarrolle sus actividades económicas que permitan verificar un hecho generador. El Código Tributario (2018) establece en su artículo 59 lo siguiente:

Domicilio de las personas naturales. - Para todos los efectos tributarios, se tendrá como domicilio de las personas naturales, el lugar de su residencia habitual o donde ejerzan sus actividades económicas; aquel donde se encuentren sus bienes, o se produzca el hecho generador (p.17).

En lo que se refiere al domicilio de las personas jurídicas, el Art. 61 del mismo cuerpo normativo señala que para todos los efectos tributarios se considera como domicilio de las personas jurídicas: "1. El lugar señalado en el contrato social o en los respectivos estatutos; y/ 2. En defecto de lo anterior, el lugar en donde se ejerza cualquiera de sus actividades económicas o donde ocurriera el hecho generador..." (Código Tributario, 2018, p.17). Los vínculos objetivos o reales, en cambio, se centran como tales en el análisis de ciertas actividades económicas que permiten verificar un hecho imponible y que se desarrollan dentro de un territorio específico, sin importar la forma en la que el sujeto pasivo se relacione con un Estado.

Dentro de esta clasificación encontramos el criterio de la fuente productora o territorialidad como figura rectora que permite determinar la relación tributaria antes mencionada. Esta figura también es de carácter económico, puesto que se considera que el Estado en donde el contribuyente haya obtenido sus ingresos será el que tenga la potestad para gravar los mismos, independientemente del lugar de residencia, domicilio o nacionalidad del sujeto pasivo.

Cada Estado -dependiendo de su economía interna y de su realidad- adoptará el criterio que más le favorezca. De esta manera, se delimitará la obligación tributaria que se deberá cubrir y la administración que tendrá el derecho de someterla a imposición. De manera general, se considera que los países desarrollados muchas veces deciden incorporar dentro de sus legislaciones los tres primeros criterios antes mencionados. Es decir, estos le otorgan la potestad tributaria para someter a imposición a los países en donde el contribuyente resida, se encuentre domiciliado o sea considerado como ciudadano. Mientras que los países en desarrollo, mayoritariamente, se decantan por el criterio de la fuente.

En el caso ecuatoriano se maneja un doble criterio; es decir, se ha verificado la presencia de criterios subjetivos y objetivos, lo cual se contextualiza en el artículo 2 de la Ley del Régimen Tributario Interno (2019) que señala cuáles serán los impuestos comprendidos dentro de la renta, así tenemos los siguientes:

- a. Los ingresos de fuente ecuatoriana obtenidos a título gratuito u oneroso, bien sea que provengan del trabajo, del capital o de ambas fuentes, consistentes en dinero, especies o servicios; y
- b. Los ingresos obtenidos en el exterior por personas naturales domiciliadas en el país o por sociedades nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de esta Ley (p.2).

En virtud de lo expuesto, se puede evidenciar claramente que el numeral uno sostiene un criterio de territorialidad; mientras que el numeral dos, un criterio personal por cuanto se considera el domicilio fiscal y la nacionalidad (renta mundial) del sujeto pasivo para efectos tributarios. Así, cada país soberano decide, de acuerdo a su conveniencia, el criterio que más se ajuste a su realidad. Es imposible fijar un criterio único de vinculación a ser aplicado por distintos países. Por esta razón, se ha enfatizado internacionalmente en la búsqueda de soluciones al problema de la doble imposición, para que la tributación como tal no se llegue a configurar como un elemento que afecte al intercambio internacional.

En virtud de lo señalado, Torres (2011) sintetiza las causas que originan la doble imposición internacional de la siguiente manera:

1.- Utilización de diferentes criterios de sujeción: Fundamentándose los Estados en la soberanía que les asiste, estos incorporan libremente el criterio de sujeción que servirá para determinar las rentas que serán sujetas a imposición dentro de su territorio. Es así que existirán criterios diferentes por parte de cada Estado. Por ejemplo, en el caso de que un Estado someta a imposición a la renta mundial (ingresos nacionales y extranjeros) de sus residentes y una parte de esos ingresos provengan de otro Estado que se maneje por un criterio de fuente, en este caso el contribuyente deberá cancelar tributos tanto en el país de residencia como en el país de donde obtuvo esos ingresos, generando así una doble imposición internacional. Owens (1980) considera que principalmente es por esta situación

mencionada en el párrafo anterior que aparece la figura de la doble imposición internacional, ya que cada uno de los criterios adoptados por los Estados se encuentran fundamentados en el principio de soberanía fiscal, principio que es básico para el Derecho Internacional Tributario.

2.- La utilización de mismos criterios de sujeción: En este caso puede suceder que dos Estados utilicen los mismos criterios de vinculación tributaria; sin embargo, el problema surge al momento de interpretar ciertos conceptos como el de residencia o domicilio que pueden ser definidos de manera diferente. A manera de ejemplo se puede señalar que un contribuyente puede ser considerado residente de los Estados Unidos por haber arrendado un departamento en California, el cual lo visita periódicamente. Sin embargo, puede ser que este mismo contribuyente sea considerado igualmente residente fiscal en España por haber permanecido un determinado tiempo dentro del país. Por lo mismo, una persona podrá ser considerada como residente fiscal en dos Estados como se verifica en el ejemplo y, por ende, tendría que cumplir con sus obligaciones tributarias en ambos países, configurándose así la doble imposición internacional.

En este contexto del análisis de las causas que dan origen a la doble imposición internacional, Torres (2011) señala como que si bien todo Estado, en consideración a los criterios personalistas que se adopten, tiene derecho de recaudar todas las rentas que sus contribuyentes hayan obtenido en otro país, en los últimos años, se ve una incongruencia: la mayoría de los sistemas fiscales se han estructurado con base a la adopción de criterio de residencia del sujeto pasivo, mientras que en otros han optado por la nacionalidad como su figura rectora. Todo esto debido al principio de dependencia social o destino de la renta.

Por otro lado, se debe considerar que todo Estado -por su soberanía- tiene la potestad de someter a imposición las rentas obtenidas dentro de su territorio sin importar si la persona que las obtuvo vive en el extranjero, lo cual se encuentra vinculado con el principio de dependencia económica del contribuyente o de la fuente de su riqueza.

La aplicación de estos principios como tal conllevan a la aparición de la doble imposición internacional, por cuanto los elementos de atribución utilizados por cada Estado para determinar la relación jurídica tributario no se basan en el principio de dependencia económica o social del sujeto pasivo, ya que cada Estado en base a nexos económicos, podrá aplicar sus impuestos tanto a quienes son sus residentes como a quienes no lo son.

Siguiendo a Campagnale, Catinot y Larrondo (2000) se puede concluir que la doble imposición se genera por la superposición de potestades tributarias de varios países como consecuencia de la adopción de vínculos tributarios diversos. Sin embargo, se ha constatado que este fenómeno se puede manifestar, aun cuando dos Estados usen criterios jurisdiccionales similares. Esto se debe a las definiciones diversas que se le puede otorgar a los términos. Este es el caso de la

concepción de residencia. En cualquiera de los dos escenarios, un mismo contribuyente se podría ver afectado, toda vez que tendría la obligación de tributar en más de un país por un mismo concepto.

La doble imposición internacional puede llegar a generar afecciones a los derechos individuales de los contribuyentes en materia tributaria. Esta figura tributaria ocasiona que una persona tenga que soportar una carga tributaria superior a la de otro sujeto pasivo con igual capacidad económica. Esto deriva en un tratamiento discriminatorio entre iguales, factor que le quita toda legitimidad a un régimen tributario justo ya que este idealmente debería estructurarse con base en el respeto de la capacidad contributiva de sus obligados. Este tratamiento discriminatorio, a su vez, trae consigo consecuencias de tipo económica porque afecta la libre circulación de capitales e, incluso, de personas. Esto limita el desarrollo del comercio internacional. Esta doble imposición internacional, de igual manera, favorece el fortalecimiento de la desigualdad.

Con estos antecedentes, Torres (2011) menciona que la doble imposición internacional puede producir los siguientes efectos: a. Carga fiscal excesiva e inequitativa para el sujeto pasivo; b. Freno al desarrollo económico y a las inversiones extranjeras, ocasionando una distorsión en la libre circulación de capitales, servicios y trabajo; c. Fortalecimiento de la evasión fiscal a nivel internacional.

Con todo lo mencionado, se puede evidenciar que la doble imposición internacional puede tener efectos negativos tanto para el Estado de residencia del sujeto pasivo de la obligación tributaria, así como para el Estado fuente de origen de la renta; e incluso, para el mismo contribuyente. Por razones obvias, esto limita el desarrollo del comercio internacional y fomenta prácticas contrarias a la moral tributaria. Este es el caso de la evasión fiscal e, incluso, el fraude. Por esta razón, la doctrina ha reconocido la necesidad de combatir el fenómeno de la doble tributación, principalmente, por dos razones: la primera es la necesidad de evitar que una persona se vea más gravada que otra; la segunda, la búsqueda de estímulo para la inversión y el comercio internacional (Sainz De Bujanda, 1993).

Clases de doble imposición internacional

Una vez que se ha identificado a este fenómeno como tal, es evidente que se podrá presentar dentro de cualquier jurisdicción tributaria, por lo cual ha sido cuidadosamente analizado a nivel doctrinario y gracias a estos estudios se han señalado ciertas características clásicas que nos permitirán identificar si nos encontramos frente a una doble imposición internacional, por lo que considero necesario analizar las diversas clases de doble tributación que existen.

Doble imposición interna: Calderón (1996) considera que esta noción surge a partir de que un mismo contribuyente es gravado reiteradamente por un mismo

objeto imponible, por impuestos similares que provengan de dos o más entes públicos que forman parte de un Estado en particular, dentro de un mismo período de tiempo. A pesar de que se presenten todos los elementos de la clásica doble imposición, esta clase no puede ser considerada en sentido estricto como tal, dentro de la llamada doble tributación internacional, ya que no se verifica una superposición de soberanías fiscales entre dos o más Estados. Esto sucede como consecuencia de una manifestación del poder tributario de cada Estado y que es, como tal, el origen mismo del fenómeno.

Así, mientras que la doble tributación interna -siguiendo a diversas opiniones doctrinarias- puede ocurrir ya sea como consecuencia de un sistema tributario mal estructurado o también por decisiones emitidas referentes a política fiscal tomadas dentro de un Estado, este problema puede ser eliminado atendiendo al principio de jerarquía normativa, en virtud del cual encontramos a la Constitución de la República del Ecuador como aquel cuerpo normativo que podrá determinar ciertos principios que permitan estructurar adecuadamente el sistema tributario del país y sus diversas figuras impositivas. En cambio, en el caso de la doble imposición internacional como tal no existe una regulación normativa que se pueda obligar a acatar a los diversos Estados y que limiten las diversas formas de manifestación de su poder soberano.

- a. Doble imposición económica internacional: la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE, 2010) define a esa clase de doble imposición: “Caso en que dos personas diferentes pueden ser gravadas por la misma renta o el mismo patrimonio” (p.318). Esta figura no es similar a la doble tributación como la mencionamos en términos anteriores, ya que solamente se requiere que se identifique tres elementos. Estos son: un mismo hecho imponible, impuestos similares y diferentes contribuyentes. Es decir, no es necesario que exista identidad subjetiva; más sí, identidad respecto al objeto imponible, impuesto y tiempo. Esta clase de doble imposición se presenta en caso de: doble gravamen sobre dividendos; y b. doble imposición intersocietaria (Montaño, 2006).
- b. La doble imposición económica nace de los ajustes fiscales en operaciones entre sociedades relacionadas. En cualquiera de los casos, la doble imposición económica, puede ser internacional cuando los contribuyentes son residentes de diferentes Estados sin alterar como tal esta figura. Vallejo y Gutiérrez (2003) consideran que la doble imposición de carácter económico, generalmente, se presenta en el caso de los dividendos. De esta manera, se configurará un gravamen simultáneo: por una parte, el soportado por la empresa como tal, ya que esta deberá pagar el impuesto a la renta correspondiente; y por otro, al accionista de la empresa, quien es beneficiario de los dividendos distribuidos por la compañía y quien, de igual manera, deberá tributar por este concepto.

Es por esta razón que los Estados han incorporado dentro de su normativa tributaria medidas tanto unilaterales como soluciones convencionales que permitan regular el manejo específico de los dividendos y evitar este problema. En el caso del Ecuador, el artículo 9 de la Ley del Régimen Tributario Interno (2019) ha incorporado ya una solución a esta cuestión al mencionar que, para fines de la determinación y liquidación del impuesto a la renta, están exonerados exclusivamente los dividendos y utilidades, calculados después del pago del impuesto a la renta, distribuidos por sociedades nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador, a favor de otras sociedades nacionales o extranjeras, no domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición o de personas naturales no residentes en el Ecuador.

Esta exención no aplica si el beneficiario efectivo, en los términos definidos en el reglamento, es una persona natural residente en Ecuador. También estarán exentos de impuestos a la renta, los dividendos en acciones que se distribuyan a consecuencia de la aplicación de la reinversión de utilidades en los términos definidos en el artículo 37 de esta Ley y en la misma relación proporcional. Así, Pedrera (2014) concluye explicando que la doble imposición económica se utiliza para describir la situación que se produce cuando una misma transacción económica, un ingreso o un elemento patrimonial es gravado por dos o más Estados durante el mismo período pero en manos de diferentes perceptores. En la doble imposición económica internacional existe identidad de objeto imponible, tiempo y similitud de impuesto, pero no se presenta el requisito de identidad subjetiva propio de la doble imposición jurídica internacional.

- c. Doble Imposición jurídica, al igual que la de carácter económico, tiene sus propios caracteres que nos permiten identificarla, ya que –principalmente- se diferencia de esta última por el número de sujetos pasivos que intervienen en el cumplimiento de la obligación tributaria. El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE (2010) la ha definido teniendo en cuenta los cinco elementos de la típica figura de la doble imposición: esta se verifica cuando dos o más Estados tienen el derecho de someter a imposición un mismo concepto de renta adquirido por un mismo contribuyente, dentro un mismo período impositivo y por impuestos idénticos o similares, lo cual –como hemos analizado- es consecuencia directa de la yuxtaposición de soberanías fiscales entre Estados.

Esta clase de imposición es considerada como doble imposición en sentido estricto, ya que con base en el concepto otorgado por el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, en su “Manual de Control del Planteamiento Tributario Internacional” (2007), la doble imposición jurídica es definida como: “... el resultado de la aplicación de impuestos similares, en dos o más Estados, a un mismo contribuyente respecto de la misma materia imponible y por el mismo período de tiempo...” (p.12).

De esta manera, el Modelo Convenio de la OCDE (2010) ha identificado tres supuestos en los que se puede presentar esta doble imposición de carácter jurídica: 1. Cuando los dos Estados contratantes gravan a una misma persona por su renta y patrimonio totales (sujeción fiscal integral concurrente); 2. Cuando una persona, residente de un Estado contratante (Estado de residencia), obtenga rentas o posea elementos del patrimonio en el otro Estado contratante (Estado de la fuente o Estado donde están situados un establecimiento permanente o una base fija) y los dos Estados gravan estas rentas o su patrimonio; y 3. Cuando los dos Estados contratantes gravan a una misma persona, no residente ni en uno ni en otro de los Estados contratantes, por las rentas provenientes o por el patrimonio que posea en un Estado contratante.

Resumiendo las posturas presentadas se puede definir a la doble imposición jurídica como aquella situación en la que un mismo contribuyente deberá pagar dos veces por un mismo concepto de renta en distintos países que ejercen su potestad tributaria. Así, una persona A que reside dentro de un Estado X pero trabaja en un Estado C deberá cumplir con sus obligaciones tributarias tanto en el Estado X, por ser residente del mismo, como en el Estado C, ya que en este se encuentra la fuente de los ingresos obtenidos por el sujeto pasivo.

Esta figura originada como consecuencia del conflicto entre potestades fiscales de los Estados según Guerrero (2007) no debe ser vista como una figura producto del abuso de la potestad tributaria de los Estados. Esto sucede porque cada país, por ser soberano e independiente, se encuentra legítimamente facultado para determinar las relaciones jurídicas tributarias de acuerdo a los vínculos de atribución que más beneficio le otorgue a sus intereses económicos. Como hemos señalado en líneas anteriores, varios Estados han tratado de incorporar soluciones para contrarrestar este fenómeno dentro de sus ordenamientos jurídicos, tanto a través de medidas unilaterales, modificando su ley interna- como a través de medidas de carácter bilateral -a través de la suscripción de convenios.

d. Doble imposición formal y material: estas clases de imposición son analizadas desde un punto de vista amplio. Calderón (1996) considera que la doble imposición material ocurre como consecuencia de una deficiencia del sistema tributario como tal, ya que -en virtud de esto- ciertas fuentes de producción son sometidas a gravamen de manera más fuerte que otras; mientras que la doble imposición formal ocurre cuando los legisladores de un Estado específico de manera consciente someten a una fuente de ingresos a diversos impuestos, afectando así a determinadas personas, generalmente, a aquellas cuya capacidad económica es menor que otras.

II

Medidas para contrarrestar la doble imposición internacional

En la presente sección se analiza tanto de las medidas unilaterales como las bilaterales o multilaterales que, generalmente, se emplean para contrarrestar la doble tributación. Así, se estudia los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional (CDI). Se explica todos los aspectos que implica el Derecho de los Tratados que engloba la corriente que identifica el origen de los acuerdos internacionales. La finalidad es comprender la importancia que estos convenios han tenido desde sus inicios; tener claro sus características, la forma en la que se aplican y otros aspectos que ayudarán a explicar la finalidad de los CDI, los objetivos que estos persiguen y la forma en la que estos permiten que se mantenga una adecuada regulación fiscal internacional.

Se analiza también el contexto en el que surgen los Modelos Convenios de la OCDE, ONU y el de la Comunidad Andina de Naciones, y cómo se ha configurado la suscripción de los CDI, herramienta fundamental para todos aquellos que buscan adoptar medidas para contrarrestar la doble imposición. Por último, se identificarán los métodos específicos más utilizados por los Estados para atenuar los efectos negativos de este fenómeno internacional.

Debido a la globalización y como consecuencia del intercambio económico internacional, los Estados se han visto obligados a adoptar medidas para contrarrestar los efectos negativos que puede traer consigo la doble imposición internacional. Así cada país tiene a su disposición varias medidas que pueden ser aplicadas ya sea de manera unilateral, bilateral o multilateral. Es decir, a través de su legislación interna o mediante tratados internacionales. Estas medidas son, únicamente, una fuente para concretar la aplicación de los diferentes métodos reconocidos tanto a nivel internacional como doctrinario.

Díaz de Bernal (2002) considera que estas medidas determinan el tratamiento tributario que se le da a las rentas que pueden llegar a ser gravadas en más de un Estado. Estas medidas permiten que, únicamente, un Estado pueda someter a gravamen los ingresos de un contribuyente específico, provocando que los demás países que intervienen en determinada actividad económica solamente puedan gravar una parte de estos ingresos o, incluso, ninguna. Como consecuencia de la reducción de la carga tributaria, hay un gran incentivo fiscal que conlleva a un incremento de las inversiones extranjeras.

Fonrouge (1987), en contraposición a esta idea, considera que la única forma en la que se podría evitar la doble imposición es a través de la fijación de principios generales que se apliquen de manera uniforme a nivel internacional. Es decir, lo ideal sería la configuración de un sistema mundial que distribuya la potestad

tributaria de los Estados a casos específicos. Este planteamiento por parte del autor, vendría a ser una cuestión utópica. Lo único que se conseguiría sería el desarrollo de un sistema con normas generales que no se adaptarían a la realidad social, económica ni política de los Estados. Además, la materia tributaria implica que los países se niegan a renunciar a su potestad fiscal, ya que esta representa gran parte de su crecimiento económico.

Por tanto, se imposibilita el desarrollo de una ley internacional; a pesar de que se han plasmado varios medios a través de los cuales se podría llegar a atenuar o eliminar los efectos de la doble imposición internacional. Tenemos medidas de carácter unilateral, las cuales se incorporan dentro de la legislación interna de un país que actúa fundado en su autonomía y, por otro lado, tenemos a medidas bilaterales o multilaterales, mismas que se fundamentan en el principio de cooperación y reciprocidad entre varios países.

Medidas unilaterales

Estas medidas fueron las primeras en ser incorporadas por parte de países norteamericanos, por cuanto -en épocas pasadas- los inconvenientes que presentaba la doble imposición eran poco relevantes. A partir de la Segunda Guerra Mundial, la popularidad de estas herramientas fue decayendo pues hubo un incremento importante en el desarrollo de las transacciones internacionales. Por ende, el valor de los impuestos se disparó hacia cantidades exageradas, por lo que se reconoció la necesidad de implementar nuevos métodos que, verdaderamente, eliminen este fenómeno internacional. Así se dio paso a la consideración de los convenios para evitar la doble imposición internacional. Sin embargo, esto no quiere decir que se desconoció totalmente la importancia de estas medidas unilaterales. Estas se mantuvieron como un soporte para solventar ciertos inconvenientes técnicos que estos otros nuevos métodos no podían resolver.

Este mecanismo de solución se define como el conjunto de disposiciones de carácter tributario emanadas, de manera individual, por parte de un Estado específico que actúa fundado en su poder soberano. Son disposiciones que, evidentemente, se aplicarán a todo aquel que se encuentre sujeto a este poder tributario. Díaz de Bernal (2002) las considera normas que se integran dentro de un sistema normativo fiscal interno de un Estado con el objetivo de eliminar totalmente o atenuar la doble imposición internacional. Buhler (2012) manifiesta que:

Este tipo de medidas serán generalmente adoptadas por el Estado que está gravando en virtud del criterio de la residencia, aunque las pretensiones que puede realizar en este sentido, el Estado que grava según criterios de naturaleza real, puede conducir a idénticos resultados. Se plantea que las medidas unilaterales,

aunque no pueden radicalizar los problemas de doble imposición sí logran por lo menos disminuirlos y es necesario que los estados en su poder soberano establezcan este tipo de medidas (p.48).

Cabe mencionar que estas medidas, únicamente, son aplicables en caso de que dentro de un ordenamiento jurídico específico no existan convenios suscritos para resolver este problema. Esto se debe a que, en virtud de la aplicación del principio de jerarquía normativa, siempre prevalecerán los convenios firmados por sobre la normativa interna. En el caso ecuatoriano, se encuentran fundamentadas en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que reconoce a los acuerdos internacionales como normas jerárquicamente superiores. Montaña (1999) considera que este es uno de los métodos más utilizados por los Estados, por cuanto se encuentran al alcance de los mismos y pueden ser fijados de manera autónoma y discrecional, ya que limita su propia potestad impositiva a ciertos casos.

A pesar de lo mencionado, Calderón (1996) considera que estas medidas, por un lado, son insuficientes; pero por otro lado, también son necesarias. Insuficientes, en un primer momento por los altos grados de discrecionalidad de los que goza un Estado para configurarlas; y por otro lado, porque se las considera deficientes y poco flexibles. Así, se establece una norma general que no responde a todos los casos que se pueden presentar dentro de la doble tributación que abarca un criterio de carácter internacional y, por lo mismo, perjudica al sujeto pasivo quien debe soportar las consecuencias de un sistema deficiente. Batiffol (1974), en torno a este tema, considera que -sin importar la forma en la que se estructure el régimen tributario interno- estos no tendrán la posibilidad de abarcar todos los supuestos del Derecho Positivo.

Por otro lado, estas medidas se consideran necesarias ya que en muchos casos los convenios internacionales suscritos tampoco abarcan todas las hipótesis que se puedan presentar dentro de este fenómeno. Además, por varias razones, existen situaciones en las que los convenios se anulan, suspenden e, incluso, se denuncian dejándolos sin efecto.

Medidas bilaterales o multilaterales

Como consecuencia de las importantes pérdidas relacionadas con la doble imposición internacional se provoca el estancamiento del desarrollo del comercio internacional. Muchos países han decidido inclinarse por la suscripción de tratados internacionales como una solución a este problema. Si bien los Estados pueden atenuar los efectos negativos de la doble imposición internacional de manera individual, la doctrina recomienda hacer uso de medidas de carácter convencional que genera más beneficios para quienes los suscriben.



En torno a este tema, Montañó (1999) considera que cuando se busca impulsar el desarrollo económico social, lo más conveniente es realizar negociaciones a través de tratados bilaterales. Estos establecen nuevas relaciones tributarias entre Estados cuyas realidades son diversas. Así, se puede llegar a desarrollar un extenso panorama normativo que se adapte a los intereses de cada país. En este contexto, los Estados -en virtud del principio de cooperación internacional- deciden suscribir tratados internacionales sobre materia tributaria, buscando solucionar el problema de la doble imposición internacional.

Buhler (2012) en relación a esta clase de medidas menciona que:

Estos métodos de evitar la doble imposición internacional son sin duda los que han tenido un desarrollo mayor y han logrado unos resultados más efectivos, desde que distintos estudios sobre la necesidad de que cada Estado disponga de una suficiente red de convenios, que además fueran redactadas según sus criterios homogéneos, constituyendo estos la vía más efectiva para evitar la doble tributación (p.35).

Antecedentes

Los primeros convenios que se desarrollaron con el objeto de buscar una solución al choque entre potestades tributarias datan de finales del siglo XIX. Sin embargo, muchos consideran que estos eran sumamente deficientes por cuanto, únicamente, trataban temas relacionados con la tributación de diplomáticos o trataban, vagamente, el principio de no discriminación, entre otros. En lo que respecta a este tema, varios autores señalan que el primer tratado internacional que se desarrolló con el objetivo de eliminar la doble tributación fue el convenio celebrado entre Austria-Hungría y Prusia en 1899. Sin embargo, este convenio fue considerado ineficiente, ya que distribuía la potestad tributaria entre Estados siguiendo un modelo que se utilizaba en épocas pasadas en países como Suiza y Alemania, sin tener en cuenta la realidad social e intereses económicos que verdaderamente se encontraban en juego.

En este contexto, un gran número de organizaciones internacionales han puesto énfasis en la necesidad de incorporar una extensa estructura de convenios internacionales elaborados con base en criterios similares. Estos convenios deberían combatir la doble tributación. Esta es la razón por la que esta herramienta se ha ido desarrollando implacablemente; e incluso, ha sido considerada como la más efectiva para sus efectos, pues se considera que las medidas unilaterales no abarcan todas las hipótesis que implica un problema de carácter internacional.

Así, la Sociedad de Naciones fue la primera organización que se dedicó al estudio del problema de la doble tributación. En 1920, se creó la Comisión Económica y

Financiera. En 1923, el Comité de los Cuatro economistas y el Comité de Expertos Fiscales. En 1925, se realizaron trabajos importantes sobre el tema, llegando a concluir que la mejor manera de combatir a la doble imposición era a través de la distribución de las potestades fiscales entre los países contratantes. Sin embargo, a pesar de estos avances, en realidad no se llegó a concretar como tal un acuerdo internacional en materia tributaria. Únicamente, la Sociedad de Naciones emitió tres modelos de convenios para contrarrestar la doble imposición en 1928; pero estos tampoco tuvieron éxito ya que se limitaron a analizar, únicamente, lo que se había señalado por parte del Comité Fiscal. Todo esto puso énfasis en el tema de la eliminación doble tributación. Tal fue su impacto que, incluso, ha llegado a ser el tema principal tratado por parte de organizaciones internacionales como la ONU, OCDE, Unión Europea, entre otras.

La importancia a nivel internacional que adquirió este tema hizo surgir los Convenios de Doble Imposición (CDI), los cuales buscan disminuir la carga tributaria que puede llegar a soportar un contribuyente al momento de efectuar inversiones extranjeras. Esto significa, a su vez, un beneficio económico para aquellos países que buscan atraer capital a sus territorios ya que, de manera general, los sujetos pasivos buscarán llevar a cabo sus actividades económicas dentro de países que mantengan una amplia red de convenios que permitan eliminar la doble imposición.

Estos convenios no buscan contravenir lo que se ha fijado dentro de la normativa interna de un Estado; más bien, buscan establecer condiciones que permitan -tanto al Estado de residencia como al Estado de la fuente- participar en la recaudación de impuestos. Por ejemplo, muchas veces dentro de los convenios se fija una tasa límite para que el Estado fuente pueda recaudar ciertas rentas que provengan de conceptos como los dividendos, otorgando, de igual manera, la posibilidad de que el Estado de residencia pueda gravar los mismos ingresos pero con base a un método que no interfiera con los pagos realizados en el otro Estado. Así, se mitigan los efectos de la doble imposición internacional:

Los convenios para evitar la doble imposición constituyen acuerdos bilaterales que se aplican con preferencia a las disposiciones de la legislación interna, modificando el régimen general de no residentes, bien determinando supuestos de no sujeción en virtud del reparto de soberanía tributaria entre los Estados firmantes o bien reduciendo los tipos impositivos aplicables para determinadas rentas (Herrán, 2000, p.23).

En virtud de lo mencionado, se puede deducir que lo que buscan principalmente los CDI es limitar la potestad tributaria de un Estado hacia un hecho imponible específico. Esto se puede hacer ya sea otorgando un derecho preferente de un Estado para gravar ciertas rentas por sobre otro Estado; o incluso, limitando totalmente la potestad de este último para someterlas a imposición. Herrán

(2000) considera que debido a que, muchas veces, las medidas unilaterales son insuficientes -pues no todos los Estados adoptan un mismo criterio de vinculación, lo que ocasiona un choque entre normas de varios ordenamientos jurídicos- se hace necesario que se determine sobre qué tipo de rentas o elemento patrimonial concreto podrá un Estado ejercer su potestad tributaria.

En este punto para conocer de forma concreta la forma en la que trabajan los Convenios de Doble Imposición Internacional es necesario realizar un análisis detallado de la categoría general a la que estos pertenecen que son los tratados internacionales, mismos que son de suma importancia para solventar problemas que surgen a nivel transnacional.

Tratados internacionales

Los tratados internacionales son considerados como la fuente primordial del derecho internacional. De estas normas, emanan elementos regulatorios que buscan resolver muchos de los problemas que se presentan transnacionalmente. Muchos doctrinarios consideran que los tratados internacionales son “la base de la diplomacia mundial” ya que, si bien es cierto, la globalización ha sido un factor que contribuye al crecimiento de muchos países, también ha hecho evidente las diferencias muy marcadas entre los Estados en ámbitos económicos, políticos, jurídicos, etc. Con estos acuerdos, se busca estructurar un régimen que permita a las sociedades convivir en un marco de armonía y paz a través de la regulación de las relaciones internacionales.

La vida de los tratados internacionales inicia con la intervención de varios territorios antiguos que se encontraban organizados políticamente y que consideraban necesario la regulación de las relaciones internacionales. Esta fue, a su vez, una base para destacar la importancia de la soberanía estatal. Los primeros indicios de la celebración de estos acuerdos los encontramos en imperios como el Persa o, incluso, el Romano, entre otros.

Entre los primeros tratados encontrados en la historia, están por ejemplo el celebrado en el año 2100 A.C. entre Lagash y Umma, Roma. Por otro lado, también se distinguen dos tipos de convenios: aquellos que permiten el mantenimiento de la paz dentro de su territorio con el Tratado de Ebro de 226 A.C.; y por otro lado, tenemos al Tratado de Dárdano que resolvía aspectos sobre el régimen militar de este imperio. Incluso, la iglesia católica tuvo protagonismo en la celebración de estos instrumentos al incorporar las llamadas cláusulas papeles que obligaban a las partes a cumplir con lo acordado. Este es el caso del Tratado de Alcázovas.

Con el pasar del tiempo y debido a la expansión de las relaciones internacionales se consideró que el siglo XX fue, realmente, el siglo de estos instrumentos por las siguientes razones:

1.- A partir de los tratados internacionales celebrados en aquella época, se permite la creación de nuevos sujetos de derecho internacional. Este es el caso de las organizaciones internacionales que, si bien fueron conceptualizadas ya en el siglo XIX como tales, en la época actual se estructuran, surgiendo así tanto la Liga de Naciones en 1919 y la Carta de San Francisco en 1945. Estos documentos fueron la base para la configuración de lo que se ha conocido como Sistema de Naciones Unidas. Este sistema se ha caracterizado por su estructura que se encuentra conformada por varios órganos, como por ejemplo, por la Corte Internacional de Justicia. O también, el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas que tiene un papel importante dentro de una sociedad globalizada y que busca regulaciones que se adecuen a las diversas realidades de los Estados.

2.- Por otro lado, en esta misma época, se consolidó la creación de normas de carácter internacional que, evidentemente, se adaptan a la realidad social que se evidencia en la época. Además, se da a conocer la importancia y la necesidad de suscribir convenios multilaterales que benefician a varios Estados a la vez. Así por ejemplo, tenemos el Tratado que regula las relaciones diplomáticas y consulares entre otros.

3.- A finales del siglo XX, el comercio internacional también fue objeto de preocupación, ya que al ir expandiéndose también se fueron creando normas que permitieron la conformación de lineamientos para la regulación del comportamiento de los involucrados. Así por ejemplo, tenemos el Tratado de Marrakech, con el cual se creó la Organización Mundial del Comercio.

Es importante señalar, también, que durante este período, la Comisión de Derecho Internacional realizó un gran trabajo al elaborar tres convenciones internacionales, que hoy en día son utilizadas como base para la resolución de conflictos. Así, tenemos la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que entró en vigencia el 27 de enero de 1980, la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en Materia de Tratados que entró en vigencia en 1996; y por último, la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados Celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales.

Así se puede concluir que el siglo XX fue la época de auge de los convenios internacionales ya que, no solo permitió la creación de organismos internacionales, sino que estos fueron dotados de personalidad jurídica. Con ello, se les permitió ser parte de acuerdos celebrados entre Estados. Además, se cuentan con órganos independientes y propios que, hoy en día, son fundamentales en el manejo de las relaciones internacionales.

Definición

Si bien resulta un tanto complicado establecer una definición de tratado internacional que abarque todos sus elementos, se mencionará aquellas que tengan mayor relevancia en el ámbito internacional. La doctrina española define los tratados de la siguiente manera: “La manifestación concordante de voluntades, imputable a dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinada a producir efectos jurídicos entre las partes, y regida por el ordenamiento jurídico internacional” (Gutiérrez, 1995, p.259). De esta definición se puede deducir cinco elementos necesarios para la configuración de estos instrumentos:

1.- Manifestación de voluntades: esta debe ser expresada de manera libre, aunque no es necesario que se concrete una manifestación simultánea de voluntades. Un tratado puede surgir a partir de una declaración unilateral de un país y, posteriormente, podrá ser aceptado por otro Estado.

2.- Celebración entre sujetos de Derecho Internacional: es necesario que participen del acuerdo dos o más partes, ya que las manifestaciones unilaterales únicamente generan obligaciones para quien las emitió, mientras no sea aceptada por la otra parte. Y segundo, hay que tener en cuenta que son sujetos de derecho internacional solamente los Estados y las organizaciones internacionales, ya que cuentan con personalidad jurídica internacional y, por lo mismo, solo estos podrán suscribir tales acuerdos.

3.- Producción de efectos legales: permite establecer el propósito de los tratados, los cuales generan obligaciones para todos los Estados miembros. A diferencia de otros actos que pueden celebrar los Estados, estos obligan a sus suscriptores. Lo que se busca con los tratados es regular alguna situación específica, para lo cual se puede crear disposiciones, modificar ciertas existentes o, incluso, eliminarlas.

4.- Regimiento del Derecho Internacional: existen varios acuerdos de índole comercial que celebran los Estados de acuerdo a su derecho interno; sin embargo, únicamente, los regulados por el Derecho Internacional son considerados como tratados en sentido estricto. De esta manera, se entiende que la doctrina ha llegado a definir los tratados como aquellos acuerdos celebrados entre Estados o, incluso, entre Estados y organizaciones internacionales. De manera más concreta, se trata de acuerdos de voluntades celebrados entre sujetos de derecho internacional que podría llegar a modificar la situación de derechos de todos aquellos que se encuentren sujetos a los mismos.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (2005) -en su artículo 2 literal a- lo define como: “Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (p.2). Para Linares (1992) un tratado internacional es: “Un instrumento donde se consignan disposiciones libremente pactadas entre

dos o más sujetos de Derecho Internacional con el fin de crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos” (p. 61).

Este último concepto ha sido criticado por gran parte de la doctrina, ya que se ha pensado que un requisito indispensable para celebrar un tratado internacional es que conste por escrito. Esto, por cuanto muchos consideran que los acuerdos verbales no tienen la misma fuerza para hacerse cumplir que los escritos. Sin embargo, en el caso internacional, los acuerdos verbales deben ser obligatoriamente cumplidos por las partes que lo suscribieron. Esto, en virtud del principio *Pacta Sunt Servanda* que se encuentra regulado en el artículo 26 de la Convención de Viena (2005) y, según el cual, todas las obligaciones adquiridas por los sujetos internacionales deben ser cumplidas de buena fe.

A pesar de lo manifestado, se considera que lo más adecuado es celebrarlos de manera escrita ya que esto permite probar la existencia del mismo, mientras que cuando se trata de convenios verbales todo se debe remitir a lo señalado por el derecho consuetudinario. En virtud de estas definiciones, se ha llegado a concretar que estos instrumentos surgen como consecuencia de la expansión de las relaciones internacionales que se han llegado a forjar con el paso del tiempo. Esto ha hecho que estos instrumentos sean considerados como la máxima fuente productora de normas que buscan resolver ciertos problemas que surgen por causa de la globalización.

Clasificación de los tratados internacionales

Los tratados internacionales pueden clasificarse de manera diferente dependiendo de la corriente doctrinaria que se analice. Sin embargo, Díez de Velasco (2005) considera que se puede fijar cuatro parámetros básicos de clasificación: 1.-Por el número de partes contratantes; 2.-Por su grado de apertura o participación; 3.-Por la materia objeto del tratado; 4.-Por la naturaleza de los sujetos que intervienen; 5.- Por su duración.

El número de partes contratantes alude a los sujetos de derecho internacional guiados por los tratados plurilaterales o multilaterales. Muchas veces, se señala un número determinado de Estados que podrán intervenir. El grado de apertura a la participación depende de los acuerdos abiertos, cerrados y semicerrados. El primero permite que cualquier sujeto internacional se una a la suscripción del convenio en todo momento. En cambio, serán cerrados cuando no se admita la posibilidad de participación más que de aquellos Estados que estructuraron el convenio inicialmente. Por último, serán semicerrados cuando se permite que solamente ciertos países puedan adherirse a un acuerdo, ya sea porque así se lo señaló dentro del documento o también porque muchas veces se solicita la participación de países específicos.

Por la materia objeto del tratado, se permite que sea larga la lista de los tipos de tratados internacionales que podemos encontrar. Existen aquellos elaborados para regular materia económica, política, social, tributaria, etc. Por ejemplo, muchas veces podemos encontrar tratados de carácter contractual que buscan regular la situación de un negocio jurídico en específico y que se haya creado conjuntamente con otros Estados. O también, podemos encontrar tratados normativos que buscan desarrollar disposiciones que permitan controlar las actuaciones de los Estados miembros. Así también, en materia fiscal existe una larga lista de convenios que se han suscrito. Por ejemplo, aquellos convenios que buscan eliminar la doble imposición internacional. O también, convenios que regulan específicamente ciertos elementos, como las rentas inmobiliarias, rentas de empresas, etc.

Por la naturaleza de los sujetos que intervienen encontramos tratados celebrados específicamente entre Estados, o entre Estados y organizaciones internacionales; o únicamente, entre organizaciones internacionales. Así también, por su duración se clasifican en determinados e indeterminados. Los determinados señalan un tiempo específico durante el cual tendrá vigencia aquel convenio y una vez vencido el mismo, este se extinguirá. Por otro lado, tenemos a aquellos de duración indeterminada, salvo que cualquiera de las partes lo denuncien.

Conforme a lo expuesto -y para adentrarnos en el análisis específico de los Convenios de Doble Imposición- es importante señalar que todas estas características identificadas son aplicables a la gran diversidad de tratados internacionales que encontramos. Dentro de estos, están los CDI que -como ya lo mencionamos anteriormente- han sido considerados como las medidas más efectivas para contrarrestar la doble tributación.

Convenios de doble imposición internacional

En materia fiscal, la fuente más importante para regular este tema son los tratados internacionales. Específicamente, los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional se constituyen para regular el tratamiento que se les da a las rentas y al patrimonio de los contribuyentes. Incluso, algunos de estos convenios buscan evitar la evasión tributaria a través del intercambio de información entre Estados.

Este estudio apoya la doctrina que argumenta en que los CDI son acuerdos de voluntades celebrados entre dos o más países con el objeto de eliminar la doble tributación a través de la renuncia de parte de su soberanía tributaria. Esta concepción permite identificar cuál es la naturaleza jurídica de estos instrumentos, ya que se trata de acuerdos que -una vez que han pasado por un proceso de negociación y suscripción previa- llegan a formar parte del ordenamiento jurídico de los Estados contratantes.

En virtud de la clasificación presentada por Diez de Velasco (2005) en párrafos anteriores respecto a los tratados internacionales en general, se puede determinar qué elementos son aplicables a los CDI. De esta manera, en un primer momento y respecto al criterio sobre las partes que pueden celebrar un tratado, en el caso de los CDI, encontramos tanto a aquellos bilaterales y multilaterales. Ese es el caso del Convenio celebrado entre el Ecuador y Chile. De igual manera, encontramos la Decisión Nro. 578, Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en la Comunidad Andina.

Respecto a esta categoría, varios autores han considerado que en materia tributaria únicamente los tratados bilaterales son importantes. Así lo expresa Buhler (2012) cuando señala que este tipo de instrumentos han sido mayormente desarrollados por haber presentado gran eficiencia. Esta postura, evidentemente, deja de lado los convenios multilaterales que, en realidad, no han podido concretarse por varias razones que se expresarán a continuación.

En un inicio, la necesidad de elaboración de convenios de carácter multilateral fue ya manifestada en el 5to Congreso de Tokio de 1955 por parte de la Cámara Internacional de Comercio. Este organismo pidió que se analizara la posibilidad de elaboración de un instrumento que se pueda aplicar de manera uniforme en varios países. De igual forma, en 1962 se expresó en el Informe de Neumark. Sin embargo, el Comité Fiscal y Financiero en 1960 consideró que, únicamente, la OCDE era la entidad competente para analizar esta posibilidad debido a los profundos estudios que esta organización ya había realizado con anterioridad. Expresó que, si bien la elaboración de un convenio de carácter multilateral podría traer varios beneficios, su aplicación podría tornarse complicada por la dura realidad que se vivía en aquella época.

Sin embargo, no descartaron la posibilidad de que este tipo de instrumento se aplique entre países miembros quienes podrían hacer uso del modelo de convenio de 1977 que presentó la misma organización. Esto tampoco tuvo éxito por la dificultad que implicaba el armonizar las legislaciones fiscales de cada país. Por esta razón, pocos e insuficientes han sido los intentos en materializar esta idea. Como ejemplo, podemos mencionar el Convenio celebrado entre Austria, Hungría, Italia, Polonia, Yugoslavia y Rumanía que estuvo vigente en el año 1926 y fue suscrito únicamente por dos países.

Por todo lo mencionado, se considera que en nuestros días cabe más la aplicación de los convenios bilaterales antes que la de los multilaterales. Los convenios bilaterales celebrados entre Estados, generalmente, no presentan diferencias muy definidas ya que adoptan un modelo de convenio para poder elaborarlo. Así, contamos con modelos de convenios elaborados tanto por la OCDE como por la ONU.

Respecto al segundo segmento, en virtud del cual se clasifican los tratados según la posibilidad de participación, se puede deducir que si hablamos de CDI bilateral

nos encontramos frente a un acuerdo de carácter cerrado. Que dos Estados lo hayan suscrito impide la incorporación de un tercero. Mientras que, si se trata de multilaterales, podemos referirnos a aquellos de carácter semicerrado, ya que existe la posibilidad de que países que se encuentren dentro de una misma región puedan incorporarse a un acuerdo posteriormente.

En torno a la materia objeto del acuerdo, se puede deducir que los CDI son de carácter normativo ya que regulan diversos aspectos que permiten a los Estados evitar la doble tributación. Por último, se puede considerar que los CDI -de manera general- son de carácter indefinido. Es decir, durarán hasta que cualquiera de las partes lo denuncie. Esta última característica suele estar plasmada, específicamente, dentro de los convenios; y como ejemplo tenemos el artículo 30 del convenio celebrado entre Ecuador y España (1993) que señala lo siguiente:

El presente Convenio permanecerá en vigor en tanto no sea denunciado por un Estado Contratante. Cada Estado Contratante podrá denunciar el Convenio, por vía diplomática, con un preaviso mínimo de seis meses antes del fin de cada año natural, a partir del quinto año siguiente a aquel de su entrada en vigor (p.22).

Ventajas de los CDI

Como bien se ha mencionado en líneas anteriores, los CDI buscan principalmente determinar cuál de los Estados intervinientes en una actividad económica tendrá el derecho exclusivo de gravar las rentas procedentes de esta. O incluso, estos podrán fijar ciertos límites sobre aquella imposición para evitar así que un contribuyente tenga que pagar dos veces por un mismo concepto de renta. Así, la suscripción de CDI trae consigo ciertos beneficios que se pueden enmarcar desde una perspectiva jurídica, política y económica, teniendo así a los siguientes:

Desde una perspectiva jurídica, los CDI permiten fijar límites justos y equitativos a la soberanía fiscal de los Estados participantes. Así, se determina qué tipo de rentas podrá gravar cada uno. Esto conlleva a la generación de un sistema tributario estable y, a su vez, otorga seguridad jurídica a los inversores extranjeros, ya que estos instrumentos determinan de forma clara cuáles son los mecanismos que se utilizarán para eliminar la doble tributación. Así, un Estado atraerá capitales del exterior, que aportan a su economía.

Desde un punto de vista político, los convenios se suscriben bajo principios de reciprocidad y buena fe. Esto forja relaciones políticas que permiten que, a su vez, los Estados desarrollen acuerdos sobre varios temas de importancia social. Desde un punto de vista económico, en cambio, el crecimiento de niveles de inversión directa es evidente, toda vez que al contar con un régimen fiscal estable muchos países se vuelven atractivos para los inversionistas. Esto, consecuentemente,

permitirá el incremento de las actividades comerciales a través del intercambio de bienes y servicios, lo cual implica mayores oportunidades de empleo, entre otros.

Por último, pero no menos importante, es que los convenios -de manera general- cuentan con cláusulas que regulan el intercambio de información por parte de los países involucrados. Esto permite que los sistemas tributarios de cada país mantengan un control adecuado de las actividades económicas que se desarrollan y, de esta manera, eviten prácticas como la evasión y elusión fiscal (Maruenda, 2016).

Espontáneo (por iniciativa de un Estado que suministra la información sin demanda previa, al otro Estado), previa solicitud (por petición expresa de un Estado al otro Estado) o automático (en base a un acuerdo previo, para las informaciones y con el calendario que se pacten de antemano) (p.s.n).

Un ejemplo de esta cláusula lo encontramos en el artículo 27 del Convenio de Doble imposición celebrado entre la República del Ecuador conjuntamente con Italia (1990), en virtud del cual se señala lo siguiente:

Las autoridades competentes intercambiarán las informaciones necesarias para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio, o en el Derecho Interno de los Estados Contratantes relativo a los impuestos comprendidos en el Convenio en la medida en que la imposición exigida por aquel no fuera contraria al Convenio (p.26).

De esta manera, los CDI permitirán la armonización entre las legislaciones tributarias de los Estados, construyendo un sistema equitativo que beneficie a ambas partes. Sin embargo, no se debe dejar de lado el hecho de que los Estados, al sacrificar su potestad tributaria, en ciertos casos, también generan pérdidas económicas. A pesar de esto, se debe enfatizar que este hecho no es del todo negativo, ya que estos convenios al promover oportunidades económicas atractivas para sus contribuyentes, consecuentemente, atraerán nuevos capitales que de alguna forma terminarán cubriendo las pérdidas iniciales.

Estructura de los CDI

Respecto a la estructura de los CDI, de manera general, estos toman como referente a los Convenios Modelos de la OCDE y de la ONU, puesto que se organizan de manera muy similar (Montaño 1999). Todos estos instrumentos están constituidos por las siguientes partes: ámbito de aplicación subjetivo, definiciones generales, métodos para evitar la doble imposición y disposiciones especiales. Estos elementos tienen como objetivo otorgar una solución a los problemas de índole tributaria que puedan presentarse entre los países contratantes.

Para esto, se debe determinar el ámbito de aplicación del mismo, identificando a las personas sujetas a estas disposiciones así como las rentas que serán reguladas. Entre estas, los rendimientos inmobiliarios, beneficios empresariales, beneficios derivados de navegación marítima, dividendos, intereses, entre otros. También, se deberá contar con conceptos claros sobre ciertos elementos que permitirán fijar la potestad tributaria. Por esto, se definen conceptos como ‘establecimiento permanente’ o lo que implica ser ‘residente’. Por otro lado, los CDI también desarrollan la forma en la cual se repartirán las potestades tributarias de acuerdo a los criterios ya fijados dentro del convenio.

Posteriormente, se deberá mencionar los mecanismos que se utilizarán para eliminar o atenuar la doble tributación. A continuación, dentro del apartado en el que constan “disposiciones especiales”, se desarrolla ciertos principios en los que se fundamentan estos convenios: la no discriminación, garantía de que los contribuyentes de un Estado reciban un tratamiento tributario idéntico y en mismas condiciones económicas a los propios del Estado contratante. Además, se fijarán las pautas de un procedimiento amistoso en virtud del cual se pretende resolver las controversias que puedan llegar a surgir entre los suscriptores del convenio sin que exista la necesidad de concurrir a ámbitos judiciales. Por último, se determinará el contenido del principio de intercambio de información entre las administraciones fiscales que permitirá tener un control de las actividades económicas desarrolladas dentro de cada Estado.

CDI celebrados por el Ecuador

Muchos países de América Latina han celebrado varios convenios para evitar la doble imposición internacional. Así tenemos a Argentina, Chile, Bolivia, Colombia, Ecuador, México, entre otros. Maldonado (2016) anota que: “Actualmente, hay alrededor de 223 Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI), firmados y vigentes en la región. Asimismo, hay cerca de 39 CDI firmados que no han sido aprobados o aún no concluyen los procedimientos de aprobación” (p.7).

El primer convenio suscrito por el Ecuador en esta materia fue celebrado el 3 de mayo de 1981. Tuvo como parte contratante a la República Argentina y trataba la doble imposición respecto al transporte aéreo. Este convenio comenzó a regir en 1983. Hasta la actualidad, el país ha suscrito veintiún convenios para evitar la Doble Imposición Internacional, de los cuales veinte son de carácter bilateral y uno de tipo multilateral, suscrito entre los miembros de la Comunidad Andina de Naciones que en sí se desarrolló teniendo como base al Modelo Convenio de la ONU. Este convenio se acoge al criterio de la fuente y por el cual el contribuyente únicamente deberá tributar en el país en donde obtuvo sus ingresos sin importar otros elementos subjetivos. Estos números permiten evidenciar que el Ecuador se ha comprometido a buscar una solución a este problema. De acuerdo

a los estudios realizados por la CIAT, existen países como Guatemala, Honduras, Nicaragua y el Salvador que no han suscrito ningún acuerdo sobre esta materia. La tabla 1 contiene una síntesis de los convenios para evitar la doble imposición que se han celebrado entre Ecuador y otros países:

Tabla 1

Convenios para Evitar la Doble Imposición Suscritos por el Ecuador

| País | Inicio de aplicabilidad |
|------------------|--------------------------------|
| Alemania | 1987 |
| Argentina | 1983 |
| Belarús | 2018 |
| Bélgica | 2005 |
| Brasil | 1989 |
| Canadá | 2002 |
| Chile | 2005 |
| China | 2015 |
| Corea | 2014 |
| España | 1994 |
| Francia | 1993 |
| Italia | 1991 |
| Japón | 2020 |
| México | 2002 |
| Qatar | 2019 |
| Rumanía | 1997 |
| Rusia | 2019 |
| Singapur | 2016 |
| Suiza | 2016 |
| Uruguay | 2013 |
| Comunidad Andina | 2005 |

Fuente: Servicio de Rentas Internas (2005)

Celebración de CDI

Respecto a la celebración de estos convenios, es necesario tener en cuenta que existen varias etapas previas que se deben cumplir. En un primer momento, los Estados que buscan forjar relaciones con otros países, con el objetivo de solventar algún problema en común, manifiestan su interés por asociarse entre ellos para enfrentar esa situación. De manera general, son los presidentes de los Estados quienes a través de sus delegados inician una etapa de negociación para acordar aspectos relevantes sobre el tema. Posteriormente, los representantes de los países se reunirán para analizar la normativa tributaria que rige dentro de sus territorios, con el objetivo de identificar los problemas que puedan suscitarse. Una vez identificados estos, los países determinan cuáles son las soluciones más adecuadas y cuáles vendrían a ser las obligaciones de cada Estado. Una vez cumplidas todas las etapas anteriores, se redacta el texto en los términos acordados por las partes para su adopción. Por último, se da paso a la autenticación del texto que no es más que el acto en virtud del cual los Estados contratantes dan fe de que el contenido del documento fue realmente lo que se negoció entre las partes, concluyendo con la firma de los presentes.

Verificadas todas estas etapas y para que entre en vigencia el tratado, es necesario que este sea ratificado por las partes. En el caso del Ecuador el artículo, 418 de la Constitución de la República señala que será el Presidente de la República podrá ratificarlos para su posterior canje o depósito, únicamente, diez días después de que haya informado a la Asamblea Nacional sobre el carácter y contenido del mismo.

Una vez ratificado el tratado, este entrará en vigencia; y como menciona el Manual CIAT de Control del Planteamiento Tributario Internacional (2007), estos instrumentos se constituirán en normas jerárquicamente superiores a las leyes internas de cada país. Esta cuestión se encuentra respaldada en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador.

Modelos convenios de doble imposición

Antecedentes históricos

Los Modelos Convenios desarrollados por la comunidad internacional fijan pautas que pueden seguir los Estados contratantes para suscribir, posteriormente, CDI bilaterales. Con esto, se facilita la negociación entre los mismos. Es importante mencionar que estos documentos no son vinculantes en sí, ya que únicamente sirven como guías para orientar a los países sobre la forma en la que sus futuros convenios pueden ser redactados. Estos últimos sí son vinculantes para las partes.

El desarrollo *per se* de los Modelos de Convenio se remonta al siglo XX. Muchos consideran que fue el convenio celebrado entre Reino Unido y Suiza en 1872 el primero en materia fiscal. Sin embargo, fue la Sociedad de Naciones la organización que, frente al problema de la Doble Tributación, decidió crear un Comité Financiero para que se encargue de elaborar un modelo convenio estándar. En 1925, este Comité -conjuntamente con el Comité Fiscal conformado por varios representantes de diversos Estados- concluyó en que la solución a este problema era, únicamente, la distribución equitativa del poder tributario para gravar ciertas rentas entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente.

Así, se elaboraron varios borradores de modelos; pero, únicamente, se aprobaron el Modelo Convenio de México de 1946 y el Modelo de Convenio de Londres de 1946. Estos, si bien no fueron aplicados estrictamente, fueron los primeros en fijar las pautas que posteriormente serían desarrolladas en los siguientes modelos que han trascendido. Ejemplos de ello, son el Modelo de la OCDE y el de la ONU. Sin embargo, estos primeros documentos ponían en evidencia lo complicado que era para los Estados contratantes el tener que limitar su poder tributario para, de esta manera, poder solucionar los efectos negativos de la doble imposición internacional.

La elaboración de un modelo convenio multilateral no fue considerado como una opción por parte de la Sociedad de Naciones como parte de la solución para eliminar la doble tributación. Una solución bilateral para este problema de carácter internacional podría aportar de manera más efectiva a este tema, puesto que esta se adaptará de manera más fácil a las condiciones que rigen dentro de las administraciones tributarias de cada país. Por esta razón, la Sociedad de Naciones prefirió elaborar un modelo básico que sirva como pauta para los Estados. Así, los modelos convenios fueron un aporte de las organizaciones internacionales que buscaban elaborar una estructura con un contenido claro y efectivo, que permitiera hacer frente a los problemas de doble tributación y que sirviera de complemento a los convenios bilaterales.

Modelo OCDE

En 1958 la Organización Europea de Cooperación Económica ordenó que se desarrollara un primer borrador de CDI. Sin embargo, esta organización fue oficialmente sustituida por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico OCDE; y fue esta quien elaboró el primer “Proyecto de Convenio para evitar la doble imposición internacional en materia del impuesto a la renta y patrimonio” en 1963. De manera general, este convenio, únicamente, buscaba solucionar el problema de la doble tributación beneficiando a los países desarrollados. El modelo se fundamentaba en el criterio de vinculación de la residencia, lo cual implicaba que los contribuyentes deberán tributar en su país de residencia por las rentas obtenidas en el extranjero. Esto significa un sacrificio tributario para el país generador de estas rentas.

Este proyecto fue aceptado a tal grado que, incluso, países que no pertenecían a esta organización decidieron acogerlo como una herramienta para que dirija las negociaciones internacionales de estos. Este proyecto sobresalió, primero, porque se elaboraron comentarios a cada uno de sus artículos, facilitando su aplicación e interpretación. Además, también se lo reconoció por su flexibilidad, ya que a la hora de eliminar la doble imposición, permite que los Estados -de acuerdo a sus intereses- escojan entre el método que les sea más conveniente, ya sea el de imputación o el de exención.

A pesar de todos estos avances este proyecto de modelo todavía no se encontraba estructurado de tal manera que pudiera adaptarse a la realidad económica que se vivía en el mundo ya que el proceso de globalización y los diversos fenómenos económicos fiscales que surgían y el crecimiento del comercio internacional en el tiempo contribuyeron a la modificación de este documento, por lo que fue sujeto a modificaciones dado lugar al nacimiento del Modelo Convenio de la OCDE en 1977, el cual se fue actualizando de manera constante desde 1992 únicamente en aspectos que requerían ser revisado por los cambios de contextualización mundial, sin tener que modificar el documento en su totalidad.

A partir de esto, el documento ha sido objeto de actualizaciones. Se han desarrollado las versiones siguientes: la de 1994, la de 1995 que únicamente modifica ciertos elementos relacionados con la cláusula de hermenéutica del CDI, la versión de 1997, la del 29 de abril de 2000 que se caracterizó por incorporar términos como “empresa” y “negocios” facilitando la aplicación de convenio. En esta última, además, se eliminó el artículo que regulaba el tema de las rentas provenientes de servicios personales independientes. En su lugar, se habla de aquellos ingresos obtenidos a título de beneficios empresariales. Como consecuencia de este cambio, se sustituyó los llamados “rendimientos de trabajo independiente” por las “rentas del trabajo”.

Hubo actualizaciones, también, en el año 2010 y 2014. Este último se constituyó como un modelo rector en cuanto al manejo de problemas relacionados con el avance de la tecnología. De manera concreta, desarrolló el comercio electrónico que tuvo su auge en esa época. Asimismo, consideró otros problemas de índole digital que se presentaban. La última modificación que encontramos fue la de 2017 que, únicamente, cambió ciertos elementos formales dentro de los comentarios que se hacían a cada uno de los articulados para facilitar su comprensión y aplicación.

Modelo ONU

Si bien el Modelo de la OCDE resultaba atractivo para los países exportadores de capital, los países en vías de desarrollo no lo veían como una herramienta que sirviera a sus intereses. Por esto, la ONU -a través del ECOSOC- decidió intervenir para buscar una solución a la doble tributación y otros problemas de índole

fiscal. Así pues, una vez que terminó la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas sustituyeron la Sociedad de Naciones, misma que buscaba realizar acciones tendientes a garantizar la paz a nivel mundial. Así, el 4 de agosto de 1963, mediante Resolución 1273, el ECOSOC decidió crear un Grupo de Expertos denominado en un principio Grupo de Expertos sobre Acuerdos Fiscales entre Estados Desarrollados y en Desarrollo. Sus integrantes eran expertos en temas fiscales designados por los gobiernos de los países participantes.

Sin embargo, en general, estos expertos tomaban las decisiones con base en sus intereses personales y no como representantes de una nación. Con estos antecedentes, en 1980, este grupo se amplió y pasó a denominarse Grupo *Ad Hoc* de Expertos sobre Cooperación Internacional en Materia Tributaria. En 2004, llegó a denominarse Comité de Expertos Sobre Cooperación Internacional en Materia Tributaria. Este comité se encontraba conformado por 10 personas, quienes representaban a países desarrollados, y 15 personas más, quienes acudían en nombre de los países en vías de desarrollo. Así se pudo verificar la pluralidad que caracteriza a este modelo.

Estos representantes, no solamente buscaron la forma más adecuada para facilitar la celebración de tratados fiscales entre países cuyas economías eran contrapuestas, sino que también llegaron a buscar los mecanismos más efectivos que permitiesen la cooperación entre Estados en materia tributaria a través del desarrollo de un Modelo Convenio que se ajustara a las necesidades de los Estados contratantes. Este proceso tuvo como resultado la Convención Modelo de las Naciones Unidas publicada en 1980 y que tuvo como objetivo principal el facilitar la negociación y suscripción de convenios para eliminar la doble imposición internacional entre países desarrollados y en desarrollo. Esto sucedió en medio de un gran escepticismo ante estas medidas, por cuanto las consideraban perjudiciales para su economía.

Este modelo se elaboró teniendo como base el Modelo de la OCDE, por lo que su estructura es casi similar a la de ella; pero con unas pequeñas variaciones que permiten a los Estados importadores de capital obtener ciertos beneficios a partir de las negociaciones internacionales (Maldonado, 2016). Una de las diferencias que encontramos es que este Modelo no habla sobre la “extensión territorial” a la que hace mención el artículo 29 del Modelo de la OCDE.

Este Modelo Convenio también ha sido sujeto de modificaciones con el paso del tiempo. Así encontramos una versión en 1999. Otra -y la más importante- es la de 2011, en la que se amplió el contenido de varios artículos. Por ejemplo, el Art. 13 habla sobre las ganancias de capital. Incluso, se incorporó al arbitraje como una herramienta obligatoria y vinculante cuando las controversias no pudieran arreglarse mediante un acuerdo entre las partes. La última modificación que se ha verificado la encontramos en el año 2016. En ella se puede identificar los comentarios desarrollados más profundamente.

En torno a lo mencionado, es importante recalcar que tanto el MC de la OCDE como el de la ONU se encuentran desarrollados en virtud de ciertos comentarios realizados para facilitar la aplicación de sus artículos. Ambos modelos son constantemente analizados por parte de sus Comités de Expertos respectivos y buscan ir acomodándose, constantemente, a las realidades económicas que se vayan presentando con el tiempo.

Modelo de la Comunidad Andina de Naciones

Si bien los Modelos Convenio de la OCDE y la ONU en mayor medida son considerados por los Estados como referentes para la suscripción de convenios bilaterales, también existen países que han elaborado sus propios modelos. Este es el caso de los Estados Unidos. En la misma línea, encontramos el convenio celebrado entre los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

El 26 de mayo de 1960, los representantes de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú se reunieron en Quito y firmaron el Acuerdo de Cartagena en virtud del cual se consagró la formación de la Comunidad Andina. Con ella, se buscaba fomentar las relaciones económicas y sociales fundadas en el respeto de principios de solidaridad, igualdad, democracia entre los países miembros. Su objetivo era garantizar un nivel de vida adecuado para sus ciudadanos. En 1973 Venezuela decidió suscribir el Acuerdo de Cartagena; sin embargo, en 2006 se separó de este ya que discrepaba en torno a los acuerdos de libre comercio que celebraron varios países miembros con los Estados Unidos. Igualmente, Chile dejó de pertenecer a esta comunidad en 1976.

En este contexto, la búsqueda de una solución regional para enfrentar la doble imposición internacional se vio reflejada en 1972 cuando los países miembros de la CAN acordaron la expedición de la Decisión 40 del Acuerdo de Cartagena denominada "Aprobación del convenio para evitar la doble tributación entre los Países Miembros y el Convenio Tipo para la celebración de acuerdos sobre doble tributación entre los Países Miembros y otros Estados ajenos a la Subregión". Este convenio se estructuraba en dos anexos: uno aplicable para los países miembros; y otro aplicable entre los mismos y otros Estados que se encuentren fuera de la región. Este modelo utiliza como vínculo tributario el criterio de la fuente de obtención de los ingresos.

La aplicación de este modelo por parte de países latinoamericanos ha sido muy escasa. Esto es así, al punto de que, únicamente, podemos mencionar como referente el convenio celebrado entre Argentina y Bolivia. Principalmente, esto se debe a que muchos consideran que este modelo no fue sometido a constantes análisis ni actualizaciones, lo cual lo convirtió en un modelo poco flexible ya que no se lo había adaptado a la realidad económica, social y comercial que enfrentaban los países miembros y que variaba conforme avanzaba el tiempo. Incluso, por esta razón, muchos países prefirieron aplicar otros Modelos Convenios que sí se ajustaran a sus necesidades.

Todas estas críticas conllevaron a que, en 2004, los miembros de la CAN adoptarán la Decisión 578 denominada “Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal”. Este régimen dejaba sin efecto a la Decisión 40 y se encuentra vigente desde 2005 hasta la fecha. Como se ha manifestado, es evidente que los Modelos Convenios son diversos; sin embargo, los objetivos que persiguen y sus bases son exactamente iguales: todos buscan evitar la doble tributación. La ven como un aspecto que no permite que se desarrolle el comercio fuera de los límites territoriales. Sin embargo, estos pueden estructurarse de manera diferente.

Métodos para la eliminación de la Doble Imposición Internacional

En este apartado, como primer punto, se desarrollará doctrinariamente el concepto general de lo se conoce como métodos para eliminar la doble tributación. Posteriormente, y para lograr una mayor comprensión de los mismos, se plantearán casos prácticos que nos permitan ilustrar la forma en la que estos operan para que en el siguiente capítulo podamos verificar qué métodos han sido incorporados dentro de la legislación interna y convencional del Ecuador.

Concepto General

Para comenzar a analizar los diversos métodos que han incorporado las legislaciones tributarias con el fin de eliminar los efectos de la doble imposición, es importante recalcar que estos no buscan evitar que se origine una superposición de soberanías fiscales. En realidad, tienen como objetivo más bien atenuar sus efectos. Al respecto, la doctrina señala que tanto el método de exención como el de imputación, que han sido los más difundidos, no evitan que se presente una yuxtaposición de soberanías fiscales. En principio, como ya mencionamos, esto solamente se lograría a través de un consenso mundial que permita repartir la potestad tributaria entre varios Estados para que estos mantengan derecho a gravar determinadas rentas. Este objetivo viene siendo un ideal, ya que ningún Estado permitirá que su soberanía fiscal sea sacrificada. Más bien, estas medidas se aplican una vez que este fenómeno ha tenido lugar, con el objetivo de reparar los efectos perjudiciales que tendrán que soportar los contribuyentes expuestos a este fenómeno. Al respecto, Calderón (2010) menciona que:

En el estado actual de las cosas lo más coherente y practicable viene dado por la introducción con carácter general de mecanismos de corrección de los efectos de este fenómeno, en tanto las técnicas que podrían idearse para suprimir la doble imposición en origen distan mucho de resultar factibles a nivel mundial debido a la falta de consenso en esta materia. Únicamente podría articularse esta alternativa a través de convenios internacionales entre dos o más Estados (p.363).

En virtud de la autonomía que rige la identidad de los Estados, por un lado, estos pueden incorporar el método que más se adecue a su realidad dentro de su legislación interna; y por otro lado, también los convenios o tratados internacionales -ya sean bilaterales o multilaterales- incorporarán dentro de su contenido una cláusula en la cual se defina el método a ser utilizado por los Estados suscriptores del mismo. En ambos casos, estas regulaciones tendrán el mismo efecto. En esta misma línea, y a pesar de que los Estados tienen la libertad de seleccionar el método que más crean conveniente, la gran mayoría se inclina por el uso de los métodos señalados en el Modelo Convenio de la OCDE el cual limita el número de métodos utilizables basados en cada principio directivo. Estos métodos son los que han sido los más difundidos a nivel mundial. Son los siguientes: método de exención o reparto, método de crédito fiscal o imputación, cada uno con su clasificación respectiva, y el método de deducción.

La doctrina internacional considera que los métodos son la verdadera solución a este problema que busca ser combatido por un sinnúmero de Estados; pues, sus efectos negativos condicionan el crecimiento económico de los mismos. Corona (2002) define estos métodos como: “Técnicas o mecanismos de orden tributario que se aplican para evitar el problema de la doble imposición” (p.239). Estas técnicas buscan que determinadas rentas sean gravadas por un solo Estado, el cual generalmente es de la fuente. Con esto se trata de limitar al Estado de residencia el cual deberá renunciar -de manera total o parcial- a someter a imputación a las mismas; y por lo mismo, deberá ser quien fije el método a usarse.

El Modelo Convenio de la OCDE, como ya lo mencionamos, por un lado, hace énfasis en la aplicación del método de exención; y por el otro, en el método de crédito tributario. Sin embargo, al ser este únicamente un referente para la celebración de tratados internacionales, los Estados podrán decidir hacer uso de otros mecanismos que solventen de mejor manera sus necesidades. Al respecto, el Modelo Convenio de la ONU (2011) en su artículo 23 señala que “El método usado por un país para impedir la doble tributación depende primordialmente de su política fiscal general y de la estructura de su régimen tributario”. Con todo lo mencionado, se pasará a realizar una explicación conceptual de cada uno de los métodos más utilizados mundialmente. Posteriormente, se los desarrollará de manera práctica.

Método de exención

También conocido como “método de reparto”, según Vallejo y Gutiérrez (2003) “...implica una distribución del gravamen entre el Estado de la residencia y el Estado de la fuente, al limitar el primero a través de la exención, de su soberanía tributaria” (p.29). Borderas y Moles (2008), en su obra *Derecho Tributario Internacional*, con base en este mecanismo mencionan que: “...se grava exclusivamente en uno de los países, quedando exenta en los restantes” (p.53). Es decir, el Estado

de residencia excluye de su base imponible todas las rentas de fuente extranjera evitando así un choque entre jurisdicciones fiscales. Por medio de este método, el Estado en el que reside un contribuyente específico renunciará a su derecho a someter a imposición de todas las rentas que este haya obtenido en otro país, ya que se suponen gravadas por este último. Es decir, solo este último podrá ejercer su poder impositivo.

En virtud de lo mencionado, el Estado de residencia deberá limitar su soberanía tributaria con independencia de que el derecho a gravar sea o no ejercido de hecho por el otro Estado. Es decir, deberá renunciar a su derecho a recaudar ciertos impuestos cuando estos sean obtenidos por sujetos pasivos que hayan desarrollado actividades económicas en el extranjero. Este elemento se fundamenta en el principio de reciprocidad ya que, si un Estado declara exentas ciertas rentas a favor de otro país, espera que estos en un futuro actúen en beneficio de los primeros.

En concordancia con los autores citados en el párrafo anterior, Montaña (1999) observa que esto:

Tiene que ver con el perdón que otorga el país exportador de la inversión, del impuesto a la renta al contribuyente respecto de los ingresos percibidos en el exterior. Es así que se faculta al país receptor de la inversión para que sea el titular del derecho a cobrar los impuestos que correspondan de conformidad a su legislación nacional. Los países gravan las rentas obtenidas en su territorio y perdonan en forma total o parcial las que se obtengan en el extranjero. Si ocurre una exención total, el mecanismo traduce la aplicación del principio de la fuente (p.87).

Sobre la adopción de este método como una medida para combatir la doble imposición muchos autores consideran que este favorece, en gran medida, a aquellos países en vías de desarrollo, que siempre han buscado diversos mecanismos para atraer inversiones hacia sus territorios. Mientras que aquellos países exportadores de capital ven, muchas veces, en este un perjuicio porque genera pérdidas millonarias en su recaudación tributaria.

Método de exención integral

El método de exención se manifiesta a través de dos formas de aplicación. Al respecto, Carrasco (2009), en su artículo “Doble imposición y métodos para su eliminación”, menciona las variantes de este método. Por un lado, encontramos a la exención integral o simple; y por otro lado, tenemos a la exención con progresividad. Sobre la primera modalidad, los autores Borderas y Moles (2008) observan que se “dejan exentas las rentas de fuente extranjera sin integrarlas en la base imponible del contribuyente en el país de residencia” (p.55). Conforme lo mencionado, se puede deducir que -en virtud de este mecanismo- el contribuyente



no tendrá que tributar en su país de residencia por la totalidad de las rentas obtenidas en otro Estado.

Por otro lado, el Estado de residencia -a más de no gravar esos ingresos- tampoco los tomará en cuenta para determinar el tipo de impuesto aplicable a las rentas nacionales del mismo contribuyente. Es decir, únicamente el Estado fuente podrá gravar las rentas obtenidas en su territorio. De manera más ejemplificativa, los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE (2010) explican este método de la siguiente manera:

La renta imponible en el Estado E o F no la toma en cuenta de ninguna forma el Estado R a efectos impositivos; el Estado R no está legitimado para computar la renta así exenta cuando determina el impuesto a percibir sobre el resto de la renta; este método se denomina integral (p.321).

Este método se encuentra desarrollado en el artículo 23 A1 del Modelo de Convenio de la OCDE (2010) y señala lo siguiente:

Cuando un residente de un Estado contratante obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que, de acuerdo con lo dispuesto en el presente convenio, pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante, el primer Estado dejará exentas estas rentas o patrimonio, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 (p.34).

Así, el Estado de residencia excluye totalmente de su base imponible los ingresos obtenidos por su contribuyente en el extranjero. En este contexto, la forma en la que opera este método será explicado a través del siguiente ejemplo numérico (tabla 2): un contribuyente residente en Chile cuya tasa impositiva es del 40% obtiene 12.000 dólares en ingresos, de los cuales 3.000 provinieron de sus servicios profesionales prestados en México quien mantiene una tasa impositiva del 20%. En torno a ese caso, se puede deducir el siguiente resultado:

Tabla 2

Método de Exención Integral

| Impuesto Chile | Impuesto México |
|--|--|
| Renta Gravada: 9.000 | Renta Exenta: 3.000 |
| Tasa impositiva: 40% | Tasa impositiva: 20% |
| Impuesto a pagar: $9.000 \times 0.4\% = 3.600$ | Impuesto a pagar: $3.000 \times 0.2 = 600$ |
| Total carga impositiva: $3.600 + 600 = 4.200$ | |

Así, el método de exención integral hace referencia a que Chile -para efectos tributarios- únicamente tomará en cuenta los ingresos obtenidos dentro de su territorio. Es decir, \$ 9.000 a los cuales se les aplicará la tasa impositiva que rige dentro de su ordenamiento jurídico que es del 40%. De esta forma, el contribuyente tiene que pagar en su Estado de residencia un impuesto de \$3.600. Mientras que el sujeto pasivo deberá pagar en México por los \$3.000 que obtuvo en el país un total de \$600 mediante la aplicación de la tasa impositiva que rige dentro del mismo que es del 20%.

Método de exención con progresividad

El método de exención con progresividad es la segunda variante de este mecanismo y, según Montaña (1999), consiste en que:

El Estado de residencia podrá tomar en cuenta las rentas o el patrimonio exento a efecto de determinar los tipos de gravamen a aplicar a las rentas al patrimonio no exento. Este método para evitar la doble imposición se denomina de exención con aplicación de la progresividad del impuesto (p.131).

Es decir, el Estado de residencia renuncia totalmente a gravar las rentas sometidas a imposición en otro Estado, pero sí las considera como parte de la base imponible del sujeto pasivo, únicamente, para determinar el tipo de gravamen que serán aplicados a las rentas nacionales. En la misma línea, Vallejo y Gutiérrez (2003) mencionan que este consiste en que:

El estado de la residencia renuncia al gravamen de las rentas originadas en el extranjero excluyéndose de la base del impuesto, pero tiene en cuenta su importe a fin de determinar el tipo progresivo que corresponde aplicar a las restantes rentas, interiores o exteriores no excluidas (p.29).

Traduciendo lo citado de manera textual, se puede deducir que los ingresos percibidos en el extranjero quedan exentos en el Estado de residencia; aunque sí son considerados, exclusivamente, como parte de la base imponible para poder identificar el gravamen que se aplicará a los ingresos de fuente nacional. De manera más clara, el Modelo Convenio de la OCDE (2010) señala que: “La renta imponible en el Estado E o F no la grava el Estado R, pero este conserva el derecho a tomar en cuenta esta renta cuando fije el impuesto a percibir sobre el resto de la renta” (p.321).

El artículo 23 A 3 del mismo Modelo regula este método señalando que:

Cuando de conformidad con cualquier disposición del convenio, las rentas obtenidas por un residente de un Estado contratante o el patrimonio que posea estén exentos de impuesto en este Estado este puede, sin embargo, tener en

cuenta las rentas o el patrimonio exentos a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o patrimonio de dicho residente (p.34).

A partir de lo mencionado, es importante recalcar que para aplicar este método es necesario conocer el tipo medio de gravamen del total de las rentas (incluyendo las de fuente extranjera) y, posteriormente, aplicarlas a aquellas de fuente nacional. Entendiendo esto, se plantea el siguiente ejemplo para comprender de manera más adecuada cómo actúa este mecanismo: Supongamos que una sociedad residente en Perú obtiene un total de ingresos de \$12.000, de los cuales \$4.000 provienen de sus actividades económicas desarrolladas en Argentina y cuyo tipo impositivo es del 20%. En Perú, se gravan las rentas de hasta \$6.000 a una tarifa del 25%; y el exceso, a una tarifa del 45%.

Tabla 3

Método de exención con progresividad

| | |
|--|--|
| Rentas obtenidas en Argentina | 4.000 |
| Tipo de gravámen en Argentina 20% | $4.000 \times 0.2 = 800$ |
| Rentas obtenidas en Perú | 8.000 |
| Rentas a efectos del cálculo del tipo de gravamen (Rentas en Perú + Rentas en Argentina) | $4.000 + 8.000 = 12.000$ |
| Cuota a efectos de tipo de gravamen | $6.000 \times 25\% + 6.000 \times 45\% = 420000$ |
| Tipo medio de gravamen aplicable | $420000 / 12000 = 35\%$ |
| Base imponible (sin considerar rentas en Argentina) | 8.000 |
| Tarifa aplicable | 35% |
| Impuesto a pagar en Perú | $8.000 \times 0.35 = 2.800$ |

En virtud de lo expuesto, en la tabla 3 vemos, en un primer momento, que el contribuyente en Argentina debió pagar una tarifa del 20% por los 4.000 dólares que obtuvo en ese país, dando como resultado un impuesto total de 800 dólares. Mientras que Perú, al ser el país de residencia y en aplicación del método de exención con progresividad, realiza la siguiente operación para calcular el impuesto a pagar en ese país. Así tenemos que, en un primer momento, se suman los ingresos obtenidos en Chile y en Argentina, dando como resultado un total de 12.000 dólares.

Segundo, para el cálculo del tipo de gravamen aplicable a las rentas no exentas (nacionales) se debe sumar el resultado que se obtenga del porcentaje del monto base. En este caso, 25% de 6.000 más el resultado del porcentaje aplicado al restante. Es decir, 45% de los otros 6.000 dólares. El resultado de esta operación da un total de 420.000, valor que se deberá dividir para el total de los ingresos obtenidos por la sociedad; es decir, 420.000/12.000, dando como resultado una tarifa del 35%. Por último, esta tarifa del 35% es la que efectivamente deberá ser aplicada, únicamente, a los ingresos obtenidos dentro de Perú. Así, tenemos que $8.000 \times 0.35 = 2.800$ dólares, que es el monto que la sociedad deberá cancelar en su país de residencia.

Para muchos autores, esta última modalidad es más efectiva que la exención integral que, según estos autores, atenta contra la justicia tributaria de los países porque no actúa sobre la verdadera capacidad contributiva de los sujetos pasivos. El cálculo de la base imponible en el Estado de residencia se hace sin tener en cuenta las rentas extranjeras. Esto implica, a su vez, la aplicación de un gravamen muy inferior que no refleja la verdadera situación económica de los mismos. Así, surge un tratamiento diferenciado hacia aquellos contribuyentes que obtienen sus ingresos dentro de su país de residencia. Por esta razón, Checa (1987) observa sobre el método de exención integral: "...no solo implica la no tributación en el país de residencia de unas determinadas rentas, sino también el gravamen de las restantes a un tipo medio inferior al que hubiese correspondido de no existir dicha exención..." (p.161). Por lo que se considera que el método de exención con progresividad ofrece un tratamiento más equitativo entre contribuyentes.

Método de Crédito Tributario o Imputación

Este método también denominado *tax credit* fue desarrollado por la corriente anglosajona y según la doctrina internacional es uno de los más utilizados en la práctica tanto por las legislaciones internas de cada país como en los convenios para eliminar la doble imposición y por lo mismo difundidos por la comunidad internacional. Este mecanismo lo encontramos plasmado tanto en el Modelo Convenio de la OCDE y el de la ONU. Borderas y Moles (2008) lo define como: "Aquel en virtud del cual el Estado de residencia grava las rentas obtenidas en el exterior por el sujeto pasivo permitiendo la deducción o compensación total o parcial de los impuestos pagados en el extranjero en la cuota íntegra" (p.56). Con base en esta definición se puede concluir que este método parte de que el Estado de residencia gravará la renta mundial del sujeto pasivo; es decir, a todas aquellas rentas obtenidas en el país de residencia como aquellas obtenidas en el extranjero; sin embargo, el contribuyente está facultado para descontar todos aquellos ingresos sometidos a imposición en el Estado generador de la renta.

En este mismo contexto, Checa (1987) menciona que este mecanismo consiste en que "El Estado de residencia calcula el impuesto tomando como base el importe

de todas las rentas del contribuyente, incluidas las obtenidas en el extranjero, pero imputa o deduce los impuestos pagados en el extranjero de las cuotas del impuesto” (p.162). De esta manera, ambos autores concuerdan en que, de manera general, este método permite que todos los ingresos de un contribuyente sean incorporados para el cálculo de la base imponible en el país en el que reside para que, posteriormente, aquellas sujetas a imposición en el Estado fuente sean deducidas o compensadas. Es de vital importancia tener en cuenta que, para que este método sea aplicado de manera efectiva, es necesario que exista identidad respecto a la naturaleza de los impuestos de ambos Estados y, además, que el contribuyente debe haber pagados previamente los valores que se pretenden sean compensados.

Este método, al igual que el anterior, se desarrolla a través de dos modalidades diferentes. El primero se denomina crédito tributario absoluto o método de imputación integral; y el segundo, crédito tributario limitado o método de imputación ordinaria. El artículo 23 B del Modelo Convenio de la OCDE (2010) regula a estas dos modalidades de la siguiente manera:

1. Cuando un residente de un Estado contratante obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante, el Estado mencionado en primer lugar admitirá:
 - a) la deducción en el impuesto sobre las rentas de ese residente de un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en ese otro Estado;
 - b) la deducción en el impuesto sobre el patrimonio de ese residente de un importe igual al impuesto sobre el patrimonio pagado en ese otro Estado (p.34).

En uno y otro caso, dicha deducción no podrá, sin embargo, exceder de la parte del impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio, calculado antes de la deducción, correspondiente, según el caso, a las rentas o el patrimonio que pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

De igual manera, el artículo 23 B del Modelo Convenio de la ONU (2011) señala lo siguiente:

Quando un residente de un Estado contratante obtenga rentas o posea capitales, que, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención, puedan gravarse en el otro Estado contratante, el primer Estado permitirá deducir del impuesto sobre la renta de ese residente una cantidad igual al impuesto sobre la renta pagado en ese otro Estado; y deducir del impuesto sobre el capital de ese residente una cantidad igual al impuesto sobre el capital pagado en ese otro Estado. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos, esa deducción no excederá de la parte del impuesto sobre la renta o del impuesto sobre el capital calculado

antes de hacer la deducción, que sea atribuible, según corresponda, a las rentas o al capital que puedan gravarse en ese otro Estado (p.34).

Método de Crédito Tributario Absoluto

El método de crédito tributario absoluto o imputación íntegra permite que el Estado de residencia del sujeto pasivo deduzca la totalidad de los impuestos pagados en el país generador de la renta. Calderón (2010) explica que: “Esta modalidad del método se clasifica como absoluto o íntegro, ya que el Estado de residencia reconoce al contribuyente la deducción total del impuesto pagado en el Estado productor del ingreso” (p.10). Sin embargo, en el caso de que el valor pagado por concepto de impuestos exceda al valor a pagar en su país de residencia, este último tendrá la obligación de devolver el excedente al sujeto pasivo a través de un crédito fiscal. De ahí, su denominación.

Se presenta el siguiente caso para la total comprensión de este método: una persona residente en Colombia obtiene un total de ingresos de 4.000 dólares, de los cuales 1.000 fueron obtenidos en Chile por concepto de prestación de servicios. En Colombia la tasa impositiva es del 30%, mientras que en Chile es del 20%.

Tabla 4

Crédito Tributario Absoluto

| | |
|--|------------------------------|
| Rentas obtenidas en Colombia | 3.000 |
| Rentas obtenidas en Chile | 1.000 |
| Rentas que incluyen la base imponible | 4.000 |
| Tipo de gravamen aplicable | 30% |
| Cuota tributaria | $(4.000 \times 0.3) = 1.200$ |
| Deducción del impuesto satisfecho en Chile | $(1.000 \times 0.2) = 200$ |
| Total de impuesto pagado | $1.200 - 200 = 1000$ |

En este caso, el sujeto pasivo -para el cálculo de la base imponible en su país de residencia- tendrá en cuenta tanto las rentas obtenidas tanto en Colombia como en Chile. En este caso, 4.000 dólares mismos al que se los aplicará la tarifa vigente en Colombia que es del 30%, obteniendo como resultado un impuesto total de 1.200 dólares. En aplicación del método de exención íntegra, el sujeto

pasivo tiene derecho a hacer uso como crédito tributario del total de los impuestos pagados en Chile. Estos le serán deducidos, por lo que se restará del total 1.200 los 200 dólares que se pagaron por concepto de impuesto en Chile, dando como resultado un impuesto a la renta en Colombia de 1.000.

Método de Crédito Tributario Limitado

La imputación limitada permite que el contribuyente deduzca los impuestos pagados en el Estado de la fuente, pero teniendo como límite la tasa del mismo impuesto en el Estado de residencia. Así, el Estado de residencia permite deducir al contribuyente una cantidad limitada; es decir, en palabras de Borderas y Moles (2008): “El Estado de residencia permite la deducción de los impuestos pagados en el Estado de la fuente con el límite de los impuestos a pagar en dicho Estado” (p.57). De este modo, el contribuyente podrá deducir el menor de los siguientes valores: primero, el impuesto, efectivamente, cancelado en el extranjero; y en segundo lugar, el valor que resulte de haber aplicado el tipo medio efectivo de gravamen del país de residencia a la parte de la base imponible gravada en el país generador de la renta.

De esta manera, se podrá hacer uso como crédito tributario, únicamente, la tasa impositiva máxima del Estado de residencia. Este mecanismo, podrá ser aplicado de manera adecuada por el país de residencia, solamente, si su tasa impositiva es mayor a la del Estado fuente. En caso contrario, no se eliminaría la doble imposición. Para una correcta comprensión de la forma en la que opera esta modalidad se presenta el siguiente caso: una persona residente en Ecuador obtiene un total de ingresos de 2.500 dólares, de los cuales 1.000 fueron obtenidos en Bolivia. Ecuador mantiene una tasa impositiva del 30%, mientras que en Bolivia existe una tasa única del 20% (Tabla 5).

Tabla 5

Crédito Tributario Limitado

| | |
|-------------------------------|--------------------------|
| Ingresos obtenidos en Bolivia | 1.000 |
| Ingresos obtenidos en Ecuador | 1.500 |
| Base imponible | $(1.000 + 1500) = 2500$ |
| Tasa impositiva | 30% |
| Impuesto causado | $2.500 \times 0,3 = 750$ |

| | |
|---|--------------------------------|
| Deducción del menor de los siguientes valores: | En este caso se aplicará |
| Impuesto cancelado en Bolivia: $1.000 \times 20\% = 200$ | la menor de las |
| Resultado de aplicar el tipo medio efectivo de gravamen del Ecuador a la parte de la base imponible gravada en Bolivia: $1.000 \times 30\% = 300$. | cantidades que resulta ser 200 |
| Total impuesto a pagar | $750 - 200 = 550$ |

Como podemos observar, en este caso, se usó como crédito tributario la menor de las cantidades resultantes. Esta fue de 200, los cuales fueron deducidos dando como resultado un total de 550. Ahora, supongamos que Bolivia maneja una tasa impositiva del 35% en lugar de 20%; así tendríamos los siguientes valores (tabla 6):

Tabla 6

Crédito Tributario Limitado

| | |
|--|-----------------------------|
| Ingresos obtenidos en Bolivia | 1.000 |
| Ingresos obtenidos en Ecuador | 1.500 |
| Base imponible | $(1.000+1500) = 2.500$ |
| Tasa impositiva | 30% |
| Impuesto causado | $2.500 \times 30\% = 750$ |
| Deducción del menor de los siguientes valores: | En este caso se aplicará la |
| Impuesto cancelado en Bolivia: $1.000 \times 35\% = 350$ | menor de las cantidades |
| Resultado de aplicar el tipo medio efectivo de gravamen del Ecuador a la parte de la base imponible gravada en Bolivia : $1.000 \times 30\% = 300$ | que resulta ser 300 |
| Total impuesto a pagar | $750 - 300 = 450$ |

En este caso, si bien en Bolivia se pagó un total de 350 dólares por concepto de impuestos, en Ecuador únicamente se pudo hacer uso como crédito fiscal de 300. Así, quedó un exceso de \$50 pagados por el contribuyente en Bolivia. Este mecanismo, principalmente, es defendido por países desarrollados ya que éste, independientemente, de la fuente de la que provengan los ingresos de sus contribuyentes, otorgan a los mismos un tratamiento fiscal igualitario. Sin embargo, este método ha sido muy criticado por los países importadores de capital (en

vías de desarrollo), ya que los incentivos fiscales que estos otorgan para atraer inversión, pierden totalmente su fuerza. Con este método, lo que se busca es que el impuesto total a pagar sea igual o menor al que se pagaría si, únicamente, se tratarán de rentas de origen interno. Entonces, al no existir una diferencia en el trato de rentas nacionales o extranjeras, es evidente que el contribuyente ante esto preferirá desarrollar sus actividades económicas dentro de su propio país.

Método de deducción

Este método no es muy utilizado por parte de las diversas legislaciones tributarias ya, que se considera que este no elimina totalmente los efectos de la doble imposición internacional; sin embargo, es importante hacer mención de él.

Borderas y Moles sostiene (2008) que:

Según este sistema el impuesto pagado en el extranjero tiene la consideración de gasto deducible de la renta gravada en el país de residencia. El impuesto pagado en la fuente se deducirá de la base imponible en el país de residencia (p.60).

Es decir, para calcular la base imponible, el país de residencia tomará en consideración los ingresos obtenidos en el extranjero. Sin embargo, el impuesto pagado en el país de la fuente será considerado como un gasto deducible para efectos del cálculo de la base imponible. Esto lo diferencia del método de imputación, ya que en este último el impuesto pagado en el extranjero se lo deduce de la cuota tributaria calculado en el país de residencia.

Para comprender de manera más clara este método se presenta el siguiente caso: una sociedad residente en Colombia obtiene un total de ingresos de 3.000 dólares, de los cuales 1.000 fueron obtenidos en Argentina, país que maneja una tasa impositiva del 25%, mientras que Colombia mantiene una tarifa del 30%. Bajo esta modalidad, se obtiene el resultado que se registra en la tabla 7.

Tabla 7

Método de Deducción

| | |
|--|-----------------------|
| Total de ingresos obtenidos en Argentina | 1.000 |
| Total de ingresos obtenidos en Colombia | 2.000 |
| Base imponible | 2.000 + 1.000 = 3.000 |
| Impuesto pagado en Argentina (deducible) | 1.000 x 25% = 250 |
| Base imponible final | 3.000 - 250 = 2.750 |

| | |
|----------------------------|---------------------------|
| Tipo de gravamen aplicable | 30% |
| Impuesto total | $2.750 \times 30\% = 825$ |

En este caso, como vemos, para calcular la base imponible final, el total del impuesto de 250 pagado en Argentina fue deducido de la misma. Sin embargo, se debe señalar que, únicamente, se compensan $250 \times 30\% = 75$ dólares, generando una doble imposición por un total de: $250 - 75 = 175$ dólares, razón por la cual muchos no consideran a este método como eficiente.

Para concluir esta sección, cabe mencionar que existe una gran variedad de métodos específicos para eliminar o atenuar los efectos negativos de la doble imposición; sin embargo, no son tan aplicados. Montaña (1999) identifica como parte de estos métodos que no son aplicados los siguientes: el descuento por inversiones en el exterior, el crédito por impuesto subyacente, sistema de aplazamiento, etc. En el presente trabajo de investigación, por otro lado, se considera importante únicamente identificar los métodos más aplicados a la realidad internacional y, por lo mismo, al Ecuador.

III

Un análisis de las medidas adoptadas por el Ecuador

Una vez analizados detalladamente los conceptos básicos de las medidas para contrarrestar la doble imposición internacional y explicada, claramente, la forma en la que se aplican los diversos métodos prescritos en las mismas, se pasará a identificar cuáles de estos métodos han sido incorporados dentro de la legislación tributaria ecuatoriana. Es decir, se revisará tanto dentro de su ley interna (Ley de Régimen Tributario Interno) como dentro de los Convenios para Evitar la Doble Imposición suscritos por el Ecuador. Posteriormente, se demostrará que esta gran gama de herramientas impiden que se respeten el principio de equidad desde una perspectiva horizontal y el principio de neutralidad.

Para un adecuado desarrollo de este apartado, es importante comenzar haciendo referencia a que la legislación ecuatoriana. Específicamente, a la Ley del Régimen Tributario Interno (2019) que contempla en su Art. 1 el criterio de sujeción que utiliza el Ecuador para efectos fiscales: "Art. - 1 Objeto del impuesto. - Establécese el impuesto a la renta global que obtengan las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades nacionales o extranjeras, de acuerdo con las disposiciones de la presente Ley" (p.1).

Con lo manifestado, y según lo ya explicado en el capítulo anterior, se evidencia que el Ecuador contempla un criterio de renta mundial al momento de identificar

el valor del gravamen que deben soportar sus contribuyentes. Esto quiere decir que los ecuatorianos deberán tributar por sus ingresos obtenidos dentro del Ecuador y por aquellos obtenidos en el extranjero. Tomando en consideración este punto, es evidente que, bajo la aplicación de este criterio de renta mundial, es relativamente fácil que se produzcan supuestos de doble imposición internacional, ya que los ingresos obtenidos en el exterior de igual forma podrán estar sometidos a imposición dentro de nuestro país.

Por esta razón, el Ecuador -al igual que muchos otros países alrededor del mundo- ha incorporado dentro de su legislación mecanismos para contrarrestar este fenómeno de índole fiscal. El Estado se ha esforzado por introducir una herramienta interna que, de alguna manera, se adecua a la realidad económica y social del país y que permite actuar frente a esta figura. Además, hemos evidenciado el arduo trabajo que ha realizado el gobierno para suscribir convenios que sirvan de base para erradicar este problema. La doctrina señala que, según las estadísticas presentadas en lo que respecta a la suscripción de Convenios de Doble Imposición, han sido los países desarrollados quienes llevan la delantera en este tema, ya que los países latinoamericanos solamente han celebrado un 8% del total de estos instrumentos.

Sin embargo, el Ecuador al contar actualmente con 21 tratados se encuentra dentro de los países con mayor cantidad de convenios suscritos dentro de la región después de países como México, Brasil y Chile. Por esto, se puede deducir que el Estado se ha esforzado en buscar soluciones que le permitan mitigar los efectos negativos que trae consigo la doble tributación. De lo contrario, esta terminará afectando a los contribuyentes ecuatorianos y a la economía, en general, del país: las inversiones extranjeras se verán muy limitadas. Además, un adecuado control de la doble tributación previene que se concreten prácticas como la evasión y elusión fiscal que es otra de las consecuencias que acarrea la doble imposición.

Haciendo una comparación con el resto de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, se ha podido verificar que el Ecuador se ha mantenido constantemente activo en lo que respecta a la suscripción de estos instrumentos internacionales que otorgan beneficios de índole fiscal. De acuerdo a datos proporcionados por el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (2019), hasta el año 2019, Perú, Colombia y Bolivia únicamente habían suscrito 8, 10 y 7 CDI respectivamente. Estas cantidades son sumamente bajas con respecto a los convenios celebrados por nuestro país.

Así, se puede señalar que el Ecuador -a más de su respectiva medida unilateral incorporada dentro de su legislación interna- también ha suscrito, hasta la actualidad, un total de 19 Convenios para Evitar la Doble Imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y ha firmado uno con la República de Argentina respecto al Transporte Aéreo. Todos estos convenios han sido

estructurados teniendo como referente al Modelo de la OCDE. Además, ha suscrito otro instrumento más de tipo multilateral firmado conjuntamente, con los países miembros de la CAN que, por otro lado, se estructura con base en el Modelo de la ONU.

Es importante mencionar que, en miras de buscar incrementar la importación de capitales, el Ecuador ha suscrito convenios con una gran cantidad de países que forman parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Entre estos están: Alemania, Bélgica, Canadá, Chile, Corea del Sur, España, Francia, Italia, Japón, México y Suiza. En el siguiente apartado, procederemos a analizar más detalladamente cada uno de los convenios suscritos por el Ecuador y la medida unilateral que ha incorporado dentro de su régimen tributario interno.

Método de Crédito Tributario Incorporado en los CDI Suscritos por el Ecuador

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y la República de Chile

El Convenio para evitar la doble tributación e impedir la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República del Ecuador y la República de Chile fue suscrito el 26 de agosto de 1999 y publicado el 14 de octubre de 2003 en el Registro Oficial No. 293. Entró en vigencia en 2005. Este convenio señala que: "...gravan la totalidad de la renta o del patrimonio o cualquier parte de los mismos, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles o inmuebles, así como los impuestos sobre las plusvalías" (p.1). De esta forma, los impuestos comprendidos son: en Chile, Impuesto establecidos en la "Ley sobre Impuesto a la Renta"; en Ecuador, Impuesto a la renta de las personas naturales, Impuesto sobre la renta de las sociedades y cualquier otra entidad similar.

Este convenio se encuentra estructurado en torno al criterio de vinculación de la residencia. Por ello, dentro del instrumento, se le ha otorgado una definición específica al concepto de "residente": será aquella persona que, en virtud de la legislación de cualquiera de los dos Estados, pueda tributar en ese país ya sea porque esa legislación se encuentre relacionada con el mismo en virtud de su domicilio, o porque sea residente del mismo, o en el caso de las personas jurídicas, que por su sede de dirección, se haya constituido en su residencia, o por otros criterios similares.

En el Art. 24 del cuerpo normativo se puede identificar, claramente, el método de crédito absoluto como aquel que servirá para combatir a la doble imposición al mencionar que cuando un residente ecuatoriano se enfrente a un supuesto de doble imposición, el Ecuador podrá deducir un valor equivalente al impuesto a la renta o al patrimonio que haya pagado en Chile.

Sin embargo, al ser la residencia el criterio determinante, el convenio se ha planteado el escenario en que tanto una persona natural o jurídica puedan ser consideradas como residentes de ambos Estados. Para eso, el mismo documento ha desarrollado varias soluciones. En el caso de personas naturales, se podrá resolver teniendo en cuenta el lugar en donde esta tenga una vivienda permanente, donde viva habitualmente, donde sea considerada como nacional o se podrá resolver mediante un acuerdo de voluntades entre las autoridades de los Estados. En el caso de personas jurídicas, se resolverá teniendo en cuenta el lugar en donde este sea considerado como nacional, o a falta de este criterio, de igual manera se podrá resolver a través de un acuerdo mutuo.

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y la República Italiana

El convenio suscrito entre Ecuador e Italia, que tuvo como objetivo evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y prevenir la evasión fiscal, fue suscrito el 23 de mayo de 1984 y publicado el 30 de marzo de 1990 en el Registro Oficial No. 407. Entró en vigencia en 1991.

En este caso, se consideran los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, a más de todos aquellos que gravan la totalidad o una parte de estas: primero, todos los impuestos generados por las ganancias obtenidas como consecuencia de la venta de bienes muebles e inmuebles; segundo, lo correspondiente por concepto de sueldos pagados por empresas; y tercero, los impuestos generados por concepto de plusvalías. Los impuestos que comprende este documento son: en Italia, Impuesto sobre la renta de personas físicas, Impuestos sobre las rentas de personas jurídicas, Impuesto local sobre las rentas, aún si esos impuestos son percibidos en forma de retención en la fuente. En Ecuador, Impuesto sobre la renta, Impuestos adicionales sobre la renta, Impuestos a los capitales de giro. Además de estos impuestos, se incluyen todos aquellos que puedan surgir, siempre que sean de una naturaleza similar y que se incorporen a los ya existentes o se desarrollen de manera posterior a la firma del instrumento.

Respecto al método utilizado para eliminar la doble imposición, el Art. 24 menciona:

La República del Ecuador deducirá del impuesto sobre la renta que haya de percibirse sobre rentas procedentes de Italia de acuerdo con las leyes ecuatorianas, el impuesto percibido por el fisco italiano conforme a las leyes italianas, pero el monto de dicha deducción no podrá exceder la parte del impuesto ecuatoriano imputable a dichas rentas en la proporción en que las mismas participen en la formación del rédito total (p.23).

Con este artículo, queda claro que el mecanismo a utilizarse en el caso de residentes ecuatorianos cuyos ingresos pudieran ser sometidos a imposición en ambos Estados, serán los métodos de imputación ordinaria o crédito tributario

limitado, por cuanto se señala un monto límite hasta el cual se podrá establecer una deducción.

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y Francia

El Gobierno de la República del Ecuador, conjuntamente, con el Gobierno de la República de Francia celebró en Quito el 16 de marzo de 1989 el Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos a la renta. Este convenio fue ratificado mediante Decreto Ejecutivo Nro. 3006 y publicado el 25 de septiembre de 1992 en el Registro Oficial Nro. 34 y entró en vigencia en 1993.

Los impuestos que comprende este cuerpo normativo son: en Francia, Impuesto a la renta de personas naturales y jurídicas, Impuesto a las sociedades, todas las retenciones en la fuente, todas las deducciones y anticipos descontados sobre los impuestos a la renta. En Ecuador, Impuesto sobre la renta, impuestos adicionales establecidos en la Ley de Régimen Tributario Interno. El método que se utilizará para eliminar la doble imposición internacional cuando se trate de una persona residente en el Ecuador se lo define en el Art. 23 que señala:

Quando una persona domiciliada en el Ecuador percibiera rentas que conforme a las disposiciones de este convenio pueda ser gravada en ambos estados contratantes. Ecuador concederá como deducción del impuesto a la renta de dicha persona una cantidad equivalente al impuesto pagado en Francia. Sin embargo, esta deducción no excederá de la parte del impuesto ecuatoriano sobre la renta y sus adicionales, calculados antes de hacer la deducción que sea atribuible según corresponda a la renta que es gravada en Francia (p.23).

Conforme a lo manifestado, en un primer momento, una persona será considerada como domiciliada dentro del Ecuador cuando de acuerdo con la normativa ecuatoriana deba tributar en el país por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección u otro criterio similar. Y serán, solamente, a estas personas quienes cumplan con este requisito a quienes se les aplique el método de imputación ordinaria cuando se produzcan supuestos de doble imposición.

Convenio celebrado entre la República del Ecuador y Rumania

El Convenio para evitar la doble tributación con respecto a los impuestos sobre la renta y el capital y para la prevención de la evasión fiscal celebrado entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Rumania se suscribió el 24 de abril de 1992 en la ciudad de Quito y fue publicado el 20 de septiembre de 1995, en el Registro Oficial No. 785. Entró en vigencia en 1997.

Los impuestos comprendidos en este instrumento internacional son los siguientes: En Rumania, Impuesto a la renta de personas físicas, Impuesto a la renta

de personas jurídicas, Impuestos sobre el salario y otras remuneraciones similares, Impuestos sobre la renta realizada en actividades agrícolas. En Ecuador, Impuesto sobre la renta de personas naturales y sociedades.

Este convenio determina la necesidad de que la finalizar cada año y con el objetivo de garantizar una adecuada aplicación del mismo, las autoridades competentes de los Estados deberán dar a conocer todas las modificaciones que se hayan efectuado en sus leyes tributarias, con lo cual evidenciamos el compromiso de los Estados para con sus contribuyentes y la estabilidad económica de los países.

Conforme el Art. 25 del mencionado documento de 1995, en el caso de que un contribuyente ecuatoriano adquiera rentas o posea bienes de capital que pudieran ser gravados por el sistema tributario de cualquiera de los dos Estados, el Ecuador podrá deducir -del total del impuesto a la renta o sobre el capital que perciba- un valor equivalente al impuesto efectivamente cancelado en Rumania. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos, esta deducción tendrá como límite el impuesto sobre la renta o el capital que puedan ser gravados en Rumania calculados antes de realizar esta deducción. Con lo referido, está claro que el método único que se utilizará para evitar la doble tributación será el del método de crédito tributario limitado.

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y Canadá

El convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto a la renta suscrito entre Ecuador y Canadá el 28 de junio de 2001, fue publicado en el Registro Oficial No. 439 el 24 de octubre de 2001 y entró en vigencia en 2002. Los valores que serán considerados como parte del impuesto a la renta, en este caso, son limitados. Esto se debe a que, solamente, engloba a todos aquellos que gravan renta en su totalidad o en una de sus partes y todos los impuestos sobre ganancias que se hayan obtenido por la venta de bienes muebles e inmuebles.

Los impuestos que se incluyen en este documento son: En Canadá, Impuesto a la renta incluida en la Ley de Impuesto sobre la Renta. En Ecuador, Impuesto a la renta incluidos en la Ley de Régimen Tributario Interno. Este convenio se caracteriza porque entabla una diferencia entre el supuesto de que una compañía o una persona diferente a una natural sean considerados como residentes de ambos Estados. El procedimiento para resolver este tema variará, ya que al tratarse de compañías el asunto se solventará teniendo en cuenta la nacionalidad de la misma. Es decir, que se haya constituido de conformidad con lo establecido en la ley y que se encuentre vigente en el Estado respectivo. En ausencia de este criterio, se aplicará el proceso determinado para el caso de personas no naturales, mismo que implica la intervención de las autoridades representantes de ambos países, quienes deberán llegar a un acuerdo. A falta de este, ninguna de las dos tendrá derecho a exigir la aplicación de los beneficios contenidos en el tratado.

El método a utilizarse, conforme lo determinado en el Art. 23 del cuerpo normativo (2001), será el del crédito tributario limitado, ya que en el caso de los residentes ecuatorianos se podrá descontar del impuesto a la renta que deberán pagar. El valor pagado en Canadá, tiene como límite el impuesto que se hubiera pagado por los mismos ingresos en Ecuador. Mientras que, al tratarse de compañías residentes en nuestro país, del impuesto a la renta que estas hayan generado por concepto de utilidades, se podrá deducir el impuesto cancelado en el otro Estado por los beneficios con cargo a los cuales se pagaron los dividendos.

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y México

El convenio entre la República del Ecuador y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta fue suscrito el 30 de julio de 1992 y publicado el 9 de marzo de 2001 en el Registro Oficial No. 28. Sin embargo, entró en vigencia en 2002. Este convenio, a diferencia de los anteriores mencionados, no incluye la posibilidad de que un mismo contribuyente -ya sea persona natural o jurídica- pueda ser considerado como residente de ambos Estados. Por tanto, si tal fuera el caso, no se podría aplicar las disposiciones del presente documento. Además, no incluye de manera específica los ingresos que serán considerados como parte del impuesto a la renta. Sin embargo, se mencionan de manera general los impuestos que serán comprendidos dentro de este documento: en México, Impuesto a la renta; en Ecuador, Impuesto a la renta de personas naturales y sociedades.

En lo que se refiere al mecanismo para eliminar la doble imposición, el Art. 22 del convenio prevé dos posibilidades:

1. Los domiciliados en Ecuador podrán acreditar el impuesto sobre la renta mexicano hasta por un monto que no exceda del impuesto ecuatoriano por el mismo ingreso.
2. Las sociedades domiciliadas en el Ecuador podrán acreditar contra el impuesto ecuatoriano derivado de la obtención de dividendos, el impuesto sobre la renta mexicano por los beneficios con cargo a los cuales la sociedad domiciliada en México pagó por los dividendos (p.19).

Una interpretación del mencionado artículo nos lleva a considerar al método de imputación ordinaria o crédito tributario limitado como aquel rector para contrarrestar este fenómeno de índole fiscal porque, tal y como lo menciona Sanmartín Jaramillo (2001):

El Estado de residencia grava las rentas extranjeras; es decir, las incluye para el cálculo de la base imponible, sin embargo, se concederá un crédito fiscal que, (...) se limita a la parte de cuota devengada en el primer estado que corresponde a las rentas de origen extranjero (p.19).

Método de Exención Incorporado en los CDI Suscritos por el Ecuador

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y Países miembros de la CAN

La Decisión 578 denominada: “Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal” fue suscrito el 4 de mayo de 2004 y se lo publicó en la gaceta oficial del acuerdo de Cartagena No. 1063 el 5 de mayo de 2004. Posteriormente, el 9 de noviembre de 2004, fue publicado en el Registro Oficial Suplemento No.457. Sin embargo, este comenzó a regir, únicamente, a partir de enero de 2005. Este instrumento fue suscrito por los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (Perú, Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela). Su objetivo principal fue atenuar los efectos negativos de la doble imposición que se puedan producir a partir de las actividades económicas que desarrollen las personas naturales o jurídicas que se encuentren domiciliadas en cualquiera de los países suscriptores del tratado. Con esto, buscaba atraer capitales extranjeros y, a su vez, prevenir la práctica de la evasión fiscal entre los miembros de esta organización internacional.

Los impuestos que se consideran dentro de este convenio de acuerdo a su Art. 1 son los siguientes: en Bolivia, Impuesto a la renta; en Colombia, Impuesto a la renta; en Perú, Impuesto a la renta; y en Ecuador, Impuesto a la renta. Además, se aplica a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se añadan a los ya existentes o que los sustituyan.

A través de este instrumento, los países suscriptores decidieron adoptar el criterio de la fuente como mecanismo de vinculación. Esto se manifestó en el Art. 3 del documento (2004) que señala lo siguiente: “Independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas, las rentas de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren, sólo serán gravables en el País Miembro en el que tales rentas tengan su fuente productora” (p.3). De esta manera, primero se debe señalar que los ingresos -tanto de personas naturales como jurídicas- solamente podrán ser gravados en el país en donde estos se generaron, salvo ciertos casos. Por ejemplo, una excepción es el de las ganancias por enajenación de bienes inmuebles, ya que estas serán gravadas en el país en donde se encuentren ubicados dichos bienes.

Este artículo señala también que el resto de países miembros deberán considerar a estas rentas, ya sometidas a imposición, como exoneradas al momento de calcular el valor que, por concepto de impuesto a la renta, se debe cancelar. De esto se desprende el método a utilizarse para la eliminación de la doble imposición internacional, el cual evidentemente es el de exención integral. Los ingresos acumulados, al ser sujetos a imposición en el país de donde estos se generaron, no serán considerados como parte de la base imponible para el cálculo del impuesto a la renta del resto de países.

Este convenio, de igual manera, contempla varios beneficios para todos los suscriptores del mismo. Algunos de ellos son los siguientes:

1. Los beneficios de empresas de transporte aéreo, terrestre, marítimo, lacustre y fluvial solo deberán tributar en el país en donde esta tenga su domicilio.
2. Las regalías sobre bienes intangibles serán gravadas en el país que tenga derecho a usar el bien.
3. Los intereses, en general, deberán ser tributados en el país en el que sean imputados y en el que se haya registrado su pago.
4. Los dividendos y participaciones serán sujetos a imposición en el territorio del país miembro en el que se encuentre domiciliada la empresa que los distribuye.
5. Las ganancias de capital serán gravadas por el país en donde se haya ubicado el bien al momento de ser enajenado.

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y Argentina

Este convenio celebrado entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Argentina para “Evitar la doble imposición en relación con el transporte aéreo” fue suscrito el 3 de marzo de 1981 y publicado en el Registro Oficial No. 235 el 4 de mayo de 1982. Sin embargo, entró en vigencia en 1983.

De acuerdo a su Art. 1 los impuestos que comprende este convenio son los siguientes: en Argentina, Impuesto a las ganancias, Impuesto a los beneficios de carácter eventual, Impuesto al capital de las empresas, Impuesto al patrimonio neto de las personas físicas. En Ecuador, Impuestos sobre la renta, Impuestos adicionales a la renta, Impuesto al capital de giro.

Este tratado, al igual que todos los otros, señala una gran gama de definiciones que nos permiten identificar su objetivo. Sin embargo, se puede considerar que el concepto que se le ha otorgado a lo que se entiende por empresa tiene mayor relevancia para la correcta aplicación de las disposiciones contenidas en el documento. Este concepto define a la empresa como aquella capacidad “explotada por una persona natural o jurídica domiciliada en uno de los Estados Contratantes”. Esta definición permitirá comprender el contenido del Art. 3, que señala lo siguiente:

1. Las rentas provenientes del ejercicio del transporte internacional obtenidas por empresas de transporte aéreo, solo podrán someterse a imposición en el Estado Contratante en el que estén domiciliadas las mismas.

2. La misma regla se aplicará a los beneficios procedentes de las participaciones que en actividades conjuntas o “pools” de cualquier clase, para el transporte aéreo, tenga una empresa de un Estado Contratante.
3. Las rentas originadas por la venta de bienes inmuebles e inmuebles pertenecientes a empresa de transporte internacional que se encuentren afectados directamente al giro específico de dicha actividad, solo podrán someterse a imposición en el Estado Contratante en el cual se encuentren domiciliadas las mismas.
4. Las rentas originadas por la venta de aeronaves afectadas al transporte internacional, solo podrán someterse a imposición en el Estado Contratante en que esté domiciliada la empresa titular de los mismos.
5. Las remuneraciones obtenidas en razón de un empleo ejercido a bordo de una aeronave, opera en el transporte internacional, solo podrán someterse a imposición en el Estado Contratante en que esté domiciliado el empleador.
6. El patrimonio perteneciente a empresas de transporte internacional que se encuentre afectado directamente al giro específico de dicha actividad, solo podrá someterse a imposición en el Estado Contratante en el que esté domiciliada la empresa titular del mismo (p. s.n.).

Como podemos evidenciar de acuerdo al citado Art. 3, primero, el domicilio es un factor determinante para poder identificar qué país tendrá el derecho a someter a imposición los ingresos obtenidos; y segundo, se puede deducir del artículo que el método a aplicar, de igual manera, es el de exención integral. Solo se podrá tributar en el país en donde se encuentre domiciliada la empresa prestadora de este servicio. Por último, se debe tener en cuenta que -al ser este un instrumento que únicamente regula las actividades relacionadas con el transporte aéreo- no ha tenido gran relevancia dentro del crecimiento económico del Ecuador.

En este punto, se debe mencionar que solamente la Decisión 578 y el convenio celebrado entre el Ecuador y Argentina contemplan la exención como único método para contrarrestar la doble imposición. En tanto, el resto de los convenios -como veremos en los siguientes apartados- contemplan un sistema que combina dos mecanismos. Así tenemos a los siguientes:

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y la República Federal Alemana

El convenio para evitar la doble tributación, suscrito entre la República del Ecuador y la República Federal Alemana, fue aprobado a través del Protocolo del Convenio para Evitar la Doble Imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. Este fue suscrito en Quito el 7 de diciembre de 1982 y ratificado, mediante acuerdo ministerial No. 242 publicado el 5 de agosto de 1986, en el Registro Oficial No. 493. Solamente, entró en vigencia un año después,

constituyéndose el primer convenio en materia de fiscalidad internacional suscrito por el Ecuador.

Los impuestos comprendidos dentro de este documento son: Impuesto sobre la renta, Impuesto sobre sociedades, Impuesto sobre el patrimonio, Impuestos sobre las explotaciones industriales y comerciales en Alemania. Para Ecuador, Impuesto a la renta inclusive los adicionales establecidos en la Ley de Régimen Tributario Interno, Impuestos a los capitales de giro.

En este caso, al existir la posibilidad de que tanto una persona natural como una jurídica puedan ser consideradas como residentes en ambos Estados, el problema de la doble imposición se resuelve para las personas naturales de manera muy similar a lo que prescriben los anteriores convenios antes citados. Sin embargo, si se trata de personas jurídicas, lo único que se menciona es que esta será considerada como domiciliada en el Estado en el que este mantenga su sede de dirección o administración efectiva, pero no contempla el supuesto en el que esta entidad no cuente con ninguno de los dos.

El Art. 23 numeral 2, respecto a los métodos para evitar la doble imposición internacional aplicable en el caso de los ingresos obtenidos por un residente ecuatoriano, detalla qué supuestos se aplicará según el método de imputación y exención. Así, se aplicará el método de exención con progresividad para:

- Todas aquellas rentas provenientes de bienes inmuebles conforme lo señalan el artículo 6 a más de todos los beneficios que provengan de la venta de los mismos.
- Los beneficios de empresas según lo regulado en el Art. 7 y las ganancias referidas en el Art. 2
- Los dividendos que hayan sido pagados por una sociedad cuyo domicilio se encuentre en Alemania a una sociedad ecuatoriana y que la primera sea titular de por lo menos un 25% del capital de la sociedad ecuatoriana
- Remuneraciones conforme lo regulado en el Art. 15 y 18
- Rentas de bienes ubicados en Alemania que deban ser exceptuadas (1986).

Todos estos ingresos exentos, sin embargo, podrán ser considerados a la hora de calcular la tarifa aplicable a las rentas nacionales.

Para el resto de casos no contemplados en las líneas precedentes, se aplicará en cambio el método de crédito tributario limitado. Es decir, el derecho a gravar estas rentas se divide entre ambos Estados, a través de la fijación de una tarifa límite.

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y Brasil

El Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión tributaria con respecto a los impuestos sobre la renta fue suscrito el 26 de mayo de 1983 y publicado el 2 de febrero de 1988, en el Registro Oficial No. 865. Entró en vigencia a partir de 1989. Este convenio será aplicado a los siguientes impuestos a la renta que puedan ser sujetos a imposición por cualquiera de los dos Estados: en Brasil, Impuesto federal sobre la renta, con exclusión de las incidencias sobre remesas excedentes y sobre actividades menos importantes. En Ecuador, Impuesto a la renta inclusive los adicionales establecidos en la Ley de Régimen Tributario Interno.

De acuerdo al Art. 4 de este instrumento (1988), el criterio de vinculación rector será el de residencia, ya que se menciona que un contribuyente residente -ya sea de Ecuador o Brasil- tendrá la obligación de tributar en su país como consecuencia de su domicilio, residencia, sede de dirección, etc. Al igual que el convenio con Chile, este documento establece la posibilidad de que un mismo sujeto pasivo pueda ser considerado como residente de ambos Estados, para lo cual se resolverá en términos muy similares al convenio antes mencionado.

Con respecto al método utilizado para evitar la doble tributación, el Art. 23 numeral 1 señala que cuando un contribuyente obtenga rentas que puedan ser sometidas a imposición en ambos Estados, se podrá hacer uso del método de crédito tributario en su modalidad limitada. Esto, salvo que se trate de una sociedad residente en un Estado contratante que haya pagado dividendos a otra sociedad residente del otro Estado y de la cual sea titular de más del 10% del capital de la sociedad pagadora. En ese caso, se hará uso del método de exención integral. Al ser Brasil considerado como una de los países económicamente más grandes dentro de América Latina, la suscripción de convenios de tipo comercial y fiscal con este país podría significar una gran oportunidad de crecimiento económico para el Ecuador.

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y la República Oriental de Uruguay

El convenio celebrado entre la República del Ecuador y la República Oriental de Uruguay para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, y prevenir la evasión fiscal fue suscrito el 26 de mayo de 2011 y fue publicado el 16 de enero de 2012 en el Registro Oficial No. 619. Sin embargo, entró en vigencia en 2013.

De conformidad con el Art. 2 numeral 3 de texto (2012), los impuestos regulados dentro de este documento son: para Uruguay, Impuesto a la renta de actividades económicas, Impuesto a la renta de personas físicas, Impuesto a la renta de los no residentes, Impuesto de asistencia a la seguridad social, Impuesto al patrimonio. Para Ecuador, Impuesto a la renta de personas naturales, Impuesto a la renta de sociedades y cualquier otra entidad similar.

De igual manera, este artículo detalla cuáles serán los impuestos que serán considerados como parte del impuesto a la renta o al patrimonio. Estos son: Impuestos que graven la totalidad de las rentas o del patrimonio o cualquier parte de los mismos, aquellos que provengan de la venta de bienes muebles e inmuebles, aquellos generados sobre el total de los ingresos obtenidos por concepto de sueldos o salarios pagados por empresas.

De acuerdo al Art. 4, el criterio de vinculación que se manejará en los casos previstos anteriormente será el de residencia. Por eso, los métodos a aplicarse para eliminar la doble imposición se han adaptado a dicho criterio. Así, conforme al Art. 23 literal 1, el Estado de residencia del contribuyente aplicará una deducción equivalente al total del impuesto a la renta o al patrimonio que haya sido, efectivamente, pagado en el Estado de la fuente. Sin embargo, esta deducción no debe exceder a la parte del impuesto que pueda ser tributado en el Estado de la fuente. Con esto, queda justificada la aplicación del método de imputación ordinario. Sin embargo, el literal dos del mismo artículo abre la posibilidad de que también se pueda aplicar el método de exención con progresividad. Con esto, se estaría otorgando exclusivamente la potestad tributaria para gravar las rentas obtenidas a un solo Estado.

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y España

El tratado suscrito el 20 de mayo de 1991 y publicado el 13 de agosto de 1993 en el Registro Oficial No. 253, se encuentra vigente desde 1994. En este documento se encuentran comprendidos los siguientes tributos: en España, Impuesto a la renta de personas físicas, Impuesto sobre sociedades, Impuesto sobre el patrimonio. En Ecuador, Impuesto sobre la renta de las personas naturales, Impuesto sobre la renta de sociedades.

El convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio suscrito conjuntamente con España, en su Art. 24 (1993), especifica cuál es el método a usarse para eliminar esta figura fiscal. Se señala que, cuando el residente del Ecuador obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que de acuerdo con las disposiciones del presente convenio puedan someterse a imposición en España, el Ecuador deducirá:

- a) Del impuesto que perciba sobre las rentas de este residente, un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en España.
- b) Del impuesto que perciba sobre el patrimonio de este residente, un importe igual al impuesto sobre el patrimonio pagado en España (p.18).

Estas deducciones, en ningún caso, podrán superar la parte del impuesto a la renta o patrimonio que podría ser sujeto a imposición en España. Con ello, nos encontramos frente a un supuesto en el que se aplicará el método de crédito en su modalidad limitada. Sin embargo, el siguiente apartado señala que las rentas

que puedan ser consideradas como exentas podrán ser tomadas como parte de la base imponible solamente para efectos de calcular el importe del impuesto que será aplicado a las otras rentas que el Estado gravará, con lo cual se determina, en este caso, la aplicación de método de exención en su modalidad integral.

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y la República de Belarús

El Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal con respecto a los impuestos sobre la renta y la propiedad, celebrado entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Belarús, es relativamente nuevo. Fue publicado en el Registro Oficial No. 117 el 10 de noviembre de 2017 y se encuentra vigente desde el año 2018. Este documento (2017) comprende los siguientes impuestos: en Belarús, Impuestos sobre la renta, Impuesto sobre las utilidades, Impuesto sobre la renta de personas naturales, Impuesto sobre los predios inmobiliarios. En Ecuador, Impuesto sobre la renta e Impuesto sobre los predios inmobiliarios.

El método a utilizarse para eliminar la doble imposición internacional en lo que respecta a los casos previstos para los dividendos, intereses y regalías será el del crédito tributario limitado o imputación ordinaria. Para el resto de casos, siempre que así lo disponga el convenio, se aplicará el método de exención con progresividad.

Convenio celebrado entre la República del Ecuador y Suiza

El convenio suscrito entre Ecuador y Suiza para evitar la doble imposición en materia de impuesto sobre la renta y sobre el patrimonio fue suscrito el 28 de noviembre de 1994 y publicado en el Registro Oficial No. 788 el 25 de septiembre de 1995. Sin embargo, su aplicación inició a partir de 1996 y su vigencia sigue hasta la actualidad. Este convenio, al igual que los demás, podrá ser aplicado para todo aquel contribuyente que mantenga una calidad de residente, ya sea en Ecuador o en Suiza.

En lo que respecta a los impuestos comprendidos, este documento incorpora para el caso ecuatoriano -de manera general- el impuesto sobre las rentas. Por otro lado, al tratarse de los impuestos suizos, se contemplan tanto federales como cantonales e, incluso, comunales. Incluyen: los impuestos a la renta total, los rendimientos del trabajo, rendimientos del patrimonio, beneficios industriales y comerciales, ganancias de capital, entre otros. Y en lo que se refiere al impuesto sobre el patrimonio, detalla: propiedad total, bienes muebles e inmuebles, activos comerciales, capital pagado y reservas, entre otros. Se recalca, de manera simultánea, que estas disposiciones no se aplicarán en el caso del impuesto federal anticipado que se haya retenido por los premios otorgados a ganadores de la lotería.

El Art. 23 del convenio (1995), en lo que respecta al mecanismo a utilizarse para eliminar los supuestos de doble imposición que puedan presentarse con respecto a los ingresos obtenidos por personas naturales o jurídicas residentes en el Ecuador, señala en su primer punto que podrá aplicarse el método de exención con progresividad cuando estos hayan obtenido rentas o patrimonio que puedan ser gravadas en Suiza. En este caso, si bien estos conceptos serán exonerados del impuesto a la renta el Ecuador, se reconoce la posibilidad de que estos ingresos exentos sean considerados a la hora de identificar la tarifa que se aplicará para un caso concreto.

Como segundo punto, se señala que los dividendos, intereses o cánones adquiridos por residentes ecuatorianos, y de conformidad con lo regulado en el convenio, pueden ser sujetos a imposición también en Suiza. El Ecuador podrá acordar ya sea:

1. Una deducción del impuesto a la renta de dicho residente por un monto igual al impuesto cobrado en Suiza de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 10, 11 y 12; sin embargo, dicha deducción no podrá exceder aquella porción del impuesto ecuatoriano sobre la renta, calculado antes de conceder la deducción, que sea apropiado para la renta que puede someterse a imposición en Suiza.
2. Una reducción global del impuesto ecuatoriano.
3. Una exoneración parcial del impuesto ecuatoriano sobre elementos, consistente en cualquier caso en por lo menos la deducción del impuesto cobrado en Suiza al importe bruto de dividendos, intereses o cánones (p.18).

La interpretación literal del numeral 1, nos permite identificar el método de imputación ordinaria a aplicarse en el caso de los supuestos antes mencionados.

De igual manera, si se tratara de sociedades residentes en Ecuador y que hayan obtenido dividendos de otra empresa residente de Suiza, para efectos del pago del impuesto a la renta ecuatoriano, se podrá otorgar una desgravación similar a la que se tendría derecho si la empresa que los pagó fuera ecuatoriana.

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y Bélgica

El Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio suscrito entre el Ecuador y Bélgica fue celebrado el 18 de diciembre de 1996 en la ciudad de Quito. Su protocolo fue ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1297, publicado en el Registro Oficial No. 286 el 16 de marzo del 2001 y cuya vigencia apenas comenzó a regir a partir del 1 de enero de 2005.

El documento se aplicará a los impuestos sobre la renta y a patrimonios que sean exigibles, en general, en todo el territorio ecuatoriano y suizo. Los impuestos que comprende este documento son los siguientes: en Bélgica, Impuestos a las

personas físicas, Impuesto a las sociedades, Impuesto a las personas jurídicas, Impuesto a los no residentes, Cotización especial asimilada al impuesto a las personas físicas, Contribución complementaria de crisis. En Ecuador, Impuesto sobre la renta de personas físicas y sociedades, Impuesto sobre los activos de las empresas.

El Art. 23 (2001), que se refiere al método para eliminar la doble imposición, reconoce la aplicación de dos métodos. Por un lado, tenemos al método de exención con progresividad que permite tener en cuenta los impuestos pagados en Bélgica para calcular la tasa que será aplicable a las rentas nacionales. Por otro lado, cuando se tratan de dividendos pagados por una sociedad suiza a una ecuatoriana, los intereses o cánones, se aplicará el método de imputación ordinaria, ya que se concede un crédito igual al total del impuesto pagado en Bélgica, pero esta deducción será limitada.

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y Qatar

El acuerdo entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno del Estado de Qatar para evitar la doble tributación y para prevención de la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta fue publicado en el Registro Oficial No. 628 de 16 de noviembre de 2015; y entró en vigencia en 2019. El impuesto regulado por este documento es, de manera general para ambos Estados, el impuesto a la renta. No se especifica nada más al respecto. Por otro lado, la autoridad competente para resolver temas de fiscalidad internacional, en el caso de Qatar, será el Ministro de Economía y Finanzas y, en Ecuador, contaremos con el Director General del Servicio de Rentas Internas, cada quien con sus respectivos representantes.

En este caso, si bien el convenio se fundamenta en el criterio de vinculación de residencia -es decir, solamente, el país de origen del contribuyente tendrá derecho a gravar las rentas obtenidas por el mismo- existen ciertas excepciones, como en el caso de los beneficios empresariales. Su potestad tributaria para gravar impuestos por parte de cualquiera de los Estados dependerá de la existencia de un establecimiento permanente. De manera prioritaria, el derecho a someter a imposición estos rubros será para el Estado de residencia de la empresa que los obtuvo, salvo que esta mantenga un establecimiento permanente en el otro Estado, en cuyo caso será este último quien se reserve ese derecho.

Es importante señalar que, en este último caso, se realizará un reparto total de los beneficios obtenidos entre los diversos establecimientos existentes. Lo mismo sucede en el caso del Art. 10 del mismo cuerpo normativo (2015), que trata de los dividendos que hayan sido efectivamente pagados por una empresa residente de un Estado a otro Estado. En este caso, pueden presentarse dos supuestos: el primero que permite, en principio, al Estado de residencia de la sociedad gravar las rentas obtenidas y el segundo que le da la posibilidad, al Estado de la

Fuente, de someter a imposición dichos ingresos pero limitándose a un 5% y 10% en determinadas situaciones. Similar cuestión sucede en el caso de las regalías, regulado en el Art. 12 del mismo documento.

Sobre la forma de evitar la doble imposición el Art.23, de igual manera se menciona en su literal b que se aplicará el método de imputación ordinaria para el caso en que: “Un residente de Ecuador obtenga rentas que de acuerdo con las disposiciones de los artículos 10, 11 y 12 puedan someterse a imposición en Qatar”. Es decir, para los casos de los dividendos, regalías e intereses. Mientras que las demás rentas serán tratadas conforme el método de exención con progresividad, ya que los ingresos extranjeros serán considerados como parte de la base imponible para efectos de determinar la tarifa progresiva que se aplicará a las rentas no exoneradas.

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y Rusia

El convenio para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, celebrado entre Ecuador y Rusia, también es uno de los más recientes suscritos por nuestro país. Fue publicado en el Registro Oficial Suplemento No.159 el 12 de enero de 2018 y entró en vigencia en 2019. Los impuestos comprendidos son los siguientes: en Rusia, Impuesto sobre las ganancias de organizaciones, Impuestos sobre renta de personas naturales; en Ecuador, Impuesto a la renta de personas naturales, sociedades y entidades similares.

De manera muy resumida, los artículos contemplados dentro de este cuerpo normativo estarán dirigidos a regular todo lo relativo a los ingresos percibidos por la venta de bienes inmuebles, los beneficios empresariales, la explotación de buques o aeronaves en el ámbito internacional. Además, regulará la situación en el caso de ingresos de socios de ambos Estados, al igual que lo relativo a los dividendos, regalías, ganancias de capital, funciones públicas, entre otras. De igual forma, dentro de su estructura, se contempla la imposibilidad de que los beneficios de índole fiscal otorgados a los funcionarios diplomáticos sean alterados.

En lo referente al Art. 22 (2018), en su literal a, trata sobre el mecanismo para eliminar la doble imposición. Se debe mencionar que, si bien se trata el método de exención, no se especifica la modalidad en virtud de la cual este será aplicado. Por esto, lo que una interpretación literal podría considerarlo en su integral, mientras que tratándose de dividendos, intereses y regalías el método de imputación ordinaria será el rector.

Convenio suscrito entre la República del Ecuador y la República de Corea del Sur, China, Singapur y Japón

Estos últimos convenios los he agrupado porque, si bien se pueden encontrar diferencias puntuales con respecto a los impuestos que serán regulados en cada

convenio, estos hacen uso de los mismos mecanismos para la eliminación de doble imposición internacional. Así, por un lado, tenemos el acuerdo entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular China para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal con respecto a los impuestos sobre la renta que fue suscrito el 21 de enero de 2013 y publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 85 de 20 de septiembre de 2013. Sin embargo, este únicamente comenzó a regir a partir del año 2015. Por otro lado, dentro de la misma línea temporal, tenemos el convenio celebrado conjuntamente con Corea del Sur, mismo que fue suscrito el 8 de octubre de 2012, publicado en el Registro Oficial No. 124 de 15 de noviembre de 2013 y el cual se encuentra vigente desde 2014.

En este contexto, también encontramos el Convenio para evitar la doble tributación y para la prevención de la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta suscrito con Singapur el 27 de junio de 2013 y publicado en el Registro Oficial No. 307 el 8 de agosto de 2014, mismo que rige a partir de 2016. Tres años después, nos encontramos con la celebración de un tratado con Japón que, a más de eliminar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal, también busca combatir el problema de la elusión. Este documento fue suscrito en Quito el 15 de enero de 2019, publicado en el Registro Oficial Nro. 132 el 30 de enero de 2020 y está vigente desde entonces.

En lo que se refiere a los impuestos comprendidos dentro de los respectivos documentos tenemos los siguientes: en Corea (2013), Impuestos a la renta, Impuesto de sociedades, Impuesto especial para el desarrollo rural, Impuesto sobre las rentas locales. En China (2013), Impuestos a la renta de personas naturales y sociedades. En Singapur (2014), Impuesto a la renta. En Japón (2020), Impuestos a la renta, Impuesto sobre sociedades, Impuesto especial a la renta por reconstrucción, Impuesto de sociedades locales, Impuesto local sobre habitantes. En Ecuador, Impuesto a la Renta.

En lo que respecta al convenio celebrado, conjuntamente, con Japón -a diferencia de los demás- se debe mencionar que este es mucho más específico al referirse a las rentas que serán consideradas para efectos del pago de impuesto a la renta de los residentes. Así el Art. 1 numeral 2 menciona que:

Las rentas derivadas de o a través de una entidad o acuerdo que sea tratado total o parcialmente como fiscalmente transparente según la legislación fiscal de cualquiera de los Estados Contratantes, se considerarán rentas de un residente de un estado contratante, pero solo en la medida en que esos ingresos se consideren para los fines tributarios del Estado contratante como ingresos de un residente de ese estado contratante. (p. s.n).

A pesar de sus diferencias, estos cuatro últimos convenios -al igual que los demás- mantendrán un sistema mixto para el tratamiento de la doble imposición, ya que tanto sus artículos 23 y 22 de sus respectivos cuerpos normativos determinan el

método de exención como aquel que regirá de manera general para ciertas rentas que podrán ser consideradas como parte de la base imponible para determinar la tasa a aplicarse. En cambio, de acuerdo a los casos de los artículos 10, 11 y 12, tanto los dividendos, intereses como las regalías se someterán al método de crédito tributario en su modalidad limitada.

Método incorporado por el Sistema Tributario Ecuatoriano en el artículo 49 de la Ley de Régimen Tributario Interno

La legislación tributaria del Ecuador ha venido actualizándose constantemente desde épocas pasadas con el objetivo de ir adaptándose, poco a poco, a la realidad social y económica del país. Así, este cuerpo normativo se ha ido perfeccionando con respecto a los pagos realizados en el exterior en donde, además, se ha incluido el tratamiento que se le deberá otorgar a las rentas obtenidas en el extranjero. Estas serán tomadas en consideración en virtud de varios métodos identificados dentro de la normativa y que, como tales, buscan disminuir el gravamen que deberán soportar los contribuyentes e incentivar así también las inversiones extranjeras.

Como parte de los antecedentes de la actual Ley de Régimen Tributario Interno debemos hacer referencia a aquella que fue publicada en el Registro Oficial Nro. 341 el 22 de diciembre de 1989. Esta ley en su Art. 48 regulaba todo lo referente a los impuestos que eran, efectivamente, pagados en el extranjero. Este artículo señalaba lo siguiente:

Crédito Tributario por Impuestos Pagados en el Extranjero. - Sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales, las personas naturales residentes en el país y la sociedades nacionales que perciban ingresos en el exterior sujetos al impuesto a la renta en el país de origen, tienen derecho a descontar del impuesto a la renta causado en el Ecuador, el impuesto pagado en el extranjero sobre esos mismos ingresos, siempre que el crédito no exceda del valor del impuesto atribuible a dichos ingresos en el Ecuador (Plenario de las Comisiones Legislativas, 1989, p. s.n).

Una interpretación literal del mencionado artículo nos lleva, fácilmente, a identificar el método de crédito tributario limitado o imputación ordinaria como aquel rector para el tratamiento de las rentas antes mencionadas. Esto, porque para otorgar el crédito correspondiente se fijaba como límite la tasa vigente en aquella época en el Ecuador. A pesar de lo mencionado, este mecanismo únicamente estuvo vigente hasta el año 2007 ya que, consecuentemente, se promulgó la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria (2007). Esta ley fue publicada en el Registro Oficial Suplemento Nro. 242. En su Art. 102, cambiaba el método a utilizarse en el caso de las rentas obtenidas en el extranjero por parte de personas naturales o jurídicas residentes en el Ecuador. De esta manera, el artículo determina lo siguiente:



Tratamiento sobre rentas del extranjero. - Toda persona natural o sociedad residente en el Ecuador que obtenga rentas en el exterior, que hayan sido sometidas a imposición en otro Estado, se excluirá de la base imponible en Ecuador y, en consecuencia, no estarán sometidas a imposición. En el caso de rentas provenientes de paraísos fiscales, no se aplicará la exención y las rentas formarán parte de la renta global del contribuyente. En el reglamento se establecerán las normas para la aplicación de las disposiciones de este artículo (p. s.n).

El método de exención integral es, claramente, visible en las líneas anteriores y se encuentra, actualmente, vigente dentro de nuestro sistema tributario. Tal es así, que la Ley de Régimen Tributario Interno en su Art. 49 lo determina en las mismas palabras. Esta medida, de igual forma y para una mejor aplicación, se encuentra regulada en los artículos 10 y 136 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno (2015). Su texto señala lo siguiente:

Otros ingresos gravados. - Toda persona natural o sociedad residente en el Ecuador que obtenga rentas en el exterior, que han sido sometidas a imposición en otro Estado, deberá registrar estos ingresos exentos en su declaración de Impuesto a la Renta. En uso de su facultad determinadora la Administración Tributaria podrá requerir la documentación que soporte el pago del impuesto en el exterior, de conformidad con la legislación vigente.

Toda persona natural o sociedad residente en el Ecuador que obtenga rentas en el exterior, que han sido sometidas a imposición en otro Estado, deberá registrar estos ingresos exentos en su declaración de Impuesto a la Renta. En uso de su facultad determinadora, la Administración Tributaria podrá requerir la documentación que soporte el pago del impuesto en el exterior, de conformidad con la legislación vigente.

En el caso de rentas provenientes de paraísos fiscales, no se aplicará la exención y las rentas formarán parte de la renta global del contribuyente. Para el efecto, se deberá considerar el listado de paraísos fiscales emitido por la Administración Tributaria (p. s.n.). De la misma manera, el Art. 136 establece lo siguiente:

Impuestos pagados en el exterior. -Sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales, las personas naturales residentes en el país y las sociedades nacionales que perciban ingresos en el exterior sujetos a Impuesto a la Renta en el Ecuador, que hubiesen sido sometidos a imposición en otro Estado, se excluirán de la base imponible en el Ecuador, y se tratarán como rentas exentas.

Para el efecto se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) Lo dispuesto anteriormente aplicará también en el caso de dividendos distribuidos por sociedades extranjeras sobre utilidades obtenidas en el exterior, a sociedades o personas naturales residentes en el Ecuador, siempre que la

sociedad extranjera haya tributado en el exterior por las rentas que generaron dichos dividendos.

- b) Salvo los casos determinados en este artículo, en el caso de rentas provenientes de paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, o de países donde dichas rentas no hayan sido sometidas a gravamen, éstas formarán parte de la renta global para el cálculo del impuesto, constituyéndose el impuesto pagado, de haberlo, en crédito tributario.
- c) El impuesto a la renta causado por las sociedades se entenderá atribuible a sus accionistas, socios o partícipes cuando éstos sean sociedades domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, pero deberá realizarse la retención en la fuente adicional sobre el dividendo distribuido, conforme a la ley y el porcentaje establecido por el Servicio de Rentas Internas dentro del límite legal.

No obstante, dicha retención adicional también será considerada como crédito tributario por parte de las personas naturales residentes en el Ecuador, quienes perciban dividendos que provengan íntegramente de dividendos distribuidos por sociedades nacionales a sociedades domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición.

Lo establecido en el inciso primero no aplicará a los dividendos o utilidades distribuidos a favor de personas naturales residentes en el Ecuador por sociedades extranjeras, no domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, originados o provenientes a su vez de dividendos sobre utilidades de sociedades nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador. Lo definido en este artículo aplicará para el caso de beneficios entregados por fideicomisos que provengan de dividendos percibidos, en lo que sea pertinente (p. s.n.).

Una vez identificados todos los artículos que regulan los métodos a aplicarse en el caso de ingresos extranjeros, podemos determinar que conforme lo regulado en el artículo 49 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el Artículo 10 y 136 inciso primero de su respectivo reglamento, el mecanismo que se maneja dentro del territorio ecuatoriano es el de la exención en su modalidad integral. Se señala que para el cálculo del impuesto a la renta a pagar dentro del país no se tomarán en cuenta los ingresos que hayan sido obtenidos y, efectivamente, tributados en el extranjero, puesto que estos serán considerados como exentos y, por ende, no estarán sujetos a imposición.

Por otro lado, en los artículos mencionados se señala, claramente, que para el caso de ingresos obtenidos en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, el tratamiento fiscal será diferente y, en este caso, se hará uso del método de crédito tributario absoluto o imputación integral. Esto se debe a que todos esos ingresos servirán para calcular la base imponible respectiva y, en caso de que haya existido retención alguna, estos valores serán tomados como crédito

tributario. Con todo lo expuesto, nos queda claro el mecanismo que utiliza la legislación tributaria interna del Ecuador para contrarrestar la doble imposición internacional.

Análisis del tratamiento diferenciado entre contribuyentes ecuatorianos al someterse a los distintos métodos reconocidos por Ecuador

Para concluir con el desarrollo de este capítulo, haremos un análisis detallado de cómo la aplicación de los diversos métodos contemplados por la normativa interna e internacional tributaria ecuatoriana devienen en un tratamiento diferenciado entre los contribuyentes ecuatorianos. Haciendo una recapitulación de los mecanismos incorporados por el sistema normativo ecuatoriano en materia de fiscalización internacional para eliminar o atenuar la doble imposición, debemos mencionar que -de acuerdo al artículo 49 de la Ley de Régimen Tributario Interno (2019) y el artículo 136 de su Reglamento (2015)- se identifica al método de exención integral como aquella medida de carácter unilateral incorporada dentro de la legislación interna. Por otro lado, tenemos los métodos incorporados dentro de los diversos tratados celebrados por el Ecuador, tales como el método de crédito fiscal -tanto en su modalidad absoluta como limitada- y el método de exención, en su modalidad integral y en su modalidad con progresividad.

A través del ejemplo práctico que se planteará en las siguientes líneas, se podrá evidenciar que -al aplicarse esta gran variedad de métodos- los sujetos pasivos del impuesto a la renta se verán afectados por cuanto, evidentemente y de acuerdo al caso en concreto- tendrán que sujetarse a tasas impositivas diferentes. Por lo mismo, esto determinará un impuesto final a pagar que variará, ya que la forma de calcular el mismo será distinta a pesar de que estos contribuyentes puedan mantener una capacidad contributiva similar.

Como ya analizamos en el capítulo uno de esta investigación, con base en los criterios doctrinarios expuestos, el principio de equidad es considerado como un principio tributario por excelencia. Esto se debería a que este principio es la base de un sistema impositivo justo y que, según la doctora Vázquez (2017), está relacionado con la capacidad económica de las personas, ya que quienes gocen de una capacidad similar deberán estar sujetas a una carga tributaria igual. Sin embargo, la realidad es totalmente diferente, ya que -como veremos más adelante- la fuente de donde provienen los ingresos de personas con capacidad contributiva igual influye de manera determinante en el método a aplicar para evitar la doble tributación. Por ende, influye en el valor final de impuestos que deberán cancelar, inobservando -y por lo mismo vulnerando- el principio de equidad que, incluso, ha sido reconocido dentro de la Constitución de la República del Ecuador. Los ingresos obtenidos por personas naturales o jurídicas residentes en el país recibirán un tratamiento distinto, dependiendo del lugar de donde estas provengan.

De manera más concreta, si el contribuyente X residente del Ecuador obtienen un total de ingresos de 2,000 dólares por sus servicios prestados en Guatemala (país con el que el Ecuador no ha suscrito un CDI), a este se le aplicará el método de exención integral contemplado en la Ley de Régimen Tributario Interno. En cambio, a Y -igualmente residente de Ecuador y con la misma cantidad de ingresos obtenidos, en este caso en Bélgica- se le aplicará el método de crédito tributario limitado y, por lo mismo, terminará pagando un valor total por concepto de impuestos evidentemente mayor que X quien tendrá una mayor ventaja fiscal en este escenario. La existencia de un tratamiento diferenciado por parte del régimen tributario impuesto a los contribuyentes ecuatorianos aporta al fortalecimiento de prácticas contrarias a la moral tributaria como son la evasión y elusión fiscal. No es nuevo para todos que, muchas personas siempre buscan la manera de pagar la menor cantidad de impuestos que les sea posible.

Adicionalmente, el principio de neutralidad también podría verse afectado por la aplicación de los diversos métodos contemplados anteriormente. Esto se debe a que el contribuyente -al verificar que existen cargas tributarias diferentes, dependiendo del país en el que se desarrolle las actividades económicas- comenzará a tomar decisiones económicas con base en la presión del sistema fiscal, mismo que pasará a ser un factor decisivo al momento de escoger el lugar de inversión de los contribuyentes, quienes buscarán siempre lo más conveniente para su economía.

Para una comprensión más clara de lo señalado, desarrollaremos un caso práctico teniendo en cuenta la tabla para la liquidación del impuesto a la renta actualizada al año 2021 vigente en el Ecuador. A través del ejemplo que se presentará, podremos identificar el tratamiento diferenciado al que hicimos alusión en líneas anteriores. Los métodos que se aplicarán en este caso serán el método de exención en su modalidad integral y con progresividad, y el método de crédito tributario en su modalidad íntegra y limitada que son en sí todos los incorporados por la legislación tributaria ecuatoriana.

Tabla 8

Tabla para impuesto a la Renta 2021

| Fracción Básica | Exceso Hasta | Impuesto sobre la Fracción Básica | % Impuesto sobre la Fracción Excedente |
|-----------------|--------------|-----------------------------------|--|
| \$0 | \$ 11.212 | 0 | 0% |
| \$11.212 | \$ 14.285 | 0 | 5% |



| | | | |
|-----------|-------------|--------|-----|
| \$14.285 | \$ 17.854 | 154 | 10% |
| \$17.854 | \$ 21.442 | 511 | 12% |
| \$21.442 | \$ 42.874 | 941 | 15% |
| \$42.874 | \$ 64.297 | 4.156 | 20% |
| \$64.297 | 85.729 | 8.440 | 25% |
| \$85.729 | 114.288 | 13.798 | 30% |
| \$114.288 | En adelante | 22.366 | 35% |

Fuente: Resolución No. NAC-DGERCGC20-00000077 publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 359 de 30 de diciembre de 2020

El caso se resume de la siguiente manera: La señora María Alejandra López residente de Ecuador, presta sus servicios de limpieza en la empresa "Inglesa S.A" ubicada en el país ABC, por lo cual percibe un ingreso total de 18,000 dólares. Adicionalmente, la señora López obtiene un total de 30,000 dólares en su país de residencia. Para efectos del cálculo, al impuesto a la renta se considerará que el país ABC mantiene una tasa de imposición del 15%. De acuerdo a la tabla para el cálculo del impuesto a la renta, tendríamos los siguientes valores:

Tabla 9

Método de Exención Integral

| | |
|---|-------------------------------|
| Rentas obtenidas en ABC | 18,000 |
| Retención del Impuesto a la Renta en ABC (15%) | $18,000 \times 0.15 = 2,700$ |
| Ingresos obtenidos en Ecuador | 30,000 |
| Fracción Básica | 21,442 |
| Impuesto Fracción Básica | 941 |
| Fracción Excedente | 8,558 |
| Impuesto Fracción Excedente 15% | $8,558 \times 0.15 = 1,283.7$ |
| Total impuesto a la renta a pagar en Ecuador | $1,283.7 + 941 = 2,224.7$ |
| Valor total por concepto de impuesto a la renta cancelado | $2,224.7 + 2,700 = 4,924.7$ |

Tabla 10

Método de Exención con Progresividad

| | |
|---|--|
| Rentas obtenidas en ABC | 18,000 |
| Retención del Impuesto a la Renta en ABC (15%) | $18,000 \times 0.15 = 2,700$ |
| Base imponible para efectos de calcular la tarifa aplicable | $18,000 + 30,000 = 48,000$ |
| Cuotas a efectos de tipo de gravamen | Fracción Básica: 42,874 Impuesto a la Fracción Básica: 4,156 Fracción Excedente 5,126 Impuesto fracción excedente (20%)= 5,126 $\times 0.20 = 1,025.2$ Valor total: $1,025.2 + 4,156 = 5,181.2$ |
| Tipo medio de gravamen aplicable | $5,181.2 / 48,000 = 0.107$ |
| Base imponible (sin considerar rentas en ABC) | 30,000 |
| Tarifa aplicable | 10.7% |
| Impuesto a pagar en Ecuador | $30,000 \times 0.107 = 3,210$ |
| Valor total a cancelar por concepto de impuesto a la renta. | $3,210 + 2,700 = 5,910$ |

Tabla 11

Método de Imputación Integral

| | |
|---------------------------------------|--|
| Rentas obtenidas en ABC | 18,000 |
| Rentas obtenidas en Ecuador | 30,000 |
| Rentas que incluyen la base imponible | $18,000 + 30,000 = 48,000$ Fracción Básica: 42,874 Impuesto Fracción Básica: 4,156 |



| | |
|---|---|
| | Fracción Excedente: 5,126 |
| | Impuesto Fracción Excedente (20%): 5,126 $\times 0,20 = 1,025.2$ |
| | Total impuesto a pagar: 1,025.2+ 4,156= 5,181.2 |
| Deducción del impuesto satisfecho en ABC | 18,000 $\times 0.15 = 2,700$ |
| Total impuesto pagado en Ecuador | 5,181.2 - 2,700 = 2,481.2 |
| Valor total a cancelar por concepto de impuesto a la renta. | 2,481.2 + 2,700 = 5,181.2 |

Tabla 12

Método de Imputación Limitada

| | |
|--|--|
| Rentas obtenidas en ABC | 18,000 |
| Impuesto pagado en ABC (15%) | 18,000 $\times 0.15 = 2,700$ |
| Rentas obtenidas en Ecuador | 30,000 |
| Base imponible | 18,000 + 30,000 = 48,000 Fracción Básica: 42,874 Impuesto Fracción Básica: 4,156 Fracción Excedente: 5,126 Impuesto Fracción Excedente (20%): 5,126 $\times 0,20 = 1,025.2$ Total impuesto a pagar: 1,025.2+ 4,156= 5,181.2 |
| Deducción impuesto extranjero | $(5,181.2 \times 18,000) / 48,000 = 1,942.95$ |
| Impuesto a la renta total a pagar en Ecuador | 5,181.2 - 1,942.95 = 3,238.25 |
| Valor total a cancelar por concepto de impuesto a la renta | 3,238.25 + 2,700 = 5,928.25 |

Conforme podemos evidenciar en el desarrollo del caso en concreto, mediante la aplicación de los diferentes métodos, se puede concluir que, de acuerdo al artículo 49 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (2019), si un contribuyente Ecuatoriano realiza alguna actividad económica en un país con el cual el Ecuador no haya suscrito un CDI -como por ejemplo Guatemala-, el sujeto pasivo deberá sujetarse al método de exención en su modalidad integral para contrarrestar la doble imposición internacional teniendo que pagar así por concepto de impuesto a la renta un valor final de 4,924.7 dólares. En tanto que, si este mismo contribuyente hubiera decidido invertir en Corea del Sur, por ejemplo, el método a aplicar sería el de exención con progresividad arrojando un valor total a cancelar más gravoso que en aplicación del anterior, teniendo que cubrir un valor total de 5,910 dólares.

Por otro lado, en este mismo contexto, si se tratara de una inversión realizada en Chile, y de acuerdo al método de imputación integral que se encuentra contemplado en el Convenio suscrito conjuntamente con el Ecuador, se deberá cancelar un valor total de 5,181.2 dólares, mientras que si se tratara de una actividad económica realizada en Rumania y con base en el método incorporado dentro del CDI que es el de imputación limitada, el valor final sería 5,928.25 dólares. Incluso, en este último caso, no se llegó a solventar totalmente el problema fiscal, ya que se generó un supuesto de doble imposición por un valor total de 757.05 dólares.

Con todo lo mencionado, se puede verificar claramente la existencia de un tratamiento diferenciado entre contribuyentes con igual capacidad económica. Esto dependerá, en gran medida, del lugar en donde se decida invertir el dinero, con lo cual queda demostrado que, evidentemente, se está vulnerando el principio de equidad horizontal. Como consecuencia, se estaría contribuyendo –indirectamente- a la evasión del pago de obligaciones tributarias porque, como menciona Castañeda (2015):

El ser humano como un individuo social siempre verá como un referente a la forma de acuerdo de sus allegados y por lo mismo, (...) una forma para juzgar si deben pagar un impuesto es comparar la carga tributaria propia con la de los vecinos, que razonablemente tendrán una capacidad de pago similar... (p.132).

Por otro lado, el principio de neutralidad también es uno de los pilares fundamentales para la constitución de un régimen tributario justo. Valenzuela Vera (2017) menciona: “Un buen sistema tributario debe interferir lo menos posible en las decisiones de mercado” (p. 101). En este caso, de igual manera, estaría siendo vulnerado, toda vez que evidentemente el importe de la carga fiscal será determinante a la hora de impulsar a los contribuyentes a realizar o no inversiones en ciertos países. Con todo lo manifestado, además, se justifica la necesidad de que los sistemas tributarios se estructuren de manera armónica, identificando un solo mecanismo para contrarrestar la doble imposición internacional que permita beneficiar tanto a la economía del país como a sus contribuyentes.

Conclusiones y recomendaciones

- Una vez analizado, detalladamente, el problema de la doble imposición internacional se han llegado a las siguientes conclusiones:
- La globalización ha contribuido al crecimiento económico de un sinnúmero de países, que se han visto beneficiados por el intercambio de bienes, servicios y capitales. A su vez, este fenómeno ha influenciado en la estructura del régimen tributario que se maneja dentro de los Estados, los cuales se han adaptado a los cambios y a los nuevos problemas que han surgido como consecuencia de la expansión del comercio, como el de la doble imposición.
- La doble imposición se origina, principalmente, por la concurrencia de dos o más potestades tributarias, lo cual ocasiona que los ingresos de un mismo sometidos a imposición en dos Estados diferentes y dentro de un mismo período de tiempo.
- La doble tributación trae consigo una serie de efectos negativos que influyen en la economía tanto de los sujetos pasivos como del Estado mismo, ya que disminuyen considerablemente las inversiones extranjeras y la recaudación de impuestos.
- Los Estados, al enfrentarse a este fenómeno fiscal, han decidido incorporar dentro de sus ordenamientos jurídicos tributarios medidas tanto unilaterales como bilaterales y multilaterales que permitan evitar la doble tributación. Las medidas unilaterales se refieren al mecanismo interno que se utiliza para contrarrestar este problema; mientras que, al referirnos a aquellas bilaterales o multilaterales, se tratan de los Convenios Internacionales para Evitar la Doble Imposición (CDI).
- A través de los CDI, los Estados distribuyen entre sí la potestad de gravar determinadas rentas, a efectos de evitar que un contribuyente deba tributar dos veces por una misma renta. Así, ha sido la herramienta más efectiva hasta el momento.
- Tanto las medidas unilaterales como bilaterales y multilaterales se fundamentan en el uso de métodos específicos para eliminar la doble tributación. En el caso del sistema tributario ecuatoriano, el artículo 49 de la Ley de Régimen Tributario se refiere al método de exención integral como medida unilateral. En cambio, los convenios que ha celebrado el país han incorporado dentro de su contenido al método de exención en su modalidad integral y con progresividad, y el método de crédito tributario limitado o absoluto.
- Los métodos para efectos de calcular el total de impuesto a la renta a pagar por parte de un contribuyente operan de manera muy diferente. Esto deviene en diferentes tarifas a aplicar para el caso en concreto y, por lo mismo, los resultados variarían.

- La falta de estandarización en la aplicación de esta gran gama de mecanismos ha provocado que se vulnere al principio de equidad en su modalidad horizontal y el principio de neutralidad, mismos que a más de ser los pilares fundamentales del Derecho Internacional Tributario, son imprescindibles a la hora de estructurar un sistema impositivo justo.
- El principio de equidad se fundamenta en el tratamiento igualitario entre contribuyentes con la misma capacidad económica, que se vulnera al momento de que un sujeto pasivo decide invertir en un país con el cual el Ecuador ha suscrito un CDI. La aplicación de estos métodos tendrá como resultado una carga fiscal mayor o menor dependiendo del caso, provocando un tratamiento diferenciado entre iguales.
- El principio de neutralidad, por otro lado, se refiere a que las leyes en general no deben interferir en las decisiones económicas. Este principio, de igual manera, está siendo inobservado, por cuanto evidentemente la carga fiscal final que debe soportar un contribuyente es un factor decisivo a la hora de invertir en determinado país.
- Se recomienda a los agentes del Estado que difundan el contenido de los diversos *Convenios para evitar la doble imposición* suscritos por el Ecuador, para que los contribuyentes puedan beneficiarse de sus disposiciones.
- Toda persona que desee desarrollar sus actividades económicas en el extranjero debería informarse, previamente, sobre la legislación interna de este otro país con el objetivo de tener presente las posibles consecuencias fiscales a las que deberá enfrentarse. De ser el caso, el tratamiento tributario que recibirán las rentas que este percibirá.
- Como punto final y al evidenciar las consecuencias de haber incorporado diversos mecanismos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se propone que -una vez analizada la situación económica del país- se identifique el método que sea más beneficioso tanto para el Estado como para los contribuyentes, y este sea adaptado a las medidas unilaterales, bilaterales y multilaterales. Esto tiene como objetivo garantizar el respeto del principio constitucional de equidad y el principio de neutralidad.

Referencias

Acuerdo entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Belarús para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal con respecto a los impuestos a la renta y sobre la propiedad. (10 de noviembre de 2017). Registro Oficial No. 117.



- Acuerdo entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Singapur para evitar la doble tributación y para la prevención de la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta. (8 de agosto de 2014). Registro Oficial No. 307.
- Acuerdo entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular China para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal con respecto a los impuestos sobre la renta. (20 de septiembre de 2013). Registro Oficial No. 85.
- Acuerdo entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno del Estado de Qatar para evitar la doble tributación y para la prevención de la evasión en materia de impuestos sobre la renta. (16 de noviembre de 2015). Registro Oficial No. 628.
- Ambite, A. M., & López, C. (2014). *Doble imposición internacional en una economía globalizada: problemática en la empresa española*. Recuperado el 10 de marzo de 2021, de https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/17_01.pdf
- Arriola, A. (2014). *Derecho Fiscal*. México, México: Themis Editores. Recuperado el 10 de marzo de 2021
- Asamblea Nacional Constituyente. (29 de diciembre de 2007). *Ley reformatoria para la equidad tributaria del Ecuador*. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 242. Recuperado el 29 de mayo de 2021, de <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-11/ley%20equidad.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado el 10 de marzo de 2021
- Asamblea Nacional Constituyente. (28 de febrero de 2015). *Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno*. Ecuador: Registro Oficial No. 448. Recuperado el 29 de mayo de 2021, de <https://www.sri.gob.ec/BibliotecaPortlet/descargar/2f052de7-67ff-43bo-bfe2-65f42db24c93/REGLAMENTO+APLICACION+DE+LA+LEY+DE+REGIMEN+TRIB UTARIO+INTERNO.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente. (21 de agosto de 2018). *Código Tributario*. Montecristi, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado el 11 de marzo de 2021
- Asamblea Nacional Constituyente. (31 de diciembre de 2019). *Ley de Régimen Tributario Interno*. (R. O. 2014, Recopilador) Montecristi, Ecuador.

Recuperado el 22 de marzo de 2021, de https://www.ces.gob.ec/lotaip/Anexos%20Generales/a2/Reformas_febrero_2020/L%20EY%20DE%20REGIMEN%20TRIBUTARIO%20INTERNO.pdf

- Batiffol, H. (1974). *Droit International Privé*. París, Francia. Recuperado el 2 de abril de 2021
- Baylis, J., & Smith, S. (2005). *The Globalization of Worth Politics*. New York: Oxford University Press. Recuperado el 9 de marzo de 2021
- Borderas, E., & Moles, P. (2008). *Derecho Tributario Internacional* (1 ed., Vol. 1). Barcelona, España: El Fisco. Recuperado el 5 de abril de 2021, de https://www.ciat.org/Biblioteca/AreasTematicas/DerechoTributario/DTIInternacional/2008_derecho_tributario_internacional_vol+1_borderas_moles.pdf
- Borrás, A. (1974). *La doble imposición internacional: problemas jurídico-internacionales*. Madrid, España. doi:<https://doi.org/10.15581/010.1.564-566>
- Buhler, O. (1968). *Principios del Derecho Internacional Tributario*. Madrid, España: Derecho Financiero. Recuperado el 10 de marzo de 2021
- _____. (2012). *Nociones fundamentales de derecho Tributario*. Madrid, España: Rosaristas. Recuperado el 1 de abril de 2021
- Calderón, J. M. (1996). *La doble imposición internacional en los impuestos sobre la renta y el patrimonio y las medidas y métodos para su eliminación*. España: Universidad de la Coruña. Recuperado el 20 de marzo de 2021
- Calderón, J. M. (2010). La Doble Imposición Internacional y los Métodos para su Eliminación. *Fiscalidad Internacional*, 441-578. Recuperado el 4 de abril de 2021
- Campagnale, N., Catinot, S., & Alfredo, L. (2000). *El impacto de la tributación sobre las operaciones internacionales*. Buenos Aires, Argentina: La Ley. Recuperado el 17 de marzo de 2021
- Carrasco, P. J. (2009). Doble Imposición y Métodos para su Eliminación. *Revista Internacional Legis de Contabilidad & Auditoría*. (39), 179-204. Recuperado el 11 de abril de 2021
- Castañeda, V. (2015). La moral tributaria en América Latina y la corrupción como uno de sus determinantes. (U. N. México, Ed.) *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* (224), 103-132. Recuperado el 3 de junio de



2021, de https://drive.google.com/drive/u/1/folders/1Mtaoo-_dmiXrU-Z83oikolvRprFrmX8vK

Castañeda, V. M. (2017). La equidad del sistema tributario y su relación con la moral tributaria. Un estudio para América Latina. *Investigación Económica*, 125-152. doi:<http://dx.doi.org/10.1016/j.inveco.2017.02.002>

Centro Interamericano de Administraciones Tributarias. (31 de diciembre de 2019). CIAT. Recuperado el 1 de junio de 2021, de https://ciat.org.sharepoint.com/:x/s/cds/EXhVlNnZ8LJHliBV_cemTskBgjAQNrWacTiChxo_6ffL2w?rttime=k3gBg_4hzUg

Checa, C. (1987). Medidas y métodos para evitar la doble imposición internacional. (U. d. Extremadura, Ed.) *Anuario de la Facultad de Derecho* (5), 151-169. Recuperado el 19 de abril de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=816263>

CIAT. (2007). Biblioteca CIAT. Recuperado el 27 de marzo de 2021, de <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/828>

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (28 de abril de 2005). Registro Oficial No.6. Recuperado el 28 de marzo de 2021, de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Convenio celebrado entre Ecuador y Bélgica para evitar la doble imposición internacional en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio. (16 de marzo de 2001). Registro Oficial No. 286.

Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de Canadá para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto a la renta. (24 de octubre de 2001). Registro Oficial No. 439.

Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la Federación de Rusia para evitar la doble tributación y para la prevención de la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta. (12 de enero de 2018).

Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Argentina. (3 de marzo de 1981). Registro Oficial No. 235.

Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Francia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta. (25 de septiembre de 1992). Registro Oficial No. 34.

Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Italiana para evitar la doble imposición en materia de impuesto a la renta y sobre el patrimonio y para prevenir la evasión fiscal. (30 de marzo de 1990). Registro oficial No. 407.

Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de Rumania para evitar la doble tributación con respecto a los impuestos sobre la renta y el capital y para la prevención de la evasión fiscal. (20 de septiembre de 1995). Registro Oficial No. 785.

Convenio entre la República del Ecuador y Japón para eliminar la doble imposición con respecto a los impuestos sobre la renta y la prevención de la evasión y elusión tributaria. (30 de enero de 2020). Registro Oficial No. 132.

Convenio entre la República del Ecuador y la Confederación Suiza para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. (25 de septiembre de 1995). Registro Oficial No. 788.

Convenio entre la República del Ecuador y la República de Corea para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal respecto a impuestos sobre la renta. (15 de noviembre de 2013). Registro Oficial No. 124.

Convenio entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. (5 de agosto de 1986). Registro Oficial No. 493.

Convenio entre la República del Ecuador y la República Federativa del Brasil para evitar la doble imposición y prevenir la evasión tributaria con respecto a los impuestos sobre la renta. (2 de febrero de 1988). Registro Oficial No. 865.

Convenio entre la República del Ecuador y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta. (9 de marzo de 2001). Registro Oficial No. 281.

Convenio entre la República Oriental de Uruguay y la República del Ecuador para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y prevenir la evasión fiscal. (16 de enero de 2012). Registro Oficial No. 619.

Convenio para evitar la doble imposición entre la República del Ecuador y España. (13 de agosto de 1993). Registro Oficial No. 253.



- Convenio para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación al impuesto a la renta y al patrimonio. (14 de octubre de 2003). Registro Oficial No.239.
- Corona, J. F. (2002). La corrección de la doble imposición internacional. *Revista del Instituto de Estudios Económicos* (1), 235-258.
- Corte Constitucional. (30 de julio de 2021). (*Resolución No.14*). (R. O. 756, Recopilador) Ecuador.
- Decisión 578: Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal. (10 de noviembre de 2004). Registro Oficial Suplemento 457.
- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. (2011). *Un.org*. Recuperado el 18 de abril de 2021, de https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/UN_Model_2011_UpdateSp.pdf
- Díaz de Bernal, M. (2002). *La Doble Tributación*. Recuperado el 2 de abril de 2021, de <https://www.impuestospanama.com/monografias/117-la-doble-tributacion>
- Diez de Velasco, M. (2005). *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Madrid, España: Tecnos. Recuperado el 4 de abril de 2021, de https://franjamoradaderecho.com.ar/biblioteca/abogacia/6/INTERNACIONAL_PUB_LICO/Instituciones-de-Derecho-Internacional-Publico-Diez-de-Velazco.pdf
- Fonrouge, C. G. (1987). *Derecho Financiero* (4 ed., Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Depalma. Recuperado el 17 de marzo de 2021.
- Guerrero, R. M. (2007). Tratados internacionales para evitar la doble imposición internacional: conveniencias o sacrificios fiscales para Paraguay. (U. Católica, Ed.) *Revista Jurídica*, 443-512. Recuperado el 27 de marzo de 2021, de <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/59731>
- Gutiérrez, C. (1995). *Derecho Internacional Público*. Madrid, España: Trotta. Recuperado el 2 de abril de 2021
- Herrán, C. (2000). *La doble tributación internacional, principios y realidades de los convenios*. Bogotá, Colombia. Recuperado el 12 de marzo de 2021, de https://www.academia.edu/7989973/LA_DOBLE_TRIBUTACION_Y_REALIDADES_DE_LOS_CONVENIOS
- Linares, A. (1992). *Derecho Internacional Público* (2 ed., Vol. 1). Caracas, Venezuela: Anauco Ediciones. Recuperado el 2 de abril de 2021

- Maldonado, G. (2016). *Justicia Fiscal*. Recuperado el 4 de abril de 2021, de http://www.justiciafiscal.org/wpcontent/uploads/2016/07/DT_02_2016_Maldonado.pdf
- Maruenda, J. I. (13 de Noviembre de 2016). *Abogalista*. Recuperado el 3 de abril de 2021, de <http://www.abogalista.com/recursos/temas/principios-de-aplicacin-de-los-cdi-convenio-doble-imposicin.html>
- Montaño, C. (1999). *El Ecuador y los problemas de doble imposición internacional* (Vol. 5). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional. Recuperado el 13 de marzo de 2021, de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/187/1/SM5-Monta%C3%B1o-El%20Ecuador%20y%20los%20problemas%20de%20la%20doble%20imposici%C3%B3n%20internacional.pdf>
- Montaño, C. (2006). *Manual de Derecho Tributario Internacional* (1 ed., Vol. 25). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional. Recuperado el 21 de marzo de 2021
- OCDE. (2010). *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio*. París, Francia: Instituto de Estudios Fiscales. Recuperado el 20 de marzo de 2021, de <https://www.globbal.co/wp-content/uploads/2018/04/Modelo-de-CDI-OCDE-versi%C3%B3n-abreviada.pdf>
- Owens, E. (1980). *International Aspects of United States Taxation: Cases and Materials* (Vol. 1). Cambridge: Cambridge University Press. Recuperado el 17 de marzo de 2021
- Pedernera, J. J. (2014). *Análisis de la doble tributación internacional: aspectos relevantes*. Mendoza, Argentina. Recuperado el 24 de marzo de 2021, de https://drive.google.com/drive/u/1/folders/1Mtaoo-_dmiXrUZ83o1kolvRprFrmX8vK
- Plazas, M. (1998). *El impuesto sobre el valor agregado Iva*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis. Recuperado el 10 de marzo de 2021
- Plenario de las Comisiones Legislativas. (22 de diciembre de 1989). *Ley de Régimen Tributario Interno*. Registro Oficial No. 341. Recuperado el 29 de mayo de 2021, de https://docs.bvsalud.org/leisref/2018/11/1966/ecu_1989_r_law_56.pdf
- Quiñonez, R. A., & De la Cruz, W. A. (2014 de junio de 2008). *La Doble Imposición Internacional Aplicado a un Caso Práctico de la Compañía Internacional Water Services Residente en Rumania y Ecuador*. Recuperado el 17 de marzo de 2021, de <http://www.dspace.espol.edu.ec/bitstream/123456789/5915/1/D-39117.pdf> [



- Rohatgi, R. (2008). *Principios básicos de tributación internacional*. Bogotá, Colombia: Legis Editores. Recuperado el 10 de marzo de 2021
- Sainz De Bujanda, F. (1993). *Lecciones de derecho financiero* (10 ed.). Madrid, España: Universidad Complutense. Recuperado el 17 de marzo de 2021
- Schindel, Á. (2005). *Los criterios de la fuente y de la residencia*. Buenos Aires, Argentina: Ábaco de Rodolfo Depalma. Recuperado el 11 de marzo de 2021
- Spicer, M., & Becker, L. (1980). Fiscal Inequality and Tax Evasion: An Experimental Approach. *National Tax Journal*, 33, 171-175. Recuperado el 10 de marzo de 2021
- Stiglitz, J. (1995). *La economía del sector público* (3 ed.). Barcelona, España: Antoni Bosch Editor. Recuperado el 10 de marzo de 2021, de <https://desarrollomedellin.files.wordpress.com/2018/08/stiglitz-2000-tercera-edicion.pdf>
- Torres, Y. (2011). *Retos y Perspectivas Jurídicas para Eliminar la Doble Imposición Internacional Tributaria en el Ordenamiento Jurídico Internacional*. La Habana, Cuba: UHC. Recuperado el 20 de marzo de 2021
- Troya Jaramillo, J. V. (1990). *Derecho Internacional Tributario*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional. Recuperado el 10 de marzo de 2021
- Valenzuela, F. (20 de enero de 2017). Incentivo a las exportaciones en el Ecuador: restitución del impuesto al valor agregado (IVA), y su relación con los principios de neutralidad impositiva y cláusula de no discriminación. (E. A. Gómez, Ed.) *Revista de Derecho Foro: Derecho Tributario* (15), 99-116. Recuperado el 2 de junio de 2021, de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/397/392>
- Vallejo, J. M., & Gutiérrez, M. (2003). *Repositorio Digital Comisión Económica para América Latina y el Caribe*. (I. d. Fiscales, Ed.) Recuperado el 22 de marzo de 2021, de <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/34944>
- Vázquez, M. (10 de 2017). Percepción de la Equidad Tributaria. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. Recuperado el 10 de marzo de 2021, de <https://www.umed.net/rev/caribe/2017/10/equidad-tributaria-cuba.html>
- Villegas, H. (1984). *Curso de Finanzas. Derecho Financiero y Tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial De Palma. Recuperado el 10 de marzo de 2021, de file:///C:/Users/ADMIN-MINEDUC/Downloads/Villegas_Hector_Curso_de_Finanzas_Derech.pdf

El derecho al medio ambiente sano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Análisis del caso Opinión Consultiva OC-23/17

Jennifer Thalía Álvarez Nugra

Siglas y acrónimos

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos. CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

COA: Código Orgánico del Ambiente.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

IPPC: Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. OEA: Organización de Estados Americanos.

ODM: Objetivos del Desarrollo del Milenio. ODS: Objetivos del Desarrollo Sostenible. OMS: Organización Mundial de la Salud. ONU: Organización de las Naciones Unidas. PSS: Protocolo de San Salvador.

SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Introducción

Actualmente, la contaminación ambiental resulta un problema social realmente preocupante a nivel mundial, debido a las consecuencias negativas que causa en los diferentes ecosistemas naturales. Además, repercute negativamente en el goce de los derechos humanos de las personas, llegando a afectar incluso el derecho básico y fundamental, que es el derecho a la vida.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ejerce un importante rol en la protección y garantía de los derechos humanos; sus organismos (CIDH y Corte IDH) a través de sus diferentes pronunciamientos han contribuido en el desarrollo y ejercicio de los derechos. La Corte IDH, que es el órgano jurisdiccional, sin duda, ha jugado un rol trascendental al respecto, mediante el ejercicio de su competencia contenciosa y consultiva. Esta última ha sido objeto de un debate doctrinario respecto a si las mismas poseen o no un carácter vinculante. Esto mismo es lo que se tratará de discernir en este estudio.

En el presente trabajo, se realiza un análisis técnico y jurídico de la Opinión Consultiva OC- 23/17, que relaciona el cuidado del Medio Ambiente con los Derechos Humanos. Esta opinión consultiva fue solicitada por la República de Colombia y, luego de admitida y del trámite correspondiente, fue emitida por la Corte IDH el 15 de noviembre de 2017. Todo esto, con el fin de conocer su relevancia y efectos jurídicos. El presente estudio está estructurado en cinco capítulos; en el primer capítulo, se encuentra el planteamiento del problema, la hipótesis, la unidad de análisis, los objetivos, el contexto del caso y sus antecedentes. En general, el marco normativo y teórico. Además, se refiere a la lógica que vincula los datos, al análisis e interpretación, a la cronología del caso objeto de análisis, y a las fuentes de consulta y recursos utilizados. El segundo capítulo contiene un análisis normativo de la figura de la Opinión Consultiva ante la Corte IDH, comenzando con una breve referencia al SIDH, para luego pasar al análisis que aborda el punto de vista de la Corte IDH.

El tercer capítulo se centra, en el análisis de la solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Colombia. Resume las consideraciones jurídicas y de hecho que originaron la consulta, los parámetros específicos de la consulta y la reformulación que efectuó la Corte IDH a las preguntas planteadas por el Estado consultor.

El tercer capítulo realiza un análisis de la Opinión Consultiva OC-23/17. El análisis abarca los principales temas tratados por el Tribunal de la Corte IDH. Entre esos temas, están: la relación del medio ambiente con los demás derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo de dimensión individual y colectiva; y, finalmente, las obligaciones de los Estados frente a posibles daños ambientales transfronterizos. Así también, entre estas obligaciones se analiza: la prevención, precaución, cooperación y obligaciones de procedimiento.

El último capítulo se refiere a los efectos de la Opinión Consultiva OC-23/17 respecto al Estado ecuatoriano. En este capítulo se analiza, brevemente, el control de la convencionalidad y constitucionalidad, la historia constitucional y el marco normativo ecuatoriano sobre el derecho al medio ambiente sano.

I

Marco teórico

Planteamiento del problema

La contaminación es uno de los problemas ambientales de mayor relevancia que afecta a nuestro planeta y sus habitantes. Según datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), nueve de cada diez personas respiran aire con altos niveles de contaminantes. A consecuencia de esto, siete millones de personas mueren anualmente, de las cuales más del 90% viven en países en vías de desarrollo (Organización Mundial de la Salud, 2018).

El cambio climático, es otro de los problemas que enfrenta el mundo entero y constituye un gran desafío para la humanidad, debido a que nos encontramos en un momento decisivo. El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático¹ (IPCC), en su informe especial² (2018), recomendó limitar el calentamiento global a 1,5°C en lugar de 2°C, lo que favorecerá a la biodiversidad, ecosistemas y seres humanos. Para alcanzar este objetivo, es necesaria la implementación de instrumentos políticos, innovación tecnológica, cambio de comportamiento de las personas y cooperación internacional.

En septiembre del año 2000, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Declaración del Milenio, en la que los líderes mundiales se comprometieron a cumplir los Objetivos del Desarrollo del Milenio (ODM), hasta el año 2015. Posteriormente, se aprobó la Agenda 2030

-
- 1 Órgano de las Naciones Unidas que se encarga de evaluar los conocimientos científicos relativos al cambio climático. Establecido en 1988 por la Organización Meteorológica Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente a fin de que facilitase a los responsables de las políticas evaluaciones periódicas de la base científica del cambio climático, sus impactos y sus futuros riesgos y las opciones de adaptación y mitigación.
 - 2 Informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1,5 °C con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza.

para el Desarrollo Sostenible, que contiene los Objetivos del Desarrollo Sostenible³ (ODS), todos los países deben alcanzar hasta el año 2030 (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2016). Dentro de estos dos grupos de objetivos, se considera la necesidad de protección del medio ambiente.

En la actualidad, existe una mayor aceptación del vínculo entre los derechos humanos y el medio ambiente. Así lo evidencian los diferentes instrumentos internacionales, decisiones judiciales, estudios académicos, doctrina, incorporación de la naturaleza y el derecho al medio ambiente sano en las Constituciones de diversos países y, particularmente, la Opinión Consultiva objeto de análisis del presente trabajo. Este último documento enfatiza la relación de interdependencia e indivisibilidad entre estos derechos. Sin embargo, en esta relación aún existen cuestiones pendientes que necesitan atención (Naciones Unidas, 2018).

Si bien el derecho al medio ambiente sano ha experimentado un importante desarrollo y, actualmente, se encuentra reconocido a nivel interno en la legislación de varios países⁴ y a nivel internacional. No obstante, en el SIDH, antes de la emisión de la Opinión Consultiva objeto de este análisis, no se había desarrollado el contenido del derecho a un medio ambiente sano, su relación con otros derechos y las acciones necesarias por parte de los Estados para garantizar el pleno ejercicio del mismo, situaciones que son necesarias analizar a fin de establecer sus efectos.

En tal virtud, si existe una relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y el medio ambiente, ¿cuál es el efecto jurídico de la Opinión Consultiva OC-23/17? ¿Debe el Estado ecuatoriano, al ser parte de la CADH, cumplir con las obligaciones para la protección del medio ambiente establecidas en la misma? “Los seres humanos son parte de la naturaleza y nuestros derechos humanos están interrelacionados con el entorno en que vivimos. Los daños ambientales interfieren en el disfrute de los derechos humanos...” (Knox, 2018, p.3). En nuestro país, el derecho a gozar de un ambiente sano se encuentra constitucionalizado, siendo necesaria la adopción de medidas y acciones que garanticen el mismo. Macías (2011) afirma: “La constitucionalización del medio ambiente está íntimamente ligada a la creación de nuevos derechos colectivos y a su consagración como un nuevo derecho humano fundamental” (p.153).

Las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH han contribuido favorablemente al desarrollo de los países; sin embargo, existe una amplia discusión en cuanto a su naturaleza. Al respecto Hitters (2008) considera que: “...no obstante

3 Contiene 8 objetivos: 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre. 2. Lograr la enseñanza primaria universal. 3. Promover la igualdad de género y la autonomía de la mujer. 4. Reducir la mortalidad infantil. 5. Mejorar la salud materna. 6. Combatir VIH, paludismo y otras enfermedades. 7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente. 8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

4 Países que consagran el derecho al medio ambiente sano: Ecuador, Guatemala, México, Chile, Costa Rica, Paraguay, Perú, Bolivia, El Salvador, Brasil, Nicaragua, México, Colombia, Venezuela, Panamá y República Dominicana.

que tales opiniones no son obligatorias en sentido estricto, su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte; (...) y tiene por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos...” (p.149).

Proposiciones o hipótesis

Este estudio parte de la siguiente hipótesis: Si el Estado ecuatoriano es parte de la CADH, entonces debe cumplir las obligaciones establecidas en la Opinión Consultiva OC-23/17, a fin de hacer efectivo el derecho a un medio ambiente sano y, por ende, alcanzar la protección y garantía de los demás derechos humanos, debido al efecto *erga omnes* de la misma.

Unidad de análisis

Análisis del caso N° OC-23/17, referente a la Opinión Consultiva solicitada por la República de Colombia, que fue presentada el 14 de marzo de 2016 ante la Corte IDH, la que por unanimidad emitió la misma el 15 de noviembre de 2017, a través de la cual el organismo se pronunció respecto al alcance del término jurisdicción en el artículo 1.1 de la CADH a efectos de la determinación de las obligaciones de los Estados respecto de la protección del medio ambiente y en lo referente a las obligaciones derivadas de los deberes de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, en el contexto de la protección al medio ambiente.

Objetivos

El objetivo general del estudio fue determinar el efecto jurídico de la Opinión Consultiva OC-23/17, respecto al Estado ecuatoriano y conocer si este debe cumplir las obligaciones determinadas en la misma. Este objetivo implica también unos objetivos específicos: 1. Examinar la naturaleza y el carácter de las opiniones consultivas en el caso ecuatoriano; 2. Identificar el marco normativo que regula la figura de la Opinión Consultiva OC-23/17, 3. Describir las acciones consagradas en la normativa ecuatoriana a fin de cumplir las obligaciones determinadas en la OC-23/17.

Contexto del caso

La Opinión Consultiva OC-23/17 se refiere, en primer lugar, a la protección del medio ambiente como una condición necesaria para la garantía de los derechos

humanos reconocidos en la CADH, con especial referencia al derecho a un medio ambiente sano. La degradación del medio ambiente, repercute negativamente en el goce de los derechos humanos, pues “...varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2004, p.82). Al respecto (Zaffaroni, 2014) afirma:

El ecologismo jurídico en general reconoce al medio ambiente la condición de bien jurídico y como tal lo asocia a lo humano por la vía de los bienes colectivos o bien de los derechos humanos (...) La propia tutela constitucional del medio ambiente seguía claramente la tradición de considerarlo como un derecho humano (p.65-66).

El derecho a un medio ambiente sano ha sido definido como “...el derecho de las personas a desarrollarse en un medio adecuado, saludable y propicio para la vida humana...” (De Luis, 2018). Se lo puede distinguir desde una visión antropocéntrica desde la demanda de una justicia ambiental para las personas; y desde otra, en términos ecológicos se centra en la protección de la naturaleza como sujeto de derechos. Desde esta última, se considera sus ecosistemas, ciclos vitales y procesos evolutivos. En todos los casos, se debe tener en cuenta que si no se respetan los derechos de la naturaleza no se podrá garantizar el derecho a un medio ambiente sano (Acosta & Martínez, 2011).

Este derecho, históricamente, ha experimentado un importante desarrollo. Actualmente, se encuentra reconocido en algunos instrumentos internacionales. Específicamente, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (PSS). Este protocolo, en su artículo 11 señala: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. / 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente” (núm. 1 y 2).

A nivel interno, la actual Constitución ecuatoriana, en su sección segunda, reconoce el derecho a un ambiente sano⁵. Sin embargo, se debe tener en cuenta que “...los derechos a un ambiente sano son parte de los Derechos Humanos, y que no necesariamente implican Derechos de la Naturaleza” (Acosta & Martínez, 2017, p.2943). El hecho de que se hayan reconocido los derechos de la naturaleza no afecta la protección y garantía del derecho a un ambiente sano, generalmente, conocido como derecho de tercera generación, pues en Latinoamérica varios países lo consagran en su legislación (Gudynas, 2014).

5 Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

En definitiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un derecho autónomo y fundamental. Esta afirmación se sustenta en el argumento de que no es posible concebir al ser humano, en su sentido pleno, sin que se le garantice el derecho a gozar de un entorno adecuado y ecológicamente equilibrado que le permita desarrollar todas sus capacidades y gozar de una vida digna (Cánovas, 2018).

El término jurisdicción es otro de los elementos relevantes en este caso: “En sentido estricto, por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial” (Echandía, 1999, p.95). A nivel internacional, se la entiende como la “...actividad pública realizada por órganos competentes nacionales o internacionales, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual (...) se aplica el orden jurídico establecido para dirimir conflictos y controversias...” (Tellechea, 2016, p.206).

En cuanto a la jurisdicción de los Estados parte de la CADH, si bien no ha sido definida expresamente, este instrumento se refiere a ella y se entiende que, para que el Estado sea responsable, es necesario que el hecho tenga lugar dentro de su jurisdicción. Al respecto, la Corte IDH, en la opinión consultiva, señaló que:

...el uso del término jurisdicción en el artículo 1.1 de la Convención Americana, implica que el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos se debe a toda persona que se encuentra en el territorio del Estado o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control... (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p.34).

A fin de establecer las obligaciones de los Estados en lo referente a los deberes de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal en el contexto de la protección al medio ambiente, es necesario destacar algunos principios básicos en materia ambiental a los que se refiere la Corte IDH.

La prevención, según el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española (2016), es el “principio de la política ambiental que supone adoptar las medidas necesarias para evitar los daños al medioambiente preferentemente en su fuente de origen, antes que contrarrestar posteriormente sus efectos negativos”. Es el “(c)onjunto de medidas adoptadas con la finalidad de reducir o eliminar los impactos ambientales de actividades o productos”. Por lo tanto, los principios son aquellas acciones orientadas a evitar un daño ambiental inminente. Al respecto Ortega y Alonso (2013) consideran que este principio:

Es fundamental la actuación ambiental, debido al alto potencial de irreparabilidad de los daños ambientales, y se cifra, como es fácil colegir en la potestad del sometimiento de las actividades con riesgo ambiental a los respectivos controles, tanto previos, como de funcionamiento (p.40).

El principio de precaución es aquel que “contribuye específicamente con la toma de acciones, es decir, no se requiere la existencia real y tangible de un daño sino la posibilidad de que pueda existir un riesgo...” (Tacuri & Valarezo, 2019, p.139). Este principio, a nivel internacional, se encuentra consagrado en la Declaración del Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; y a nivel interno, la Constitución ecuatoriana reconoce tanto el principio de prevención (art. 389) como el de precaución (art.13). Estos dos principios están orientados a la protección del medio ambiente; sin embargo, se distinguen en cuanto a su antecedente de acción, pues “...la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar (...) La precaución, por el contrario, enfrenta a otra naturaleza de la incertidumbre (...) de los saberes científicos en sí mismos...” (Cafferatta, 2004, p.167). Es decir, en el primero, la existencia del daño es científicamente comprobado; mientras que en el segundo, no.

La cooperación es un principio fundamental a nivel internacional, a fin de hacer efectiva la protección ambiental, en el sentido de que “...la cooperación y la política pública, es el camino de contrapeso de la incidencia de las soberanías nacionales en la gestión de recursos que son (...) globales y que comprometen por tanto a todos los Estados...” (Gorosito, 2017, p.123). Este principio se encuentra reconocido en el art. 7 de la Declaración del Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 y en la CADH.

Finalmente, es importante referirnos a la figura de la Opinión Consultiva. Según Hitters (2008) “Se trata, de un método judicial alterno, por medio del cual se puede lograr la interpretación de la Convención sub examine, y de otros tratados atinentes a los derechos humanos en el sistema interamericano” (p.148). Al respecto, la Corte IDH ejerce una doble función, contenciosa y consultiva. Sobre la naturaleza de esta última función existe una amplia discusión doctrinaria.

Algunos autores consideran que la Opinión Consultiva “es eminentemente jurídica” (Salvioli, 2004, p.13). Añaden que “en el ejercicio de la misma no está llamado a resolver cuestiones de hecho sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos” (p.13).

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, estos pronunciamientos han ido adquiriendo fuerza e incluso los países los han adaptado en sus legislaciones. En el caso de Ecuador, los instrumentos internacionales están, incluso, por encima de la Constitución. Esto ocurre si sus normas son más favorables para la protección de derechos humanos; es decir, se “otorga un valor privilegiado a instrumentos que, no siendo estrictamente tratados internacionales, juegan un rol trascendental en la protección de los derechos de las personas” (Salazar et al., 2019, p.125). Consecuentemente, León (2019) afirma: “al ser parte el Ecuador de la CADH tiene el deber de incorporar los estándares establecidos en las opiniones consultivas, emitidas por la Corte IDH en el ejercicio de su función consultiva” (p.57).

Antecedentes

Entre tratadistas no existe acuerdo sobre el origen general del derecho ambiental. En Latinoamérica, un primer período inicia con el siglo XIX y concluye en el modelo de desarrollo económico de las recetas Brenton Woods. El segundo período inicia con la Conferencia sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo en 1972, seguida de un esfuerzo global por sistematizar las normas existentes y consolidar la dispersión legal. La Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, en 1992, fue otro hito en la historia del derecho internacional. Con esta cumbre, el proceso de institucionalización pública y privada se consolidó. Actualmente, la mayoría de países latinoamericanos cuentan con normas y autoridades ambientales, lo que sin duda se ha logrado en un marco de lucha de la sociedad civil (Ribadeneira Sarmiento, 2016).

En el ámbito internacional, el derecho a un medio ambiente sano ha ido cobrando fuerza llegando a constituirse en un derecho humano autónomo; y actualmente, se lo ha reconocido tanto a nivel internacional como nacional, en las legislaciones de algunos países. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, la Declaración del Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 se referían a este derecho. Sin embargo, no lo reconocían como tal (Vernet & Jaria, 2007). La CADH de 1978, ratificada por Ecuador el 8 de diciembre de 1977, fue posteriormente complementada con el PSS de 1988 en el que expresamente se reconoció el derecho a un medio ambiente sano.

A nivel interno “el legislador ecuatoriano realizó dos importantes reformas a su Carta Magna, en 1983 y 1996, respectivamente” (Morales, 2013, p. 3). En la primera reforma se incorporó el derecho de los ciudadanos a vivir en un medio ambiente sano. En la segunda, el concepto de “desarrollo sustentable” (Martínez, 2019, p.3). La Constitución de 1998 reconocía el derecho a un medio ambiente sano⁶ dentro de los derechos colectivos. Por su parte, la Constitución de 2008 reconoció el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*⁷ (Ávila, 2008).

En cuanto a los antecedentes de la Opinión Consultiva OC-23/17, inicialmente la República de Colombia con fundamento en el artículo 64.1 de la CADH, presentó la solicitud ante la Corte IDH en la que se refirió a las principales consideraciones que originaron la consulta, entre ellas podemos citar:

La grave degradación del entorno marino y humano de la Región del Gran Caribe que puede resultar de las acciones y omisiones de los Estados ribereños del Mar Caribe... En particular, responde al desarrollo de grandes obras de infraestructura en el Región del Gran Caribe, que, debido a sus dimensiones

6 Constitución ecuatoriana de 1998, art. 26, numeral 6 y Art. 86.

7 Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 14.

y permanencia en el tiempo, pueden ocasionar un daño significativo al medio ambiente marino y, en consecuencia, a los habitantes de las costas e islas ubicadas en esta región, que dependen de dicho ambiente para subsistir y para su desarrollo... (Corte IDH, 2017, párr.2).

El Caribe se define, generalmente, como una entidad espacial propia. En particular, como una región. Su interés en definirla radica en su importancia cultural, política, y ambiental. Tradicionalmente, en la Geografía, el continente americano se divide en tres grandes subcontinentes: América del Norte, América del Sur y América del Centro. Esta última abarca las Antillas, la América Central y el Mar Caribe (Mateo, 2013).

La contaminación en el Caribe colombiano está directamente relacionada con las presiones que ejercen el desarrollo económico de la región, el manejo inadecuado de los desechos producidos, el déficit de plantas de tratamiento de vertimientos domésticos e industriales. Todos estos han sido originados por el incremento de industrias y asentamientos humanos. La zona costera en el Caribe abarca una gran variedad de ecosistemas, los cuales continuamente son afectados de forma directa o indirecta por la presencia de los contaminantes que llegan hasta ellos (Tous et al., 2007).

El Estado solicitante manifestó, además, que este problema atañe a toda la comunidad internacional y no únicamente a los Estados de la Región, pues debido a la construcción de estas obras en el área marítima, los daños fácilmente pueden traspasar las fronteras de los Estados. Esto se debió a la interconexión ecológica y oceanográfica que ha hecho necesaria la cooperación de los distintos Estados a fin de mitigar posibles daños ambientales transfronterizos.

Todas estas circunstancias, llevaron a la República de Colombia a presentar una solicitud de Opinión Consultiva ante la Corte IDH, el 14 de marzo de 2016. Esta consulta fue presentada con base específicamente en cuatro interrogantes. En virtud de la misma, la Corte IDH en ejercicio de sus facultades reformuló las preguntas y las estableció concretamente en dos que son las siguientes: 1. ¿De acuerdo con lo estipulado en el artículo 1.1 del Pacto de San José, debería considerarse que una persona, aunque no se encuentre en el territorio de un Estado parte, podría estar sujeta a la jurisdicción de dicho Estado en el marco del cumplimiento de las obligaciones en materia ambiental? 2. ¿Qué obligaciones tienen los Estados, a partir del deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, en relación con daños al medio ambiente?

En este pronunciamiento, se realiza un extenso análisis en lo referente a la protección del medio ambiente y a los derechos humanos, el alcance del término jurisdicción y las obligaciones estatales frente a posibles daños al medio ambiente.

En función de aquello, la Corte IDH estableció que existe una relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, medio ambiente

y el desarrollo sostenible y que, por lo tanto, todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, pues su disfrute depende de un medio ambiente propicio. Consecuentemente, el derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho autónomo, con connotaciones individuales y colectivas. De igual manera, la Corte IDH sostiene que el término jurisdicción conlleva la obligación de garantizar y respetar los derechos de todas las personas que estén en el territorio de un Estado o que, de otra forma, esté sometida a su autoridad, responsabilidad o control.

Finalmente, este organismo estableció que las obligaciones de los Estados frente a posibles daños al medio ambiente son la prevención, precaución, cooperación y obligaciones de procedimiento que comprende el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia.

Lógica que vincula los datos

El estudio partió de preguntarse: ¿Cuál es el efecto jurídico de la Opinión Consultiva OC- 23/17 respecto al Estado ecuatoriano y si debe este cumplir las obligaciones determinadas en la misma? A esta pregunta se añade: ¿Cuál es la naturaleza de la Opinión Consultiva y su carácter?, ¿cuál es el marco normativo que regula la Opinión Consultiva y que Estados están facultados para solicitarla?, ¿cómo influye el medio ambiente en el goce de los derechos humanos reconocidos tanto en la normativa nacional como internacional, en el contexto de la interdependencia de los derechos?, y ¿qué derechos y acciones se consagran en la normativa ecuatoriana a fin de cumplir con las obligaciones determinadas en la Opinión Consultiva OC-23/17?

Localización de las fuentes de datos

Para la realización de este trabajo, en primer lugar, se procedió a identificar y localizar el caso sujeto de análisis: la Opinión Consultiva OC-23/17, misma que se obtuvo a través de medios electrónicos, en la página web de la Corte IDH, en la que constan todas de las opiniones consultivas emitidas por este organismo. Luego de identificar el caso y de realizar una lectura comprensiva y crítica del mismo, se procedió a investigar y analizar sus antecedentes y contexto, teniendo como base la solicitud que presentó la República de Colombia.

Además, se realizaron entrevistas virtuales a tres expertos en la materia, y los actores elegidos fueron: Dr. Joaquín López Abad, docente de la Universidad del Azuay; Dr. Hugo Echeverría, abogado especialista en materia ambiental y; la Dra. Shileny Vega, asesora legal de Área de conservación arenal Tempisque,

del Sistema Nacional de Áreas de Conservación Costa Rica. Estas personas aportaron grandemente en la determinación del alcance, efectos y relevancia de esta Opinión Consultiva en el SIDH y a nivel interno de los Estados. Además, se analizaron documentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales, relacionados al caso objeto de análisis. Todas estas herramientas permitieron un análisis e interpretación certeros y adecuados, a fin de desarrollar el informe final.

Análisis e interpretación

La finalidad del presente estudio fue analizar la Opinión Consultiva OC-23/17, con el propósito de establecer cuál es el efecto jurídico de este pronunciamiento. La investigación es de corte cualitativa. Analiza los antecedentes, admisión de la OC-23/17 presentada por la República de Colombia, así como el pronunciamiento de la Corte IDH, emitido el 15 de noviembre de 2017, así como sus efectos y relevancia. Luego de la obtención y análisis minucioso de todo el material, se procedió a estructurarlo de manera coherente y lógica, para finalmente, realizar la redacción del informe final.

El estudio parte de un informe previo sobre la Opinión Consultiva solicitada por la República de Colombia que se presentó ante la Secretaría de la Corte IDH el 14 de marzo de 2016 y, finalmente, la Corte IDH emitió la Opinión Consultiva OC-23/17, el 15 de noviembre de 2017. El expediente de dicho documento se encuentra codificado con el número OC-23/17 del estado consultor denominado República de Colombia. El organismo consultado fue la Corte IDH. Su pretensión fue la absolución de la solicitud de Opinión Consultiva presentada y pronunciamiento de la Corte IDH respecto al alcance del término jurisdicción en el artículo 1.1 de la CADH a efectos de la determinación de las obligaciones de los Estados respecto de la protección del medio ambiente y en lo referente a las obligaciones derivadas de los deberes de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, en el contexto de la protección al medio ambiente. En la tabla 1, se han sistematizado todos los datos relacionados con la evolución que ha sufrido el caso de esta opinión consultiva.

Tabla 1

Evolución del caso Opinión Consultiva OC-23/17

| FECHA | DESCRIPCIÓN |
|-------------------------|--|
| 14 de marzo de 2016 | La República de Colombia presentó una solicitud de Opinión Consultiva sobre las obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, ante la Corte IDH. |
| 18 de mayo de 2016 | La Secretaría de la Corte transmitió la consulta a los demás Estados Miembros de la OEA, al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA, al Presidente del Comité Jurídico Interamericano y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informando que se había fijado el 19 de septiembre de 2016 como fecha límite para la presentación de observaciones escritas. Además, invitó a las diversas organizaciones internacionales, sociedad civil e instituciones académicas a emitir su opinión en el plazo antes señalado. Plazo que fue prorrogado hasta el 19 de enero de 2017. |
| 19 de enero de 2017 | Se recibieron en la Secretaría comentarios adicionales del Estado solicitante y escritos de observaciones de diferentes Estados, Órganos de la OEA, Organizaciones Internacionales e individuos de la sociedad civil. |
| 10 de febrero de 2017 | Presidencia de la Corte, emitió una resolución mediante la cual convocó a audiencia pública. |
| 22 de marzo de 2017 | Se celebró la audiencia pública en la ciudad de Guatemala, Guatemala. |
| 14 de noviembre de 2017 | Inicio la deliberación de la presente Opinión Consultiva. |
| 15 de noviembre de 2017 | Se redacta la Opinión Consultiva N. OC-23/17, en San José, Costa Rica. |

Nota: con base en la opinión Consultiva OC-23/17

II

La opinión consultiva ante la corte IDH

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha tenido un amplio desarrollo histórico. Sus antecedentes se remontan a inicios del siglo XX, y tomó vigencia con la IX Conferencia Internacional Americana celebrada del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948 en Bogotá, Colombia. En esta conferencia se adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) (Arias & Galindo, 2013).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París, conjuntamente con los instrumentos antes mencionados ha sido de gran importancia para la protección universal de los derechos humanos. Posteriormente, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969, se suscribió la CADH la cual reafirmó en su protocolo la voluntad de los Estados Americanos de velar por la libertad personal, justicia social y los derechos fundamentales del hombre. Adicionalmente, con el transcurso del tiempo se han adoptado diversos instrumentos internacionales en miras a la efectiva protección de los derechos humanos según las necesidades sociales de la región. García (2001) define al SIDH de la siguiente manera:

Generalmente, se entiende que el sistema interamericano de tutela de los derechos humanos está integrado por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que conjuntamente constituyen el “escudo protector” de los derechos fundamentales en el continente americano. Sin embargo, en sentido amplio (...) habría que reconocer que ese sistema se halla constituido por las diversas instancias, personas y organismos que participan en la tutela de los derechos humanos y que se hallan estrechamente relacionados entre sí, e incluso vinculados, funcionalmente, por las normas del procedimiento internacional de tutela de tales derechos (p.1).

La CADH, que hasta la fecha ha sido ratificada por veinte y cinco Estados⁸, entre ellos Ecuador, permitió que se instrumentaran los órganos que componen el SIDH, que son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

8 Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Venezuela presentó el 10 de septiembre de 2012 un instrumento de denuncia de la CADH al Secretario General de la OEA y surtió efecto a partir del 10 de septiembre de 2013. Trinidad y Tobago presentó el 26 de mayo de 1998 una denuncia ante el Secretario de la OEA y surtió efecto a partir del 28 de mayo de 1999.

y la Corte IDH. Estos órganos fueron creados en 1959 por la Organización de Estados Americanos (OEA). El primero inició sus funciones en 1960, mientras que el segundo en 1978. La CIDH tiene por objeto la observancia y defensa de los derechos humanos. Además, ser órgano consultivo de la OEA. La Corte IDH es el órgano judicial que tiene por objeto la interpretación y aplicación de la CADH.

En definitiva, el SIDH busca -a través de sus diferentes instrumentos, órganos y procedimientos- la supervisión, garantía, protección y defensa de los derechos humanos en el continente americano, en el que se resalta la tarea de la CIDH y la Corte IDH en el trámite de peticiones individuales orientado a determinar la responsabilidad de los Estados a consecuencia de la vulneración de derechos (Arias & Galindo, 2013).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH y la Corte IDH, constituyen los órganos de supervisión y protección de los derechos humanos del SIDH. La primera, representa a todos los miembros que integran la OEA, teniendo como principal función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y en lo referente a sus organización, funciones, competencia y procedimiento se encuentra regulada en el capítulo VII de la CADH³¹; mientras la segunda está regula en el Capítulo VIII³² del mismo instrumento, la que se analizará detalladamente a continuación.

La Corte IDH fue creada por la OEA en 1959 e inició sus funciones en 1979, con su primera reunión celebrada el 29 y 30 de junio del mismo año. Es una institución judicial autónoma que tiene por objeto aplicar e interpretar la CADH, y está regulada por el estatuto aprobado en octubre de 1979 y el Reglamento, que entraron en vigencia en 1980 y 2010, respectivamente.

Su sede está ubicada en San José, Costa Rica según lo establece el estatuto de la Corte IDH en el Art. 3 y está integrada por siete jueces pertenecientes a los Estados miembros de la OEA, sin considerar si han ratificado o no la CADH. Estos jueces son elegidos a título personal por los Estados parte de la CADH, en el periodo de sesiones de la Asamblea General de la OEA. El mandato lo ejercen por un periodo de seis años y pueden ser reelectos por una sola vez. El presidente y vicepresidente son elegidos de entre sus miembros por un período de dos años, pudiendo ser reelectos. Además, cuentan con una Secretaría que está compuesta por un secretario y una secretaria adjunta, mismos que dan soporte legal y administrativo a la Corte IDH. El quórum necesario para las deliberaciones de la Corte IDH es de cinco jueces y las decisiones se toman por la mayoría de los jueces presentes. En caso de empate, será el presidente el que decida el fallo.

Los idiomas oficiales de la Corte IDH son: el español, inglés, portugués y francés. El idioma de trabajo lo determinará la Corte IDH cada año; sin embargo, en un

caso determinado podrá adoptarse el idioma de Estado demandado o denunciado. La Corte IDH, es uno de los tribunales regionales de protección de derechos humanos. “Lleva adelante dos tareas principales: una a nivel interpretativo y de guía para los Estados (competencia consultiva); y otra por la cual cabe la posibilidad que un Estado tenga un litigio en su contra (competencia contenciosa)” (Salvioli, 2007, p.31).

En el ejercicio de su función contenciosa, se encarga de resolver los casos que sean sometidos a su jurisdicción, establece si un Estado ha incurrido o no en responsabilidad internacional ya sea por la violación de algún derecho reconocido en la CADH o en otro tratado de derechos humanos del SIDH y dispone las medidas necesarias a fin de reparar consecuencias derivadas de la vulneración, siempre que se haya reconocido esta competencia. Este procedimiento tiene dos fases, la contenciosa y la de supervisión de cumplimiento de sentencias. A su vez, la fase contenciosa comprende seis etapas que son: la escrita inicial, la oral o de audiencia pública, la escrita de alegatos y observaciones finales de las partes y de la Comisión, las diligencias probatorias, el estudio y emisión de sentencias y, finalmente, las solicitudes de interpretación.

En cuanto a la función consultiva, la Corte IDH absuelve consultas formuladas por los Estados miembros de la OEA u órganos de la misma, respecto a la compatibilidad de las normas internas con la CADH y la interpretación de esta u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018). Se debe tener en cuenta que las relaciones entre la CIDH y la Corte IDH requieren de coordinación y cooperación entre ambas. Es necesario que cada una de ellas respete el ámbito de competencias de la otra y que se manejen en un marco de complementariedad. La CIDH es una entidad autónoma de la OEA y se rige por la Carta de la OEA y por la CADH; mientras que la Corte IDH no es un órgano de la OEA, sino su existencia proviene de la CADH y se rige por la misma, además de su normativa interna (Faúndez, 2004).

Naturaleza de la Opinión Consultiva

El antecedente más remoto de la Opinión Consultiva, es el artículo 53⁴⁸ del proyecto que fue presentado por la CIDH en 1969 a la Conferencia Especializada. En el mismo, estaban facultados La Asamblea General, el Consejo Permanente y la CIDH para consultar sobre la interpretación de CADH y otros tratados sobre derechos humanos, también podían consultar los Estados parte de la OEA respecto de la compatibilidad de sus leyes internas y dichos instrumentos. A este proyecto se presentaron recomendaciones de la República Dominicana, que sugirió resaltar las facultades de interpretación que gozaba la Corte IDH y que se adopte el título de opiniones consultivas. Está propuesta fue discutida por la

Comisión Segunda y en la tercera sesión de la Conferencia Interamericana el 21 de noviembre de 1969 finalmente se aprobó la CADH (Roa, 2015).

Actualmente, la figura de la Opinión Consultiva se encuentra consagrada en el artículo 64 de la CADH, que de manera textual señala lo siguiente:

1. “Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.
2. “La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art.64).

El diccionario de la Real Academia Española, define a la Opinión Consultiva de la siguiente manera: “Dictamen emitido en derecho por un tribunal internacional sobre una cuestión jurídica. Aunque no posee eficacia obligatoria, su valor jurídico es comúnmente reconocido y respetado” (2014, 23^oed.). La Corte IDH, en el ejercicio de su función consultiva absuelve consultas de los Estados u organismos facultados para presentar una solicitud de opinión consultiva de conformidad con lo establecido en la CADH. Al respecto Faúndez (2004) afirma:

La utilidad e importancia de esta función radica en que ella permite ejercer un control global sobre la forma como los Estados en su conjunto e independientemente de cualquier disputa interpretan y aplican la Convención, corrigiendo cualquier posible desviación (...) En ejercicio de esta competencia, la Corte ha podido precisar el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados en el marco de la Convención y, paralelamente, ha contribuido al desarrollo y fortalecimiento del Derecho de los derechos humanos... (p.948).

En cuanto a la naturaleza de las opiniones consultivas, respecto a que, si las mismas poseen o no un carácter vinculante, existe una amplia discusión doctrinaria. Incluso, la propia Corte IDH se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre este tema.

Sin duda, las sentencias y las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH tienen efectos distintos. Por el mismo hecho, se maneja dentro del marco normativo y procedimental de la competencia contenciosa y consultiva, respectivamente. Al respecto Nikken (1999), afirma: “...si bien no son directamente obligatorias (...) representan una interpretación auténtica del Derecho internacional (...), que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los

Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales...” (p.176).

El SIDH, en general, tiene por objeto la protección y garantía de los derechos humanos; y la Corte IDH, al ser uno de sus principales organismos, está orientada a alcanzar este fin a través de sus diferentes pronunciamientos. En torno a esto, Hitters (2008) afirma: “...no son obligatorias en sentido estricto, su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte; y si bien su esencia es típicamente asesora, no por ello deja de ser jurisdiccional...” (p.149-150). Podemos decir, entonces, que estos pronunciamientos contribuyen a los Estados para la garantía, protección y eficacia de los derechos humanos. Así también, para el cumplimiento de sus obligaciones. Por su parte, Vio Grossi (2017), en su voto individual dentro de la Opinión Consultiva 24/17⁴⁹, consideró que no son vinculantes, ni obligatorias pues “...en ellas no hay partes, de donde se desprende que sería del todo injusto que una resolución de la Corte fuese obligatoria para los que no han comparecido ante ella ni han sido demandados o interpelados...” (p.125-126).

En la hipótesis, de considerarse obligatorias las opiniones consultivas para todos los Estados, se vería notoriamente afectado el derecho de defensa, y además los Estados que no son parte de la CADH serían sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH. La trascendencia de las opiniones consultivas radica en su autoridad moral e intelectual, debido a que mediante ellas la Corte IDH ejerce un control de convencionalidad preventivo sobre los Estados que han reconocido su competencia contenciosa; y a los demás Estados, les proporciona una orientación para el pleno y cabal respeto de los derechos humanos, a los que se obligaron bien por ser partes de la CADH u por otros instrumentos (Vio Grossi, 2018).

Por su parte la jurisprudencia de la Corte IDH, en varios de sus pronunciamientos ha recalcado en la diferencia de los efectos de la opinión consultiva respecto a los que tiene la competencia contenciosa. En su primera opinión consultiva señaló que “No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que el que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1982, p.9). Además, la Corte IDH ha tratado de establecer el objeto y fin de estos pronunciamientos. En su OC-3/83, señaló que “...en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1983, p.10).

Es decir, en este caso la Corte IDH cumple la función de asesorar a los Estados u organismos en caso de duda sobre la interpretación o alcance de algún instrumento internacional o ley nacional. En el mismo sentido, la OC-18/03 indicó que esta figura “...constituye un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano (...) sin someterlos al

formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p.95).

Si bien la Corte IDH, en algunos de sus pronunciamientos se ha encargado de resaltar las diferencias entre su función consultiva y contenciosa. Las opiniones consultivas, ciertamente cumplen un importante rol dentro de los Estados americanos, y al respecto debemos recordar como así mismo lo manifestó la Corte IDH (1997) “...aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables...” (p. 9). Estos efectos son de importancia no solo para el Estado consultor, sino para los demás integrantes del SIDH, en la medida en que ayuda al cumplimiento de sus obligaciones.

Tanto la doctrina como la Corte IDH consideran que, si bien las opiniones consultivas no son vinculantes en sentido propio debido a que las respuestas de la Corte IDH ante una consulta, tiene un carácter de asesoramiento y no fuerza obligatoria como tal. Las mismas, han contribuido a fortalecer la paz y la seguridad internacionales y, sobre todo, han tenido importante influencia en el desarrollo del derecho internacional. Además, han contribuido a solucionar asuntos internacionales de las Naciones Unidas (Vargas, 2014).

Finalmente, es importante mencionar que hasta el momento existen 25 opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH desde el inicio de sus funciones, mismas que con el transcurso del tiempo han ido adquiriendo una mayor fuerza e incluso han sido acatadas por distintos países.

Objeto de la Opinión Consultiva

La competencia consultiva de la Corte IDH tiene un ámbito mucho más amplio que la contenciosa; pues mientras en la función contenciosa solamente los Estados parte y la CIDH pueden someter un caso a la Corte IDH, en la función consultiva están facultados para presentar una solicitud de opinión consultiva los organismos de la OEA, sus Estados miembros y los Estados parte de la CADH. Además, en la primera, la Corte IDH puede conocer casos relacionados únicamente a la CADH, mientras que en la segunda pueden analizar e interpretar no solo la CADH, sino además otros tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, así como leyes internas.

Con base al artículo 64 de la CADH, la Corte IDH en ejercicio de su competencia consultiva tiene por objeto conocer y emitir opiniones consultivas sobre: 1) interpretación de la CADH, 2) interpretación de otros tratados sobre la protección de derechos humanos en los Estados americanos y 3) compatibilidad de leyes internas con los diferentes instrumentos internacionales. En el primer caso, la Corte IDH es el organismo facultado para interpretar la totalidad de la CADH,

es decir que el Tribunal podrá interpretar cualquiera de sus normas. Según la OC-20/09 “...la Corte tiene competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal, y que es el organismo más apropiado para hacerlo, por ser ‘intérprete última de la Convención Americana’...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p.48).

Esta competencia, no se limita la interpretación de la CADH, pues en el segundo caso contempla también la interpretación de otros tratados. Por ende, la facultad interpretativa de la Corte IDH se amplía a toda disposición contenida en otros tratados internacionales que involucren a los Estados americanos y que sean relativos a la protección de derechos humanos. Entendiéndose, que se puede consultar sobre cualquier tratado “...con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1982, p.10).

Además, el artículo 64.1 de la CADH, permite a la Corte IDH emitir opiniones consultivas sobre la DADH. Esto, dentro del ámbito y límites de su competencia de conformidad con la Carta de la OEA, la CADH y otros tratados internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1989). Al respecto, Faúndez (2004) afirma: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -no obstante que, técnicamente, no es un tratado-, también puede ser objeto de la competencia consultiva de la Corte” (p.955).

En el último caso, los Estados miembros de la OEA pueden consultar sobre la compatibilidad entre su legislación interna con la CADH u otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Se debe tener en cuenta que -cuando un tratado internacional haga referencia a “leyes internas” sin darle otro sentido a esta expresión o que no evidencie un sentido más restringido de acuerdo a su contexto- se entenderá que abarca a la legislación nacional en general. Así como a toda norma jurídica cualquiera sea su naturaleza, e incluso a normas constitucionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1984, p.7).

Como hemos visto, el ámbito de la competencia consultiva es muy amplio; sin embargo, esta facultad no es absoluta, pues existen algunos límites. Según Roa (2015) estos límites son los siguientes:

...1) la declaración de responsabilidad internacional de un Estado por incompatibilidad de una norma interna con la Convención se hace en el procedimiento contencioso y no en el consultivo; 2) no procede hacer un examen de la compatibilidad de la legislación interna con la Convención con fines académicos; 3) no se pueden consultar casos contenciosos encubiertos; 4) la función consultiva no puede entorpecer el procedimiento político interno; y 5) la Corte no puede pronunciarse respecto de los procedimientos internos establecidos para

la aprobación de una norma o sobre la forma como alguna fue aprobada. Esta competencia está reservada a los órganos del orden interno... (p.45).

Finalmente, es importante señalar que también se pueden emitir opiniones consultivas respecto a las reservas⁹. El artículo 75 de la CADH se remite a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que señala que las reservas no pueden ir en contra del objeto y fin del tratado. En su OC- 3/83, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1983) señaló que "...la facultad que le atribuye el artículo 64 de la Convención, (...) incluye igualmente la competencia para emitir dichos dictámenes respecto de las reservas que puedan haberse formulado a esos instrumentos..."¹⁰ (p.14).

Sujetos legitimados para solicitarla

A efectos de determinar los sujetos que pueden solicitar una opinión consultiva a la Corte IDH, es necesario partir del artículo 64 de la CADH, según el cual están legitimados para presentar una solicitud de opinión consultiva: 1) los Estados miembros de la OEA y 2) los órganos de la OEA. La Corte IDH puede absolver consultas solicitadas por los Estados miembros de la OEA, independientemente de que sean o no parte de la CADH, y las planteadas por ciertos órganos de la OEA. En este sentido, el Tribunal de la Corte IDH se constituye una instancia judicial de la OEA (Faúndez, 2004).

Como ya se indicó, no es relevante si el Estado es o no parte de la CADH, basta que sea parte de la OEA para que puede solicitar una consulta, pues si la Corte IDH limitase el ámbito de su facultad consultiva solo a los Estados miembros de la OEA que no sean parte de la CADH "...prestaría sus servicios consultivos a un número muy reducido de Estados americanos, lo cual no estaría conforme al interés general que reviste la consulta..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 199, p.44).

En el primer caso, cualquiera de los Estados miembros de la OEA -actualmente son 35 países- tiene la facultad de consultar respecto a dos ámbitos: a) acerca de la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; y b) acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

9 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Art. 2. d) se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

10 Corte IDH, OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, párr. Restricciones a la Pena de muerte (Arts. 4.2 7 y 4.4 Convención Americana sobre derechos humanos). Solicitada por la CIDH.

En el segundo caso, según el artículo 64 de la CADH, están facultados para presentar una solicitud de opinión consultiva, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. De acuerdo a la reforma y según artículo 51, los órganos que pueden consultar son los siguientes: a) la Asamblea General, b) la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, c) los consejos, d) el Comité Jurídico Interamericano, e) la CIDH, f) la Secretaría General, g) las conferencias especializadas, y h) los organismos especializados. Cada uno de estos órganos puede solicitar una consulta sobre los aspectos que les compete; es decir, asuntos que estén dentro del ámbito de su competencia.

Se debe tener en cuenta que mientras los Estados Miembros de la OEA poseen un derecho absoluto para solicitar una opinión consultiva; en cambio, sus órganos solamente lo pueden hacer dentro de los límites de su competencia, en lo relacionado con los asuntos tengan un legítimo interés institucional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1982). Sin embargo, esto no afecta a la CIDH y la Asamblea General para formular consultas, debido a las amplias facultades que gozan Faúndez (2004).

Se distingue una legitimación activa general; y por otro lado, una legitimación restringida. En el primer caso, se puede consultar la CADH y otros tratados internacionales. A este puede acceder cualquier Estado miembro de la OEA y sus órganos. En cambio, en la segunda, se consulta sobre la compatibilidad de leyes internas e instrumentos internacionales; y a este, solo lo puede acceder el Estado cuya legislación se consulta (Salvioli, 2004).

Finalmente, es necesario señalar que también gozan de esta legitimidad los Estados parte de la CADH, quienes podrán presentar una solicitud de opinión consultiva a la Corte IDH, cumpliendo con cada uno de los requisitos y el procedimiento establecido, a fin de que la misma sea admitida y la Corte IDH se pronuncie al respecto.

Procedimiento de solicitud y tramitación:

Requisitos de admisibilidad

El Reglamento vigente¹¹ de la Corte IDH, en su Título III, establece los requisitos que se deben cumplir para efecto de la admisión de una opinión consultiva según se trate de la interpretación de la CADH, de otros tratados sobre derechos humanos o de leyes internas, en los artículos 70, 71 y 72 respectivamente. En el caso que la consulta verse sobre la interpretación de la CADH⁷⁴, la solicitud

11 Reglamento vigente de la Corte IDH, aprobado por la Corte en su LXXXV periodo ordinario de sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

deberá ser formulada indicando de manera específica las preguntas sobre las que se pretende que la Corte IDH emita su opinión. Si esta consulta es formulada por un Estado miembro o la CIDH, se debe detallar las disposiciones que se piden interpretar, las consideraciones que dieron nacimiento a la consulta, así como el nombre y dirección del agente o delegado respectivo, quien será el representante durante del trámite. Si la solicitud la presenta otro órgano de la OEA, además de lo ya mencionado, deberá indicar la manera cómo la consulta se relaciona con la esfera de su competencia, a fin de verificar si está facultado o no para presentar dicha consulta.

En cambio, si la solicitud de opinión consultiva se refiere a la interpretación de otros tratados, se debe identificar el tratado y las partes del mismo, las preguntas exactas sobre los que se consulta y los motivos que incentivaron a solicitar la consulta. En el mismo caso, si la solicitud es promovida por cualquiera de los órganos de la OEA, deberá justificar que la misma se enmarca dentro de sus competencias. En el último caso, cuando la solicitud tenga por objeto la interpretación de leyes internas, es necesario indicar las normas de derecho interno de la CADH u otros tratados sobre las que versa la consulta. Las preguntas deberán ser concretas, así como el nombre y dirección del agente que la solicita. A todo esto, se debe acompañar una copia de la o las disposiciones de la ley que se esté consultando.

En los artículos 70.2 y 71.1 se refieren a las consideraciones que originaron la consulta: “está destinado a facilitar a la Corte la comprensión de los hechos pertinentes y del contexto legal que motivan la consulta, los cuales son frecuentemente indispensables para poder responder adecuadamente” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1983, p.13). Si no se cumple este requisito, no se admitirá la solicitud, pues la competencia consultiva, no procede cuando se trate de cuestiones puramente académicas, que no justifiquen el interés de que se emita la misma (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1987).

La Corte IDH verificará el cumplimiento de cada uno de estos requisitos en la solicitud de opinión consultiva presentada; y de ser necesario, podrá “precisar o esclarecer y, en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean, con el fin de determinar con claridad lo que se le está preguntando” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986, p. 3). En el caso de la opinión consultiva objeto de análisis del presente trabajo, la Corte IDH hizo ejercicio de esta facultad y procedió a reformular las preguntas planteadas por el Estado consultor. Sin embargo, este organismo no puede formular una pregunta que sea totalmente distinta a la que fue solicitada, ni tampoco atribuirle al Estado u organismo consultante algo que él mismo no ha afirmado (Faúndez, 2004).

Las solicitudes que se formulen deben cumplir con cada uno de los requisitos antes detallados, para ser admitidas. Es importante destacar algunos pronunciamientos de la Corte IDH, respecto a las causales de inadmisibilidad que pueden

presentarse y que le impiden emitir su opinión. En el caso, de las solicitudes de opinión consultiva que no se refieran a leyes vigentes, sino a propuestas legislativas, la Corte IDH -al momento de resolver sobre la admisibilidad de la mismas- deberá “...asegurarse de que su jurisdicción consultiva en estos casos no sea utilizada como instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1984, p.10).

Además, se debe tener en cuenta que, según el artículo 64.2 de la CADH, la Corte IDH puede emitir opiniones consultivas sobre la compatibilidad de leyes internas con la CADH u otros instrumentos internacionales. Pero “...no es facultad de la Corte en ejercicio de su función consultiva interpretar o definir los ámbitos de validez de las leyes internas de los Estados Partes...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, p.6).

Tampoco serán admisibles, aquellas solicitudes que tengan como finalidad que el Estado consultor “...obtenga prematuramente un pronunciamiento que podría eventualmente ser sometido a la Corte en el marco de un caso contencioso” (Corte interamericana de derechos humanos, 1999, p.46). Esto, debido a que la Corte IDH, dentro de la función consultiva no puede resolver cuestiones de hecho.

Finalmente, el SIDH tiene un carácter subsidiario que también debe ser observado por la Corte IDH en el trámite de las opiniones consultivas, al respecto Falcón (2018) señala:

...considerando las exigencias procedimentales de la subsidiariedad (...) resulta inadmisibile toda solicitud de opinión consultiva que busque obtener un pronunciamiento cuyo contenido pudiese intervenir indebidamente en el debate legislativo interno de cada Estado, o bien que significara emitir una opinión acerca de la validez del derecho nacional... (p.62).

Trámite y emisión de la opinión consultiva

Antes de analizar el procedimiento, es necesario tener en cuenta que, al presentarse una solicitud de opinión consultiva, además de verificarse que se cumplan todos los requisitos, se analizará si la Corte IDH es competente para pronunciarse sobre la consulta solicitada. Es decir, el hecho de cumplir con todos los requisitos antes señalados, no necesariamente conlleva que la Corte IDH va emitir su criterio al respecto, pues “...la Corte debe tener presentes consideraciones que trascienden los aspectos meramente formales y que se reflejan en los límites genéricos que el Tribunal ha reconocido al ejercicio de su función consultiva (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, p.41).

Sin embargo, si bien la Corte IDH, puede no admitir una consulta, se debe tener en cuenta que este organismo está orientado a la protección de los derechos

humanos y por lo tanto “(...) este amplio poder de apreciación no puede confundirse con una simple facultad discrecional para evacuar o no la consulta que se le formula, y que toda decisión por la cual considere que no debe dar una respuesta debe ser motivada” (Faúndez, 2009, p.970).

La Corte IDH no está facultada para iniciar de oficio el trámite para la emisión de una opinión consultiva. Sin embargo, al haberse iniciado el mismo por parte de aquellos que sí están legitimados para hacerlo -Estados miembros de la OEA y sus organismos- la Corte IDH tiene la facultad para ordenar, conocer y absolver la consulta. No obstante, esta facultad es limitada, en vista de que no puede terminar respondiendo aspectos que no fueron expuestos en la consulta o consultas no solicitadas (Salvioli, 2004). El trámite a seguir, para las opiniones consultivas ante la Corte IDH, se regula en el artículo los artículos 73 y 74 de su Reglamento. Según estos artículos, el procedimiento se lo llevará a cabo de la siguiente manera:

En primer lugar, recibida una solicitud de opinión consultiva por parte del Estado u organismo consultor, será el Secretario de la Corte IDH, quien se encargará de remitir una copia de la misma a cada uno de los Estados miembros, a la CIDH, al Consejo Permanente, al Secretario General y en el caso que la consulta este comprendida dentro de la competencia de alguno o algunos de los órganos de la OEA también se le entregará una copia, tal como lo indica el artículo 73. 1 del Reglamento de la Corte IDH.

Luego de realizarse todas las notificaciones correspondientes, el Presidente de la Corte IDH fijará un plazo razonable, dentro del cual todos los interesados podrán presentar por escrito las observaciones que consideren pertinentes. Al respecto, Faúndez (2004) indica que pueden presentarse por una parte objeciones a la admisibilidad de la consulta, y que a diferencia del procedimiento contencioso no es necesario que la Corte IDH resuelva esta cuestión en un procedimiento preliminar separado y, por otra parte, también se pueden presentar objeciones sobre asuntos relacionados con el fondo de la consulta.

Posteriormente, el Presidente puede invitar o autorizar a los interesados para que presenten sus opiniones por escrito respecto de los puntos de la consulta. En el caso de que la solicitud se refiera a la compatibilidad de leyes internas con instrumentos internacionales, será necesario consultar previamente con el agente. Sin embargo, esto “...no significa que la opinión del Estado sea vinculante para el Presidente de la Corte, el cual podrá admitir la intervención de un tercero si le parece prudente considerar sus puntos de vista antes de emitir la opinión de la Corte...” (Faúndez, 2004, p.984).

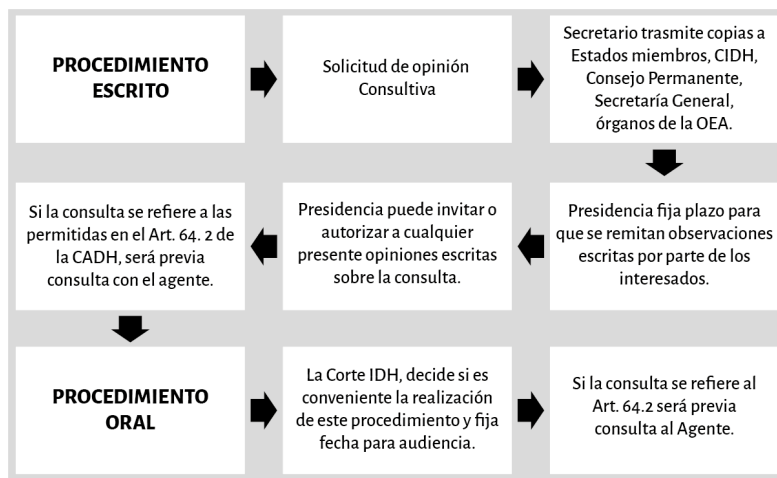
En este proceso, pueden participar los Estados miembros de la OEA, sus órganos, los Estados parte de la CADH, cada uno dentro de los límites correspondientes. La participación será mediante las observaciones escritas. También se la podrá

ejercer de manera oral en la audiencia pública, en el caso que la misma se lleve a efecto. Además, puede intervenir la sociedad civil, lo que sin duda será de ayuda a la Corte IDH para emitir su pronunciamiento. Los escritos de *amicus curiae* son presentados, entre otros, por las organizaciones no gubernamentales (ONG), las universidades, los centros de estudio, las oficinas privadas de abogados y defensores de derechos humanos, los colectivos y los académicos, investigadores y defensores de derechos humanos a título personal (Roa, 2015, p.61).

Es importante tener en cuenta que, una vez presentada una solicitud de opinión consultiva, la Corte IDH podrá continuar con el trámite de la misma sin importar que el Estado u organismo consultor decida el retiro de la misma. Salvioli (2004) señala: “La Corte ha señalado en principio, sin pronunciarse respecto a la admisibilidad, que el desistimiento de un Estado respecto a un pedido de opinión consultiva que hubiere formulado no es vinculante para la Corte” (p.23).

Figura 1

Procedimiento consultivo ante la Corte IDH.



Nota: Con base en el artículo 73 del Reglamento de la Corte IDH.

Finalmente, una vez cumplido todo el procedimiento y concluida la audiencia en el caso de haberse celebrado, los jueces pasan a deliberar para emitir su pronunciamiento respecto a la consulta solicitada. El artículo 75 regula la emisión y estructura que debe poseer el contenido de las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH. Al momento de emitir su opinión en la Corte IDH, puede ser

que los no todos los jueces compartan el mismo criterio, pues el Tribunal “...no siempre ha logrado reflejar fielmente la opinión de todos sus jueces, por lo que éstos han recurrido a los votos separados, declaraciones que intentan precisar algunos alcances del dictamen (...), y, en las situaciones más extremas, a votos disidentes...” (Faúndez, 2009, p.987). En la siguiente figura se presenta una síntesis del procedimiento consultivo ante la Corte IDH.

III

Análisis de la solicitud de la Opinión Consultiva oc-23/17

Estado consultor

Una solicitud de opinión consultiva fue presentada por la República de Colombia, Estado miembro de la OEA desde 1948 y parte de la CADH, el 14 de marzo de 2016, ante la Secretaría de la Corte IDH, que hasta la fecha sigue a cargo del señor Pablo Saavedra Alessandri. Lo hizo en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 64.1 de la CADH. En cumplimiento de lo establecido en el artículo 70.2 del Reglamento de la Corte IDH, se designó al señor Ricardo Abello Galvis para que actué como agente¹², durante el todo el proceso de trámite de la solicitud presentada.

En términos generales, la solicitud presentada por el Estado consultor, fue relativa a “La interpretación del artículo 4.1 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1, a la luz del derecho internacional del medio ambiente”, misma que inicialmente se formuló en tres preguntas específicas, y que posteriormente fueron reformuladas por la Corte IDH, como se analizará detalladamente en este capítulo.

Consideraciones que originaron la consulta

Según lo establecido en el artículo 70. 2 del Reglamento de la Corte IDH, uno de los requisitos que debe cumplir toda solicitud de opinión consultiva es la de indicar las consideraciones que dan origen a la misma. Este requisito tiene su razón de ser en el hecho de que la Corte IDH no puede ejercer su competencia consultiva, únicamente con base en consideraciones abstractas, sino con base en “...una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés

12 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 2.1: el término “Agente” significa la persona designada por un Estado para representarlo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

de que se emita una opinión consultiva' (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p.12). En la solicitud de opinión consultiva presentada por Colombia, se detallan las consideraciones de hecho y las consideraciones jurídicas que lo llevaron a solicitar la misma, lo que se explica de manera resumida a continuación.

Consideraciones de hecho

En cuanto a las consideraciones de hecho, de manera general, señaló entre sus principales razones la grave degradación del entorno marino y humano de la Región del Gran Caribe a consecuencia del desarrollo de grandes obras de infraestructura, por parte de Estados ribereños. Estas obras, por sus dimensiones y permanencia en el tiempo, pueden repercutir negativamente en el ambiente marino, así como en la calidad de vida, integridad personal y desarrollo de los habitantes de este lugar.

Esta situación es de vital importancia para Colombia, pues parte de su población habita en las islas que hacen parte del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Sin embargo, debido a la interconexión ecológica y oceanográfica, reviste de interés no solo para este Estado, sino para toda la Región del Gran Caribe. Se trata, entonces, de un problema que atañe a toda la comunidad internacional y, sobre todo, a los Estados que pueden verse afectados. Las consideraciones en torno a este aspecto se dividen en dos secciones y, a la vez, cada una de estas se subdividen en otros temas, de la siguiente manera:

En la sección primera, tenemos la relevancia del entorno marino para los habitantes de las costas e islas de la Región del Gran Caribe. Los habitantes de las costas e islas del Gran Caribe -entre ellas, las islas colombianas- dependen del entorno marino para vivir y desarrollarse como individuos y comunidad. A la vez, el mismo entorno determina las posibilidades de lograr un desarrollo sostenible. Esta región constituye un recurso ancestral, patrimonio de futuras generaciones y fuente principal de desarrollo económico. La Resolución No. 61/197 de la Asamblea General de la ONU y el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe enfatiza el vínculo existente entre sus habitantes y la Región pues, además del valor económico, existen un valor cultural, espiritual y recreacional para sus comunidades.

Por otra parte, los recursos vivos marinos de la Región representan la principal fuente de servicios en beneficio de sus habitantes. Este es el caso de la pesca, que brinda seguridad alimentaria, ayuda al balance del comercio y contribuye al bienestar y calidad de vida de las personas. Así es, sobre todo en el Gran Caribe el cual se considera como una de las regiones más dependientes del turismo, que genera ingresos para sus habitantes. Por todo lo antes indicado, se afirma que, en

caso de daño a este entorno marino, se afectaría no solo al desarrollo económico, social y cultural, sino también a la integridad física, psíquica y moral de las generaciones presentes y futuras.

La sección segunda se refiere a las graves amenazas al medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe. Dadas las condiciones de la Región, las diversas actividades desarrolladas por parte de los Estados ribereños pueden provocar daños graves e irreparables en el ambiente. Entre estas actividades están: exploración y explotación petrolera, transporte de hidrocarburos, construcción de puertos y canales para la circulación marítima, entre otras. Estas consecuencias nos permiten considerar dos aspectos que se desarrollan dentro de esta sección. La primera es la gran fragilidad del ecosistema del Mar Caribe que depende de la calidad de sus aguas, de sus corales, de sus tres formaciones costeras para el turismo y la pesca. Al respecto, se enumeran algunos tratados e instrumentos orientados a prevenir y contrarrestar la contaminación en esta Región.

La segunda se refiere a los impactos negativos que se pueden presentar en la región del Gran Caribe como consecuencia de la construcción y operación de nuevas grandes obras de infraestructura que, se supone, permanecerán en el tiempo. Dentro de este punto, se indicó que la construcción, mantenimiento y desarrollo de grandes proyectos de infraestructura puede provocar graves impactos en el medio ambiente y afectar, directa o indirectamente, a sus habitantes de los Estados caribeños, debido a que estos contaminantes pueden atravesar las fronteras con facilidad.

Uno de los mayores problemas, es el incremento de sedimentos en esta Región, que produce daños como: asfixia de corales, manglares y lechos de algas, disminución del crecimiento de vegetación natural, daños a los peces y su hábitat, inundaciones y aumento de la deposición de sustancias tóxicas; otro de los problemas es el tráfico marítimo.

En definitiva, respecto a los hechos fácticos, Colombia enfatizó en la importancia del medio ambiente marino e indicó que, debido a la fragilidad del mismo, los efectos nocivos que podrían generarse, afecta a la flora y fauna del lugar. Consecuentemente, a sus habitantes. Esto podría tener efectos irreparables y duraderos en el tiempo, afectando incluso a generaciones futuras. Por tanto, considera necesario que se "...implementen proyectos idóneos y eficaces de prevención y mitigación de daños ambientales en el desarrollo de nuevas grandes obras de infraestructura en la Región... con la cooperación de los Estados..." (Solicitud de Opinión Consultiva presentada por Colombia, párr.47).

Consideraciones Jurídicas

En cuanto a las consideraciones jurídicas, señaló que actualmente la calidad del medio ambiente constituye un requisito *sine qua non* no existe el goce de los derechos y libertades. Reconoció y resaltó el vínculo normativo existente entre el derecho al medio ambiente y los derechos humanos, pues se necesitan mutuamente para garantizar su efectividad. Estas consideraciones, se dividen en dos secciones, de la siguiente manera:

La sección primera se refiere a la calidad del medio ambiente y su relación con los derechos humanos. La vida física y digna de las personas depende del hábitat del cual se deriva su subsistencia, donde desarrolla sus actividades culturales, sociales y económicas; y a la vez, constituye el lugar donde cimientan su proyecto de vida. En este punto, se detallan algunos instrumentos y pronunciamientos de distintos órganos que enfatizan en la relación existente entre el medio ambiente y los derechos humanos.

Por lo mismo, se refiere a la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, que en su principio 1 resalta la importancia de medio ambiente de calidad para tener una vida digna. De igual manera, se remite a pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia y a organizaciones internacionales como la OEA y la ONU, que insisten en el vínculo y conexión del medio ambiente respecto a los derechos humanos.

También, hace referencia a pronunciamientos de la CIDH, de la Corte IDH, en los que se destaca la importancia del medio ambiente como una precondition necesaria para el ejercicio de derechos de rango fundamental. En vista de aquello, es necesario adoptar las medidas necesarias para proteger el hábitat de las comunidades afectadas por daños ambientales para, de esta forma, garantizar los derechos fundamentales.

La sección segunda se refiere a la relación del derecho ambiental y derechos humanos. En este punto, se afirmó que el derecho al medio ambiente tiene su fuente en el derecho interno y en el derecho internacional. Referentes a este último, además del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe, se cuenta con normas consuetudinarias. Todos los principios y reglas del derecho del medio ambiente benefician no solo al entorno natural, sino también a la calidad de vida de las personas, así como sus proyectos de vida.

Además, se remite al Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe que, en su preámbulo, señala que las partes contratantes están conscientes de su obligación de proteger el medio marino de la Región del Gran Caribe para beneficio y disfrute de las generaciones presentes

y futuras. Esto mismo se repite en el principio 7 de la Declaración de Estocolmo¹³. Si bien no toda violación del derecho al medio ambiente conlleva *per se* una afectación a la integridad personal, se debe tener en cuenta que un comportamiento que no se adecúe plenamente a lo regulado por el derecho del medio ambiente podría conllevar a que se constituya una violación de los derechos humanos. Sobre todo, en el caso de que se impida el efectivo goce de los derechos consagrados en la CADH.

Parámetros específicos de la consulta

De manera general, Colombia consulta lo siguiente:

¿de qué forma se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que la construcción y uso de nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe y, en consecuencia, el hábitat humano esencial para el pleno goce y ejercicio de los derechos de los habitantes de las costas y/o islas de un Estado parte del Pacto, a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional? (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, párr.1).

Además, se solicita establecer “¿cómo se debe interpretar el Pacto de San José en relación con otros tratados en materia ambiental que buscan proteger zonas específicas, como es el caso del Convenio para la Protección y el desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe, con relación a la construcción de grandes obras de infraestructura en estados parte de estos tratados y las respectivas obligaciones internacionales en materia de prevención, precaución, mitigación del daño y cooperación entre los Estados que se pueden ver afectados?” (párr.1).

Con base en los antecedentes que originaron la consulta y en cumplimiento del artículo 64.1 del Reglamento de la Corte IDH, respecto a que se debe formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión, la República de Colombia solicitó a la Corte IDH que se dé respuesta a las siguientes cuestiones: ¿De acuerdo con lo estipulado en el artículo 1.1 del Pacto de San José, debería considerarse que una persona, aunque no se encuentre en el territorio de un Estado parte, está sujeta a la jurisdicción de dicho Estado en el caso específico en el que, de forma acumulativa, se cumplan las cuatro condiciones que a continuación se enuncian:

13 Corte IDH, OC-23/17, del 15 noviembre de 2017. Solicitada por la República de Colombia, párr.33.

- I. Que la persona resida o se encuentre en una zona delimitada y protegida por un régimen convencional de protección del medio ambiente del que dicho Estado sea parte;
- II. Que ese régimen convencional prevea un área de jurisdicción funcional, como por ejemplo el previsto en el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe;
- III. Que, como consecuencia de un daño al medio ambiente o de un riesgo de daño ambiental en la zona protegida por el convenio de que se trate, y que sea atribuible a un Estado Parte- del convenio y del Pacto de San José, los derechos humanos de la persona en cuestión hayan sido violados o se encuentren amenazados;
- IV. ¿Las medidas y los comportamientos, que por acción y/o por omisión, de uno de los Estados parte, cuyos efectos sean susceptibles de causar un daño grave al medio ambiente marino -el cual constituye a la vez el marco de vida y una fuente indispensable para el sustento de la vida de los habitantes de la costa y/o islas de otro Estado parte-, son compatibles con las obligaciones formuladas en los artículos 4.1 y 5.1, leídos en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José? ¿Así como de cualquier otra disposición permanente?
- V. ¿Debemos interpretar, y en qué medida, las normas que establecen la obligación de respetar y de garantizar los derechos y libertades enunciados en los artículos 4.1 y 5.1 del Pacto, en el sentido de que de dichas normas se desprende la obligación a cargo de los Estados miembros del Pacto de respetar las normas que provienen del derecho internacional del medio ambiente y que buscan impedir un daño ambiental susceptible de limitar o imposibilitar el goce efectivo del derecho a la vida y a la integridad personal, y que una de las maneras de cumplir esa obligación es a través de la realización de estudios de impacto ambiental en una zona protegida por el derecho internacional y de la cooperación con los Estados que resulten afectados? De ser aplicable, ¿qué parámetros generales se deberían tener en cuenta en la realización de los estudios de impacto ambiental en la Región del Gran Caribe y cuál debería ser su contenido mínimo?

Observaciones de la Corte conforme al artículo 64 de la Convención

La Corte IDH, al ser el órgano competente para interpretar y aplicar la CADH, debe verificar que se cumplan todos los requisitos detallados y explicados en el capítulo 2. Además, en el caso de ser necesario, podrá reformular las preguntas planteadas por el Estado u organismo consultante, como lo realizó en la opinión consultiva objeto de análisis del presente trabajo.

Como ya se indicó el Estado solicitante, al formular la primera pregunta, la condicionó al cumplimiento de cuatro condiciones. Esta situación fue reafirmada por Colombia en respuesta a una solicitud de aclaración sobre esta pregunta realizada por el Juez Eduardo Ferrer en la audiencia, pues se indicó que “la República de Colombia circunscribe el objeto de su solicitud de opinión consultiva a la ‘jurisdicción funcional’ creada por el Convenio de Cartagena en razón a las especiales características humanas, ambientales, y legales de la Región del Gran Caribe” (párr.1).

La Corte IDH entendió que la pregunta planteada buscaba que el Tribunal interprete el alcance del artículo 1.1 de la CADH en relación la zona de aplicación del Convenio de Cartagena. Sin embargo, este organismo señaló que en aras del interés general que revisten las opiniones consultivas, no se puede limitar el alcance de las mismas solamente a unos Estados específicos y, sobre todo, en este caso en que “las cuestiones planteadas en la solicitud trascienden el interés de los Estados parte del Convenio de Cartagena y son de importancia para todos los Estados del planeta” (párr.35), como se enfatizó en las consideraciones que originaron la consulta.

Frente a estas razones, el Tribunal de la Corte IDH manifestó que “no corresponde limitar su respuesta al ámbito de aplicación del Convenio de Cartagena” (párr.35); con base en la relevancia del medio ambiente en general, para la protección de los derechos humanos, tampoco consideró adecuado limitar su respuesta al medio ambiente marino; y decidió no examinar las cuatro condiciones incluidas la primera pregunta. Así, procedió a reformularla de la siguiente manera:

- I. ¿De acuerdo con lo estipulado en el artículo 1.1 del Pacto de San José, debería considerarse que una persona, aunque no se encuentre en el territorio de un Estado parte, podría estar sujeta a la jurisdicción de dicho Estado en el marco del cumplimiento de obligaciones en materia ambiental? (párr.37).

Respecto a la segunda y tercera pregunta, la Corte IDH entendió que ambas se refieren, concurrentemente, a las obligaciones estatales respecto al deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y la integridad personal en relación con daños al medio ambiente.

En la segunda pregunta, se refiere a si “las medidas y los comportamientos” de los Estados, que podrían causar “daños graves al medio ambiente son compatibles con las obligaciones estatales derivadas de los artículos 4.1 y 5.1” de la Convención. En la tercera pregunta, se consultó al Tribunal qué obligaciones se derivan del deber de “respetar y de garantizar los derechos y libertades enunciados en los artículos 4.1 y 5.1” de la Convención, relacionadas con “las normas que provienen del derecho internacional del medio ambiente y que buscan impedir un daño ambiental susceptible de limitar o imposibilitar el goce efectivo del derecho a la vida y a la integridad personal” (párr.37).

En este caso la Corte IDH entendió que, con la segunda y la tercera pregunta, se está “consultando a la Corte sobre las obligaciones de los Estados Parte de la CADH en relación con la protección del medio ambiente, a efectos de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, tanto para daños ocurridos dentro de su territorio como para daños que traspasen sus fronteras” (párr.38), por lo que decidió agrupar sus consideraciones con respecto a dichas consultas, en la siguiente pregunta: “¿Qué obligaciones tienen los Estados, a partir del deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, en relación con daños al medio ambiente?” Luego de reformuladas las preguntas por parte de la CADH, se continúa con el trámite de la misma de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Corte IDH; y finalmente, el 15 de noviembre de 2017, el Tribunal emite Opinión Consultiva OC-23/17.

Antes de concluir este capítulo, es importante referirse de manera breve a los antecedentes litigiosos entre Nicaragua y Colombia, a pesar que no se los menciona en la solicitud. Entre estos países, ha existido una serie de procesos litigiosos debido a problemas limítrofes. En el año 2001, Nicaragua demandó a Colombia ante la Corte Internacional de Justicia. En el 2007 tuvo lugar el primer fallo, mismo que favoreció a Colombia al otorgarle soberanía sobre el archipiélago de San Andrés. Luego, en el 2012, se dictó una sentencia en la que se estableció la línea limítrofe marítima. Esta favoreció a Nicaragua y Colombia perdió más de 70.000 kilómetros cuadrados de mar. Posteriormente, en el año 2013, Nicaragua presentó dos demandas en contra de Colombia: la una buscaba que se reconociera una plataforma continental extendida más allá de las 200 millas; y la otra tenía su origen en un supuesto incumplimiento de Colombia al fallo dictado en el año 2012. A estas, Colombia presentó cuatro contrademandas, todas aún están pendientes de fallo.

Como se explicó en el capítulo anterior, existen varias causales de inadmisibilidad de una solicitud de opinión consultiva. Entre dichas causales está el que no se puede tener como objeto una respuesta o solución encubierta de un caso contencioso que aún no ha sido conocido por la Corte IDH. Según Carrillo (2018), esta solicitud esconde intereses políticos por parte del Estado consultor, con la finalidad de obtener una respuesta que sea favorable a sus intereses. Por ende, que se le favorezca en los procesos litigiosos. Sin embargo, la Corte IDH fue clara al respecto y señaló que el hecho de que existan procesos contenciosos pendientes no es un impedimento para ejercer su competencia contenciosa; y sobre todo, señaló que es una “institución judicial autónoma” y, por lo tanto, el ejercicio de su función consultiva “no puede estar limitado por los casos contenciosos interpuestos ante la Corte Internacional de Justicia” (Corte IDH, OC-16/99, párr.61).

IV

Análisis de la Opinión Consultiva N° OC-23/17

Generalidades y competencia de la Corte IDH

En la Opinión Consultiva OC-23/17, la Corte IDH se refirió fundamentalmente a las siguientes cuestiones: a) el derecho a un medio ambiente sano y su relación con los demás derechos humanos; b) el alcance del término jurisdicción bajo la CADH; y 3) las obligaciones de los Estados de proteger el derecho a la vida y a la integridad personal, frente a posibles daños medioambientales. En el trámite de esta opinión consultiva, se recibieron las observaciones escritas de algunos Estados parte de la OEA: Argentina, Bolivia, Honduras y Panamá; de algunos órganos de la OEA, como de la CIDH y Secretaría General de la OEA¹⁴; asimismo, se recibieron observaciones por parte de 25 organizaciones internacionales y de la sociedad civil, que en total fueron 20.

La República de Colombia, de conformidad con el artículo 64.1 de la CADH, estaba legitimada para solicitar una opinión consultiva a la Corte IDH y cumplió con todos los requisitos formales y materiales exigidos para ser admitida. Además, en su solicitud, enfatizó en la importancia que tendría esta opinión consultiva para el “efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos por parte de los agentes y órganos de los Estados de la Región del Gran Caribe, así como para el fortalecimiento de la conciencia universal...” (Corte IDH, OC-23/17, del 15 noviembre de 2017, párr.21). Por su parte, la Corte IDH, de acuerdo al artículo 64 de la CADH y en ejercicio de su competencia consultiva, estaba plenamente facultada para pronunciarse al respecto por ser la “interprete última de la Convención Americana” (párr.16).

Es importante mencionar que este organismo indicó que la existencia de peticiones ante la CIDH o casos contenciosos pendientes relacionados con la consulta, no son una limitante para que se emita una opinión consultiva. No se trata de una institución autónoma, el propósito de esta función es distinto al del contencioso y “no está necesariamente constreñida a los literales términos de las consultar que se le formulan” (párr.27). Como se explicó en el capítulo segundo, la competencia consultiva tiene un alcance bastante amplio y no se limita, únicamente, a los Estados Parte de la CADH. Por esta razón, este organismo afirmó que el contenido de esta opinión “también tendrá relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA, así como para los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta” (párr.30).

14 La observación fue presentada por el Representante de la Secretaría General de la OEA y la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.

Criterios de interpretación

La Corte IDH, para pronunciarse respecto a la consulta solicitada por Colombia, recurrió a algunos instrumentos internacionales, como se explica a continuación. La consulta solicitaba la interpretación de ciertos artículos de la CADH, por lo que se debe tener en cuenta que el objeto y fin de este instrumento es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” (párr.41). Esta tutela de derechos se garantizará a todas las personas “independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o cualquier otro” (párr.41). La CADH, en su artículo 29, establece las normas de interpretación, de las cuales se deriva el principio *pro persona* o *pro homine* que, según Castilla (2009), se lo puede definir como:

Un criterio hermenéutico (...) en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria... (p.70).

Del artículo antes citado, se deriva también el principio de interpretación evolutiva, en virtud del cual se debe velar por la protección de los derechos humanos, de acuerdo a “...la evolución y el estado actual de reconocimiento jurídico, político y social de un derecho en especial...” (Urquiaga, 2013, p.25). La Corte IDH se refirió expresamente a esos dos principios.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados también fue considerada por la Corte IDH que señaló que este instrumento “recoge la regla general y consuetudinaria de interpretación de los tratados internacionales” (Corte IDH, del 15 noviembre de 2017, párr.41). En su artículo 31, se refiere a la regla general de interpretación, según la cual un tratado debe interpretarse de buena fe, de acuerdo al sentido corriente de sus términos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Además, se consideró el *corpus iuris* del derecho ambiental internacional, mismo que se “compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario” (Corte IDH, OC-23/17, del 15 noviembre de 2017, párr.45); y también se basó en su jurisprudencia y la de otros tribunales internacionales.

Naturaleza del derecho a un medio ambiente sano y su relación con los derechos humanos

El interés y la preocupación por la protección del medio ambiente, considerado ya como un derecho humano, ha sido evidente. En principio a nivel interno, pues como ya se manifestó la Constitución de varios países los reconocen y garantizan

a nivel internacional. También ha tenido un importante desarrollo, llegando incluso a ser considerado como un derecho autónomo por la Corte IHD, en la opinión consultiva objeto de análisis. En cuanto a su naturaleza, se considera que –efectivamente– se trata de un derecho humano que reúne tres condiciones: “i) ser universal; ii) tener una base moral; y iii) que su intención básica es la de asegurar la dignidad humana” (Costa & Burdiles, 2019, p.192). Al respecto, la Corte IDH manifestó que el derecho al medio ambiente sano tiene dos connotaciones:

En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. (...) también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p.27).

Sin duda, este considerando constituye uno de los aspectos trascendentales e históricos, pues el mismo desarrolla por primera vez el alcance y contenido del derecho a un medio ambiente sano en sus dos dimensiones; y enfatiza la necesidad e importancia de otorgarle la categoría jurídica de derecho humano y considerarlo autónomo y “distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos” (párr.63).

Este organismo también señaló que la garantía de este derecho requiere el cumplimiento de ciertas obligaciones por parte de los Estados. Estas obligaciones son las siguientes:

“a) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir; b) garantizar (...) servicios públicos básicos; c) promover la protección del medio ambiente; d) promover la preservación del medio ambiente; e) promover el mejoramiento del medio ambiente” (párr.60).

En cuanto a la relación del medio ambiente con los derechos humanos, la Corte IDH reconoció que existe “una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos del cambio climático afectan al goce efectivo de los derechos humanos” (párr.47). Además de reconocer esta relación, destacó que el cambio climático y otros fenómenos -que provocan la degradación del medio ambiente a causa del hombre- repercute negativamente en el pleno goce de los derechos humanos. Así, considera al medio ambiente como un requisito esencial, del cual depende el desarrollo de una vida digna (Costa & Burdiles, 2019).

Es necesario recordar que el derecho a un medio ambiente sano no se encuentra reconocido en la CADH, sino en su Protocolo Adicional, instrumento que -en su preámbulo- resalta la estrecha relación de los derechos y los considera un todo indisoluble. En el mismo sentido, la CIDH -en su informe sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales- indicó que “varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima” (CIDH, 30 de diciembre de 2009, párr.190).

Además, cita distintos instrumentos y organismos internacionales que se han referido a esta relación. Entre ellos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible. Este último considera que los pilares del desarrollo sostenible son el económico, el social y el ambiental. En definitiva, se estableció que -entre el medio ambiente y los derechos humanos- existe una relación de interdependencia e indivisibilidad, y que la degradación ambiental provoca un impacto negativo en la garantía y efectivo goce de los derechos humanos en general.

Consecuentemente, la Corte IDH reconoció el derecho a un medio ambiente sano, como un derecho autónomo “...no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano (...) sino por su importancia para los demás organismos (...) también merecedores de protección en sí mismos...” (Corte IDH, 15 noviembre de 2017, párr.62). En tal sentido, el tribunal consideró de manera esencial la visión antropocéntrica, sin dejar de lado la perspectiva biocéntrica. En fin, integró estas dos visiones.

Este derecho se reconoce expresamente en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador; sin embargo, se considera también “incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales” (párr.57) que están protegidos por la CADH, en su artículo 26¹⁵. Esto se debe a que todos los derechos humanos tienen el mismo valor y deben ser entendidos integralmente, sin jerarquía y son exigibles ante las autoridades competentes.

Si bien, algunos organismos internacionales se han referido al medio ambiente y a la importancia de su protección en sus pronunciamientos, es la primera vez que la Corte IDH -además de reconocerlo como un derecho humano autónomo- lo incluye dentro de los DESC. Con esto, pasan a constituirse en lo que actualmente

15 CADH, Capítulo 3: Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 26: Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

se conocen los DESCA (Derechos económico, sociales, culturales y ambientales) (Esain, 2018).

Al considerarse incluido dentro de esta categoría de derechos, se debe observar el principio de progresividad por parte de los Estados, que deberán designar los recursos necesarios que permitan alcanzar un alto nivel de protección de este derecho. En ningún caso, se pueda retroceder respecto al avance conseguido en cuanto la garantía y protección de este derecho (Dirección General de Derechos Humanos (DGDH) - Unidad Fiscal & (UFIMA) Investigaciones en Materia Ambiental, 2018). Este derecho resulta inherente a la dignidad del ser humano y guarda una estrecha relación a efectos de la garantía de otros derechos humanos. Sobre todo, en la medida en que él mismo permite gozar del derecho a una vida digna en condiciones aptas y saludables y, al mismo tiempo, está ligado al desarrollo sostenible (Borrás, 2014).

La degradación ambiental afecta a todos los derechos humanos, incluido el derecho a un medio ambiente sano. Sin embargo, aquellos que están estrechamente vinculados con el medio ambiente resultan más susceptibles frente a la existencia de un daño ambiental. Según la Corte IDH, se clasifican en dos: los derechos sustantivos, cuyo disfrute depende del medio ambiente; y los derechos de procedimiento, que respaldan la efectiva formulación de políticas ambientales.

Estas afectaciones a los derechos humanos, repercuten en el pleno goce de los derechos de cualquier persona; sin embargo, la Corte IDH ha creído conveniente referirse al grado de incidencia que tendrá el daño ambiental, dependiendo del derecho afectado como ya se explicó anteriormente y respecto a la individuo o comunidad que resulte perjudicado por el mismo. En este sentido, la Corte IDH, señaló que esta afectación puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad. Por esto, es necesario que los Estados adopten las medidas necesarias, que garanticen los derechos de estas personas basados en los principios de igualdad y no discriminación.

Jurisdicción en el Artículo 1.1 de la Convención Americana: alcance del término jurisdicción, a efectos de la determinación de las obligaciones de los Estados

En este punto, se procederá a analizar la respuesta dada por la Corte IDH a la primera pregunta planteada por la República de Colombia. Es necesario partir del artículo 1.1 de la CADH, que en su parte pertinente señala; “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, párr.61).

La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en la que se desarrollaban los trabajos preparatorios de la CADH, en su artículo 1.1, difiere del actual en cuanto este artículo imponía que los litigantes debían estar dentro de su territorio y sujetos a su jurisdicción. Esto fue de gran ayuda para que se logre desentrañar el sentido que se quiso dar a este artículo. En consecuencia, la Corte IDH manifestó que la jurisdicción “...no está limitada al territorio nacional de un Estado, sino que contempla circunstancias en que conductas extraterritoriales de los Estados constituyen un ejercicio de la jurisdicción por parte de dicho Estado...” (párr.61). Entendiéndose, entonces que la CADH protege a todas las personas que puedan resultar afectadas por daños ambientales, por lo que los Estados tienen obligaciones –incluso- respecto a personas que se encuentren fuera de sus fronteras, por daños ambientales originados en su territorio, ya sea por acción u omisión (Carrillo, 2018).

Este organismo citó la Opinión Consultiva OC-21/14, según la cual esta obligación se amplía respecto a “toda persona que se encuentre en el territorio del Estado o que de cualquier otra forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control” (párr.78). A criterio de la CIDH, esto engloba “todas las personas dentro de su territorio y de aquellas presentes en el territorio de otro Estado pero sujetas al control de sus agentes” (párr.78).

Es necesario tener presente que los términos jurisdicción y territorio son dos cosas totalmente distintas, pues el hecho que “una persona se encuentre sometida a la jurisdicción de un Estado no equivale a que se encuentre en su territorio (párr.219). Finalmente, la Corte IDH señaló que:

...una persona está sometida a la “jurisdicción” de un Estado, respecto de una conducta cometida fuera del territorio de dicho Estado (conductas extraterritoriales) o con efectos fuera de dicho territorio, cuando dicho Estado está ejerciendo autoridad sobre la persona o cuando la persona se encuentra bajo su control efectivo, sea dentro o fuera de su territorio... (párr.81).

Obligaciones estatales en el marco de regímenes especiales de protección en materia ambiental

El Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe “Convenio de Cartagena” fue adoptado el 24 de marzo de 1983, con la finalidad de prevenir y controlar la contaminación en esta región. Así, fue necesario que los Estados parte adopten medidas orientadas a lograr este fin y evitar daños transfronterizos. Este instrumento, en su artículo 4, establece las obligaciones generales en virtud de las que Colombia –con base en su solicitud- “crea un área de jurisdicción funcional ubicada más allá de las fronteras de los Estados parte...” (párr.85). Por tanto, se estableció la posibilidad de que “...las conductas estatales llevadas a cabo en la zona de aplicación de estos regímenes

sean consideradas un ejercicio de la jurisdicción del Estado bajo la Convención Americana...” (párr.88).

Sin embargo, al respecto, la Corte IDH hace tres aclaraciones importantes: 1) la jurisdicción bajo la CDH no depende del desarrollo de la conducta estatal en una zona geográfica delimitada; 2) las zonas de aplicación de ese tratado no equivalen a una jurisdicción especial común a los Estados partes, de la cual se entienda que cualquier actuación de los mismos constituya el ejercicio de la jurisdicción bajo la CADH; y 3) la jurisdicción de un Estado puede extenderse sobre los límites territoriales de otra, a través de un acuerdo en el que manifieste su consentimiento para limitar su propia soberanía.

El Convenio de Cartagena, en su artículo 3.3,¹⁶ limita el alcance de sus disposiciones, por lo que la Corte IDH afirmó que no es posible que los regímenes especiales, como el de este instrumento, se “extiendan por sí mismos la jurisdicción de los Estados Parte a efectos de sus obligaciones bajo la Convención Americana (párr.92). Asimismo, advirtió que el ejercicio de la jurisdicción fuera del territorio del Estado será excepcional y se analizará en sentido restrictivo; es decir, depende del caso concreto.

Obligaciones frente a daños ambientales transfronterizos

Colombia en su solicitud manifestó que, debido a la interconexión oceanográfica, los daños causados por un Estado pueden fácilmente atravesar las fronteras afectando a los demás. Con la finalidad de prevenir estos daños, se han adoptado diversos instrumentos internacionales para enfrentar esta problemática, entre ellos la Declaración de Estocolmo y la Declaración del Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁷.

En este sentido la Corte Internacional de Justicia, ha señalado que “los Estados deben velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción” (párr.77). Al respecto la Corte IDH, señaló que efectivamente “los Estados tienen la obligación de evitar daños ambientales transfronterizos que pudieran afectar los derechos humanos de las personas fuera de su territorio” y en el caso de producirse este tipo de daño “se entiende que las

16 Artículo 3.3: Ninguna disposición del presente Convenio o de sus protocolos afectará a las reivindicaciones actuales o futuras o las opiniones jurídicas de cualquier Parte Contratante relativas a la naturaleza y la extensión de la jurisdicción marítima.

17 Principio 21. De conformidad con la carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

personas cuyos derechos han sido vulnerados se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen” (párr.77).

Por lo tanto, un Estado puede ser responsable de violaciones a los derechos humanos de manera extraterritorial, siempre que exista “una relación de causalidad entre el hecho que se originó en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio” (párr.77); debiendo demostrarse este el nexo causal.

Obligaciones respecto al derecho a la vida y a la integridad física en el contexto de la protección al medio ambiente

En esta sección la Corte IDH, procedió a responder a la segunda pregunta.

Derecho a la vida y a la integridad personal y obligaciones frente a daños ambientales

El derecho a la vida constituye el derecho fundamental, tanto en la normativa nacional como internacional. De él, depende la realización de los demás derechos. La CADH reconoce en su artículo 4 que toda persona tiene derecho a la vida y, en ningún caso, acepta que se aplique la pena de muerte. Este organismo, en su desarrollo jurisprudencial, señala que este derecho conlleva dos obligaciones:

...no solo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además (...) requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción... (Corte IDH, 2017, párr.108).

No basta la simple garantía de vida, es necesario que las personas tengan acceso a una vida digna. Hace falta que se garantice el “acceso y calidad de agua, alimentación y salud” (párr.108). Así, también se hace obligatoria la protección del medio ambiente, en la medida en que la contaminación del mismo puede afectar al ejercicio de este derecho. Por ejemplo, la contaminación el agua no permite que se cumpla con las condiciones de “color, olor y sabor aceptable” (párr.108) que se describe en este derecho.

Respecto al derecho a la integridad personal, la Corte IDH insiste que “la violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (párr.112). Esto porque deja

secuelas físicas y psíquicas que varían de intensidad según factores endógenos y exógenos que pueden ser analizados en cada situación concreta. Este organismo señala la existencia una relación estrecha entre el derecho a la vida y el de integridad personal. En ciertos casos, la violación de uno conlleva la violación del otro. En este sentido, establece dos obligaciones necesarias para garantizar estos derechos que se pueden observar en la figura 2.

Figura 2

Obligaciones respecto al derecho a la vida y a la integridad personal

| | |
|--|--|
| <p>Obligación de respetar los derechos y las libertades reconocidos en la CADH</p> <p>Los Estados deben abstenerse de:</p> <ul style="list-style-type: none">· Cualquier práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso, en condiciones de igualdad, a los requisitos para una vida digna.· Contaminar ilícitamente el medio ambiente de formas que se afecte las condiciones que permitan la vida digna de las personas. | <p>Obligación de garantía</p> <p>Los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar estos derechos.</p> <p>Prevención, regulación, supervisión y fiscalización.</p> |
|--|--|

Nota: con base en la Opinión Consultiva OC-23/17.

La responsabilidad de un Estado por la vulneración de los derechos dentro de su jurisdicción no es ilimitada, pues en el caso de que sea cometida por particulares, responderá el Estado cuando esta conducta provenga de “falta de regulación, supervisión o fiscalización de las actividades de estos terceros que causen un daño al medio ambiente” (párr.119).

Consecuentemente, para se origine la obligación positiva del Estado, es necesario que:

- Al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que razonablemente podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo, y (b) que existe una relación de causalidad entre la



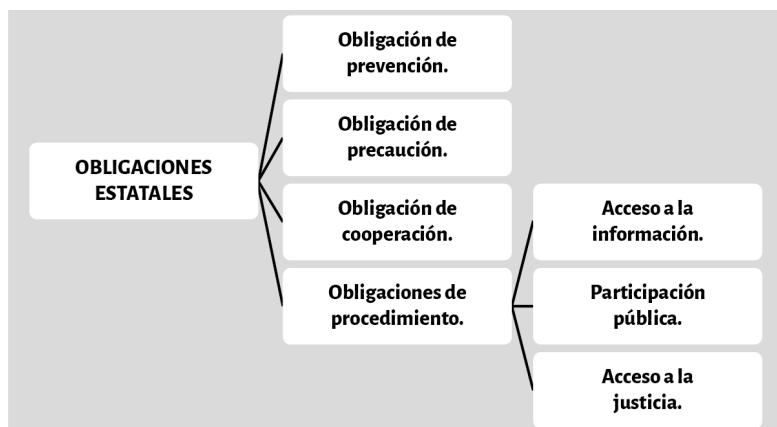
afectación a la vida o a la integridad y el daño significativo causado al medio ambiente... (párr.120).

Obligaciones estatales frente a los posibles daños al medio ambiente

En este punto, se establecen las obligaciones generales que deben cumplir los Estados en materia ambiental (figura 3). Según la Corte IDH, las ejecutarán con la debida diligencia. Entiéndase esta última como la obligación de los Estados de “adoptar todas las medidas apropiadas” (párr.123), orientadas a lograr progresivamente el ejercicio de todos los derechos de manera plena y libre.

Figura 3

Obligaciones de los Estados frente a posibles daños ambientales



Fuente: Opinión Consultiva OC-23/17

a. Obligación de prevención: se consagró en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano¹⁸ y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente

18 Principio 21: De conformidad con la carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

y el Desarrollo. Por su parte, la CADH -al establecer la obligación de garantizar los derechos- englobó con este la de prevenir la violación de dichos derechos. En materia ambiental, este principio implica que el Estado tiene la “responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional” (párr.128). Esto es de gran importancia debido a que, generalmente, estos daños difícilmente van a poder ser restaurados de manera íntegra, pues no será posible dejar al ambiente en las mismas condiciones anteriores a las del daño.

Uno de los aspectos principales que aportó la Corte IDH, en este pronunciamiento, fue el determinar que el tipo de daño que se debe prevenir es el *daño significativo*. Se considera este tipo de daño como “algo más que detectable pero no es necesario que sea grave o sustancial” (párr.135). Para determinarlo, se tendrá en cuenta la “naturaleza y magnitud del proyecto y el contexto donde será llevado a cabo” (párr.135). Según la Corte IDH, se considera significativo “cualquier daño al medio ambiente que pueda conllevar una violación de los derechos a la vida o a la integridad personal” (párr.135). Este daño deberá ser determinado tomando en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto. Al respecto, los Estados deben adoptar las siguientes medidas:

1. Deber de regular: se encuentra establecido en el artículo 2⁹ de la CADH, y no se limita a la normativa constitucional o legislativa, sino que implica toda disposición jurídica de carácter reglamentario. El Tribunal indicó que los Estados -con la finalidad de proteger el derecho a la vida y a la integridad personal- deben tomar en cuenta “...el nivel de riesgo existente, deben regular las actividades que puedan causar un daño significativo al medio ambiente...” (párr.149). Esta regulación debe ser clara, sobre todo, en el caso de los estudios de impacto ambiental.
2. Obligación de supervisar y fiscalizar: implica que los Estados desarrollen y pongan en práctica “mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas”. Estos mecanismos, además de incluir las necesarias medidas preventivas, deben contar con aquellas que permitan “investigar, sancionar y reparar posibles abusos, mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia” (párr.154). El nivel de intensidad de esta obligación depende del nivel de riesgo que conlleve la conducta juzgada. Es decir, a mayor riesgo, el Estado debe ejercer una mayor supervisión y fiscalización.

19 Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades

3. Obligación de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental: el estudio de impacto ambiental se lo puede definir como “...el o los documento(s) que sustenta(n) el análisis ambiental preventivo y que entrega(n) los elementos de juicio para tomar decisiones informadas en relación a las implicancias ambientales de las actividades humanas...” (Espinoza, 2007, p.22). Al estar frente a una actividad que pueda generar un daño ambiental significativo “es obligatorio la realización de un estudio de impacto ambiental” (párr.160), sin importar si el proyecto se ejecuta por parte del Estado o de particulares o si el daño puede afectar dentro o fuera de su territorio.

Según la Corte IDH, este estudio debe cumplir con las siguientes condiciones: 1. Llevarse a cabo antes de la realización de la actividad, 2. Ser realizado por autoridades independientes bajo supervisión del Estado, 3. Abarcar el impacto acumulado, 4. Contar con la participación de personas interesadas, 5. Respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, 6. Su contenido, dependerá de las circunstancias del caso concreto y el nivel de riesgo de la actividad; el mismo era regulado en la legislación del Estado.

4. Deber de establecer un plan de contingencia: los Estados deben contar con un plan de contingencia para responder a emergencias ambientales. Esto incluye medidas de seguridad que ayuden a minimizar las consecuencias de dichos desastres. En principio, será el Estado de origen el encargado de realizarlo; sin embargo, puede ser realizado en cooperación de los demás Estados que resulten, potencialmente, afectados u organizaciones internacionales que sean competentes.
5. Deber de mitigar en caso de ocurrencia del daño ambiental: de producirse un daño ambiental, el Estado debe adoptar las medidas apropiadas que permitan mitigar el mismo. Para esto se deberá utilizar “la mejor tecnología y ciencia disponible” (párr.171). Estas acciones se tomarán de manera inmediata, sin importar que se desconozca el origen de la contaminación. Esto también aplica, en el caso de daños transfronterizos, que los Estados deban adoptar ciertas medidas (párr.172) que permitan mitigar los efectos del desastre, mediante la cooperación entre el Estado de origen y aquellos que posiblemente resulten afectados.

b. Obligación de precaución: se encuentra recogido en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Señala “...los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus

capacidades20...” (párr.72). En este punto, se cita a la Corte Internacional de Justicia, según la cual “...el enfoque precautorio es parte integral de la obligación general de debida diligencia” y aplica cuando “...la evidencia científica (...) sea insuficiente, pero existan indicadores plausibles de los riesgos potenciales...” (párr.180). Además, la Corte IDH, señaló que los Estados deben actuar conforme a este principio a fin de proteger el derecho a la vida y a la integridad personal, mediante la adopción de “medidas eficaces para prevenir o daño grave o irreversible” (párr.180).

c. Obligación de cooperación: se encuentra establecida en la CADH²¹ principio 24 de la Declaración de Estocolmo, principios 7 y 19 de la Declaración de Río y, además, en el Protocolo de San Salvador. Al respecto, la Corte IDH señaló que esta “...obligación de cooperación tiene especial preeminencia en el caso de recursos compartidos, cuyo aprovechamiento y desarrollo debe ser realizado de una forma equitativa y razonable con los derechos de los demás Estados que poseen jurisdicción sobre tales recursos...” (párr.185). En el derecho ambiental internacional, resulta esencial pues constituye el fundamento para que las acciones, procedimientos y proyectos se llevan a cabo de manera coordinada y respetando el medio ambiente. Esta obligación implica los siguientes deberes específicos:

1. Deber de notificación: la notificación se debe realizar a los Estados potencialmente afectados por daños significativos y será realizada por el Estado en cuya jurisdicción se lleve a cabo la actividad. En el caso de emergencias sanitarias, esta notificación debe realizarse sin demora; es decir, inmediatamente que se tenga conocimiento de la situación (párr.180). Se deberá cumplir de manera previa y oportuna, apenas el Estado tenga conocimiento del riesgo, pudiendo ser previamente a la realización de un estudio de impacto ambiental o luego del resultado del mismo. Esta notificación debe contener la información que sea pertinente, según la Corte IDH es “la información suficiente y adecuada para que el Estado potencialmente afectado pueda estudiar y evaluar el posible efecto de las actividades previstas” (párr.187) y

20 Medidas que pueden adoptar: son las siguientes “(i) limpieza y restauración dentro de la jurisdicción del Estado de origen; (ii) contener el ámbito geográfico del daño y prevenir, de ser posible, que afecte otros Estados; (iii) recabar toda la información necesaria del incidente y el peligro de daño existente; (iv) en casos de emergencia (...) el Estado de origen debe, sin demora (...) notificar al Estado que posiblemente se vea afectado por el daño; (v) una vez notificados, los Estados afectados o potencialmente afectados deben tomar todas las medidas posibles para mitigar y de ser posible eliminar las consecuencias del daño y (vi) en caso de emergencia, además se debe informar a las personas que puedan resultar afectadas”.

21 Artículo 26. Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. 185 Revisar los artículos 1, 12 y 14, numeral 4.

no necesariamente debe incluir el estudio de impacto ambiental.

2. Deber de consultar y negociar con los Estados potencialmente afectados. Se debe cumplir, en el caso de actividades que podrían conllevar daños transfronterizos significativos, la consulta se realizará de manera oportuna y de buena fe. No debe ser un procedimiento meramente formal, sino que debe involucrar la voluntad mutua de los Estados de discutir seriamente los riesgos ambientales actuales y potenciales, además durante el mecanismo de consulta y negociación, los Estados deben abstenerse de autorizar o ejecutar las actividades en cuestión. Esto no implica que las actividades requieren el consentimiento previo de otros Estados posiblemente afectados y finalmente en el caso que las partes no lleguen a un acuerdo, deben acudir a los mecanismos de solución pacífica de las controversias, sea por medios diplomáticos o judiciales.
3. Intercambio de información: forma parte del deber de cooperar y comprende disposiciones orientadas a “facilitar, promover o asegurar el intercambio de información entre los Estados” (párr.206), a fin de prevenir y evitar daños ambientales transfronterizos.

d. Obligaciones de procedimiento: son obligaciones estatales de carácter instrumental, que se derivan del derecho a la vida y a la integridad personal, frente a posibles daños ambientales. Entre estas, tenemos las siguientes:

1. Acceso a la información: está garantizada en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo²², y se refiere a que los Estados deben actuar bajo los principios de publicidad y transparencia en su gestión pública. Asimismo, en materia ambiental, la información respecto a proyectos, explotación de recursos y otras actividades se consideran de interés público. Según la Corte IDH, “el acceso a la información ambiental debe ser asequible, efectivo y oportuno” (párr.206). Frente, al derecho de obtener información, los Estados tienen la obligación positiva de suministrarla, conocida como la “obligación de transparencia activa” (párr.221). Esta información deberá ser completa, comprensible, actualizada, efectiva con lenguaje accesible para todos los sectores de la población. Sin embargo, este derecho no es absoluto, admite restricciones previamente establecidas en la ley.
2. Participación pública: se garantiza en el artículo 23.1 literal a) de la CADH,

22 Principio 10: El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo²³, y en la Carta Mundial de la Naturaleza, según la cual “toda persona (...) tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente (párr.223

Según la Corte IDH, constituye una herramienta que permite “integrar las preocupaciones y el conocimiento de la ciudadanía en las decisiones de políticas públicas que afectan al medio ambiente”(párr. 223). Para su ejercicio, es necesario que los Estados hayan entregado de manera previa la información suficiente y relevante; y debe garantizarse “desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar al público sobre estas oportunidades de participación” (Corte IDH, OC-23/17, párr.228).

3. Acceso a la Justicia: está consagrada en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, según la cual se “permite al individuo velar porque se apliquen las normas ambientales y constituye un medio para remediar cualquier violación a los derechos humanos que hubiera sido causada por el incumplimiento de normas ambientales, incluyendo los recursos y la reparación” (párr.228). Los Estados tienen la obligación de facilitar recursos judiciales efectivos para las víctimas de los derechos humanos y “deben garantizar a los individuos acceso a recursos, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal” (párr.228) que permitan: 1. Impugnar cualquier norma, decisión, acto u omisión de las autoridades que contravienen las obligaciones en materia de derecho ambiental; 2. Asegurar la plena realización de los demás derechos de procedimiento; y 3. Remediar cualquier violación de sus derechos, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de derecho ambiental.

Por lo tanto, podemos decir que el cumplimiento, por parte de los Estados, de todas las obligaciones detalladas en el presente capítulo, sin duda, ayudará a prevenir los daños ambientales tanto dentro de su territorio como frente a daños transfronterizos. Por otro lado, permitirán a las personas y comunidades exigir la protección, garantizar sus derechos y, de ser el caso, el resarcimiento de sus derechos vulnerados a consecuencia de daños ambientales producidos.

Por último, es importante hacer referencia al voto individual concurrente del

23 Principio 10: El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

juez Eduardo Vio Grossi y el voto concurrente²⁴ del juez Humberto Sierra Porto. El juez Eduardo Vio Grossi, manifestó que, si bien no disiente de la decisión de la Corte IDH, discrepa respecto a la interpretación que se hace del artículo 26 de la CADH, debido a que se “incluye a los derechos económicos, sociales y culturales como protegidos por esta última y, consecuentemente, susceptibles de ser judicializados ante la Corte” (OC-23/17. Voto Individual concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, párr.4) y considera que únicamente pueden ser judicializados aquellos derechos que son “reconocidos” en este instrumento y que, a su criterio, los antes mencionados no lo son. Por lo tanto, considera que deberían ser judicializados en los Tribunales nacionales de los Estados parte de la CADH. Recordó que, al interpretar, este instrumento no se debe olvidar que “ningún Estado puede ser llevado ante un tribunal internacional sin su consentimiento” (párr.4). Por su parte, el Juez Humberto Sierra Porto, manifestó que difiere en cuanto a la justiciabilidad directa del derecho a un medio ambiente sano ante el SIDH, pues además de no estar de acuerdo con esta posibilidad, considera que la Corte IDH se excedió respecto al objeto de la consulta, pues las preguntas planteadas por el Estado consultor se limitaban a solicitar la interpretación de normas.

V

Efectos de la Opinión Consultiva OC-23/17

Generalidades

En la sección dos, ya se examinó la naturaleza de la opinión consultiva. Sin embargo, es necesario analizar de manera más amplia los efectos que tiene la misma respecto al Estado consultor, así como respecto a los demás Estados del SIDH. Según Nikken (1990), cuando se menciona la facultad de aplicación e interpretación “...la Corte actúa como un órgano jurisdiccional y sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional (...) aunque sus opiniones consultivas no están llamadas per se a ser ejecutadas de inmediato, sí están dotadas de un efecto práctico virtual...” (p.171-172).

24 Existen algunos sistemas de votación, en el presente caso se evidencia un sistema mixto, pues la decisión de la mayoría viene a ser la decisión de la Corte IDH; pero, a la vez, da la posibilidad a los jueces de emitir sus votos particulares. Un voto concurrente es aquel que tiene por objeto precisar o aclarar los motivos por los que el juez acompaña la decisión o por los que a su parecer la misma debería estar fundamentada en una interpretación distinta, por otro lado, un voto disidente es aquel en el que el juez señala las razones por las que no está de acuerdo con la decisión final, debiendo en todos los casos estar debidamente motivado (Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, 2016).

Si bien no se ha reconocido formalmente la obligatoriedad de las opiniones consultivas, es notorio que esta figura ha ido adquiriendo fuerza en los distintos criterios doctrinarios, en los pronunciamientos de la propia CIDH. Incluso, los Estados han ido adecuando sus leyes de acuerdo a pronunciamientos emitidos por este organismo. Al respecto Faúndez (2004) considera:

Admitiendo que no poseen las mismas características que se reconocen a las sentencias en materia contenciosa, a juicio de quien escribe estas líneas, las mal llamadas 'opiniones' consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emana, sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular, no puede ser eludido por los Estados partes en la Convención (p.992).

Entonces, de acuerdo al derecho internacional, los Estados parte de un tratado, al suscribir el mismo, se comprometen a cumplirlo. Se entiende que "...dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p.15).

La propia CADH, en su artículo 75, se remite a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados e indica que deberá interpretarse de buena fe y teniendo en cuenta su objeto y su fin:

...sí un Estado suscribe un tratado que crea un organismo autorizado para interpretar sus disposiciones, se obliga a cumplir de buena fe la interpretación que el organismo autorizado realice. En consecuencia, debido a que el Estado ecuatoriano ratificó la CADH, y que dicho tratado creó la Corte IDH y le asignó la facultad de emitir Opiniones Consultivas, Ecuador está obligado a honrar lo pactado y cumplir de buena fe la interpretación autorizada de la Corte IDH... (Salazar, et al., 2019, p.127).

La Corte IDH, en la opinión consultiva objeto de análisis señaló que es necesario que "los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de los derechos humanos" (Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 28); por lo tanto, los Estados están en la obligación de vigilar que su legislación interna se adecue a la CADH, teniendo como base el bloque de constitucionalidad y convencionalidad.

Control de convencionalidad

Origen y definición: En principio, es importante hacer referencia al artículo 2 de la CADH, según el cual “...los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades...” (Corte IDH, 26 de septiembre de 2006, párr.124). Esto evidencia que su finalidad es que exista armonía entre el derecho interno y la CADH.

El origen del control de convencionalidad remite al caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, en el cual el mismo el juez Sergio Ramírez, en su voto concurrente, se refirió a dicho control. Posteriormente, lo volvió a hacer en el caso *Tibi vs. Ecuador* (Corte IDH, del 25 d noviembre de 2003, párr.27.), en el que señaló que los tribunales constitucionales realizan el control de constitucionalidad y, por su parte, a la Corte IDH le toca ejercer el control de convencionalidad (Carbonell, 2013).

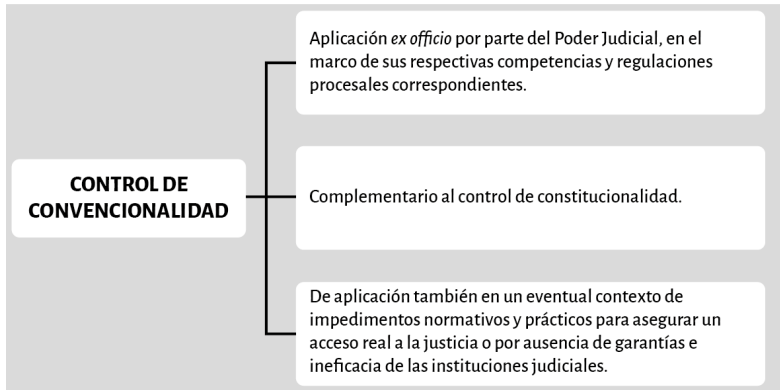
En el SIDH, el control de convencionalidad se estableció por primera vez por la Corte IDH, en el ejercicio de su competencia contenciosa, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en el que se señaló que “...el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos...” (Corte IDH, 7 de septiembre de 2004, párr.3). Esto fue lo que sentó las bases de esta figura, que con el transcurso del tiempo se ha complementado con un importante desarrollo jurisprudencial (Ibañez, 2012).

Para Sagüés (2013), constituye una “creación jurisprudencial”, que tiene su fundamento jurídico en los siguientes principios: a) principio de buena fe en el cumplimiento de obligaciones internacionales; b) principio del efecto útil de los instrumentos internacionales y; c) principio internacionalista, en virtud del cual no se puede invocar la normativa interna para inobservar obligaciones adquiridas.

Se puede definir el control de convencionalidad como: “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso (...) la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el Derecho interno de los Estados parte de aquella...” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015, p.49). Por su parte, Pereyra (2011) lo define como: “...garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente...” (p.158).

Figura 4

Características del control de convencionalidad



Fuente: Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Órganos encargados de realizarlo

En los primeros pronunciamientos, en los que la Corte IDH, se refirió al control de convencionalidad, este organismo señaló que debe ser ejercido por los órganos del Poder Judicial; posteriormente extendió esta obligación, pues indicó que los que estarán a cargo de realizar el mismo son “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (...) dentro del marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Corte IDH, 26 de noviembre de 2010, párr.225) y luego se amplió aún más en el caso *Gelman vs. Uruguay*, en el que señaló que este control es “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, del 24 de febrero de 2011, (párr.239); es decir, si bien el ejercicio de este control corresponde de manera especial al Poder Judicial, debe ejercerse por todas las autoridades del Estado, ya sea del poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial (González, 2017).

La Corte IDH ha señalado que las autoridades deben realizar el correspondiente control de convencionalidad “*ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana” (Corte IDH, s.f., párr. 128). Por lo tanto a nivel interno, los jueces -además de realizar el correspondiente control de constitucionalidad- deben ejercer este control de convencionalidad; y una vez agotado, se lo realizará a nivel

internacional por parte de la Corte IDH, teniendo en cuenta que la “...intervención de los cuerpos supranacionales es subsidiaria...” (Hitters, 2009, p.12). Si bien esta obligación les compete a todas las autoridades, la CADH “no impone un modelo específico” (CIDH, 30 de enero de 2014, párr.124) en la realización del control constitucionalidad y convencionalidad para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad.

Efectos del control de convencionalidad

Basándose en la jurisprudencia de la Corte IDH, el ejercicio del control de convencionalidad puede implicar, por un lado, la expulsión de normas o prácticas contrarias a la CADH, o su interpretación conforme a la CADH. En primer término, se implica la obligación de los Estados a adecuar su legislación interna, como sucedió en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile y otros casos*²⁵. En el segundo término, el Tribunal se refirió a la “obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención” (Corte IDH, del 26 de septiembre de 2006, párr.121). Con esto se refiere a su eficacia interpretativa; es decir, se espera que se interpreten las normas conforme a la CADH²⁶ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019). Como vemos, el control de convencionalidad puede tener los dos efectos antes explicados. En el mismo sentido, Sagües (2013), denomina a estos efectos represivo o destructivo y positivo o constructivo, respectivamente.

Los pronunciamientos emitidos por las autoridades competentes en el ejercicio del control de convencionalidad, tanto a nivel interno como internacional, deberán ser acatados de manera obligatoria. En el primer caso, se busca el efectivo cumplimiento de la Carta Magna de un Estado; y en el segundo, el de un tratado internacional como la CADH que el Estado ha ratificado y, por lo tanto, se ha comprometido a cumplirlo (Ruiz, 2017).

25 Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, del 14 de mayo de 2013, párr. 332; Corte IDH, Caso *Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, del 29 de mayo de 2014, párr. 436; Corte IDH, caso *Herzog y Otros vs. Brasil*, del 15 de marzo de 2018, párr. 311 y 312.

26 Corte IDH, Casos *Radilla Pacheco vs. México (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, 23 de noviembre de 2009, párr. 338; Corte IDH, Caso *Tenorio Roca y Otros vs. Perú*, del 22 de junio de 2016, párr. 233; Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24 de febrero de 2012, párr. 284; Corte IDH, caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, del 29 de mayo de 2014, párr. 461; Corte IDH, Caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 8 de octubre de 105, párr. 211, etc.

Opiniones consultivas y el control de convencionalidad

Según (Sagües, 2015), en el control de convencionalidad, el “material controlado” es -en general- la legislación vigente de un Estado. Esto incluye la Constitución. Por otro lado, el material controlante engloba todos los instrumentos internacionales que el Estado ha ratificado, como la CADH y los criterios de la Corte IDH, incluyendo las opiniones consultivas pues -si bien no es un caso contencioso- al final, constituye una interpretación de este organismo²⁷.

La Corte IDH indicó que este control se debe realizar “también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva” (Corte IDH, OC-21/14, párr.31)²⁸. Por lo tanto, el parámetro de convencionalidad se amplía a las opiniones consultivas, así como a otros tratados de derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019). En la opinión consultiva, objeto de análisis, se ratificó esta misma idea (Corte IDH, OC-23/17).

Por lo tanto, las opiniones consultivas -al igual que la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y otros tratados de derechos humanos- forman parte de los instrumentos que se tienen en cuenta para realizar el control de convencionalidad (Guerra, 2016). Además, la propia Corte ha señalado que estos pronunciamientos “cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo” (Corte IDH, OC-22/6, párr.26).

Control de constitucionalidad y bloque de constitucionalidad

El control de constitucionalidad consiste en la comparación entre la Constitución y las demás normas de rango inferior, en la que siempre se debe dar prioridad a la primera. Este control puede ser de dos clases: concentrado y difuso. El primero está a cargo de un solo organismo facultado para este fin; mientras que el segundo será ejercido por todos los jueces en las distintas instancias (Hitters, 2009).

En el caso ecuatoriano, tenemos un control de constitucionalidad concentrado. Esto implica que está a cargo de la Corte Constitucional, lo cual se evidencia en el artículo 428 de la Constitución. Según este artículo, cuando un juez considere que una norma es contraria a la Carta Magna o tratados internacionales sobre derechos humanos que brinden una mayor protección, debe suspender el trámite y elevar a consulta al organismo antes mencionado, el cual resolverá sobre la constitucionalidad de dicha disposición.

27 Corte IDH, caso Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile, párr. 124 y Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, párr. 128.

28 Corte IDH, OC-21/14, párr. 31; OC-23/17, párr. 28, OC-25/18, párr.58.

El bloque de constitucionalidad, según Caicedo (2009) en términos generales se lo puede definir de la siguiente manera:

...el instituto jurídico que integra los valores, principios y reglas del sistema jurídico, que no se encuentran en el articulado de la Constitución, los cuales se desprenden por medio de cláusulas de remisión establecidas en el cuerpo constitucional; como resultado, nuevos valores y principios se entienden anexados al texto constitucional con igual fuerza normativa, en un sentido sustancial en aplicación inmediata y directa del principio pro ser humano... (p.12).

En Ecuador, de acuerdo a la línea jurisprudencial, tanto la Constitución como los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad; e, incluso, en el caso en que los tratados internacionales sobre derechos humanos otorguen un alcance más protector, prevalecerán sobre la Carta Magna. Esto está en conformidad con el principio *pro homine*²⁹, según el cual se debe aplicar la norma que brinde una mayor protección a los derechos (Suárez, 2015). El bloque de constitucionalidad otorga la posibilidad de “reconocer jerarquía constitucional a normas que no están incluidas en la Constitución nacional, usualmente con el fin de interpretarlas sistemáticamente con el texto de la Constitución” (Góngora, 2014).

Importancia del control de constitucionalidad y convencionalidad

El control de constitucionalidad “es un control de la regularidad o control de la conformidad de los actos de los poderes con la Constitución” (Covián, 1995, p.100). Como se explicó, busca la adecuación de las normas a lo establecido en la Constitución de un determinado Estado, en mira a conseguir la efectividad de los derechos humanos reconocidos y consagrados en la norma suprema. A este, se suma el control de convencionalidad entendido como “un control necesario, concurrente y complementario al control de constitucionalidad” (Durango & Garay, 2015, p.110).

Por su parte, el control de convencionalidad consiste en “la comparación de una norma o práctica nacional con lo dispuesto por la Convención, a efectos de determinar la compatibilidad de aquella con esta...” (Vio Grossi, 2018, p.314). El ejercicio de este control permite la aplicación efectiva de la CADH en el ámbito interno de los Estados parte de la misma y, consecuentemente, garantiza el respeto y eficacia de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional. Tiene como base la progresividad de los mismos. En definitiva, este control -que se ejerce teniendo como base el principio de progresividad- “constituye

29 Constitución de la República del Ecuador, 2008. Art. 11, numeral 5: En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia.

un mecanismo efectivo para el respeto y protección de los derechos humanos” (Camarillo & Rosas, 2016, p.158).

Finalmente, es necesario señalar que el ejercicio de estos dos tipos de control debe estar enfocado en la finalidad de lograr una integración de normas tanto del derecho nacional como Internacional, que permitan brindar una protección efectiva y amplia de los derechos humanos de las personas (Murillo, 2016).

Marco normativo nacional respecto al derecho al medio ambiente sano en Ecuador

El Ecuador se ha caracterizado por ser uno de los primeros países en preocuparse por incorporar y regular el derecho ambiental en su ordenamiento jurídico, por reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos y tratar los demás temas relacionados al ambiente. En este sentido “...el legislador ecuatoriano realizó dos importantes reformas a su Carta Magna, en 1983 y 1996 (...), respectivamente, la primera incorporó el derecho de los ciudadanos a vivir en un medio ambiente sano, y la segunda el desarrollo sustentable...” (Martínez, 2019, p.3). Es importante referir la historia constitucional ecuatoriana, comenzado desde las reformas a la Constitución de 1979 realizadas en el año 1983. En esta reforma, por primera vez, se reconoció el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación, que es el tema central de la presente investigación. Luego resumiremos el desarrollo y estado actual que ha tenido este tema en la legislación ecuatoriana (figura 5).

Figura 5

Línea de tiempo del derecho al medio ambiente sano en Ecuador



Nota: Con base en Hugo Echeverría (2009).

De acuerdo a esta línea de tiempo, en un principio, el derecho a un ambiente sano en el Ecuador se lo reconoció en los siguientes términos: “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. No hubo más cambios en la codificación de 1996 que el número del artículo. En el primer caso se reconocía este derecho dentro del Título II de los Derechos, Deberes y Garantías; en el segundo caso, en la sección I de los Derechos de las Personas. En cuanto a la legislación más reciente, la Constitución ecuatoriana de 1998, reconocía este derecho dentro del Título III de los Derechos, Garantías y Deberes, Capítulo II de los derechos civiles, y lo hacía en los siguientes términos:

El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente” (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, art. 23, numeral 6).

Además, es importante mencionar que, desde la Constitución de 1996, se incorporó en ella la sección “Del Medio Ambiente”. Esta sección se mantuvo en la Constitución de 1998, con ciertos cambios que brindaban una mayor protección. La Carta Magna de 1998, entre los aspectos más relevantes relacionados al

tema de estudio, establecía la protección del medio ambiente (art. 3, numeral 3), como uno de los deberes primordiales del Estado. Señalaba que el Estado debía proteger el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano, orientado a lograr un desarrollo sustentable (art. 86); y declaraba que la preservación del medio ambiente es de interés público (art. 86, numeral 1). Además, se refería a la tipificación que la ley debía realizar para establecer responsabilidad por la vulneración al medio ambiente (art. 87) y las decisiones estatales -en esta materia- debían contar de con el previo criterio de la comunidad (art. 88). Por su parte, los ciudadanos tenían el deber y la responsabilidad de “preservar” el medio ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo sustentable (art. 96, numeral 16).

Una vez analizado, a breves rasgos, los antecedentes más importantes del derecho al medio ambiente sano en el país, es necesario pasar a describir y analizar la normativa actual referente a este derecho. Comenzando por la norma suprema, la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, reconoce este derecho dentro del Título II titulado Derechos -en el Capítulo Segundo correspondiente a los derechos del buen vivir, en la sección segunda dedicada de manera especial al ambiente sano- se incorporó el Art. 14 que reconoce “...el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.14). Es necesario señalar que la preservación del medio ambiente, conservación de ecosistemas, biodiversidad e integridad del patrimonio genético son declarados de interés público, tanto en la Constitución de 1998 como en la de 2008. Sin embargo, está última incluye además la prevención de daños ambientales y la recuperación de áreas naturales degradadas.

Para una mayor comprensión de este artículo, es necesario separarlo y analizarlo por partes: el ambiente se entiende como “un sistema global integrado por componentes naturales y sociales, constituidos a su vez por elementos biofísicos, en su interacción dinámica con el ser humano, incluidas sus relaciones socioeconómicas y socioculturales” (Código Orgánico del Ambiente, 2017). El Diccionario de la Real Academia Española, entiende por ‘sano’: “que es bueno para la salud” o “seguro, sin riesgo” (2014, 23ªed.). La palabra ‘ecológico’ se define como “Dicho de un producto o de una actividad: Que no es perjudicial para el medio ambiente” (Diccionario de la Real Academia Española, 2014, 23ªed). Por otra parte, ‘equilibrado’ se define como la “acción y efecto de equilibrar” (Diccionario de la Real Academia Española, 2014, 23ªed).

Por lo tanto, podemos decir que un medio *ambiente ecológicamente* equilibrado será aquel cuyos elementos integradores mantengan una relación de interdependencia armónica y que, a la vez, permita un balance entre el desarrollo humano, económico, industrial respecto a la naturaleza, procurando la protección y conservación de sus recursos, sin alterar sus ecosistemas. De forma literal, el término *sostenibilidad* significa habilidad para sostener o estado que puede ser

mantenido a un cierto nivel (Bermejo, 2014). Por su parte el informe de Brundtland (1987) lo definió como el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras.

El buen vivir o *sumak kawsay* se entiende de la siguiente manera:

...la satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte dignas, el amar y ser amado, y el florecimiento saludable de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas (...) supone tener tiempo libre para la contemplación y la emancipación, y que las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno —visto como un ser humano universal y particular a la vez— valora como objetivo de vida deseable... (Plan Nacional para el Buen Vivir, 2019-2013).

Los derechos del buen vivir contemplados en la Constitución incluyen derechos al agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social. Consecuentemente, se puede decir que el derecho a un medio ambiente sano, es un derecho humano fundamental que garantiza -a los individuos y población, en general- condiciones ambientales óptimas y adecuadas del medio en el que habitan y se desarrollan. De esa manera, se busca garantizar el goce de una vida digna, tanto para las generaciones presentes como para las futuras, mediante la consecución de un desarrollo sostenible, la protección de la naturaleza y sus recursos.

Además, este cuerpo normativo consagra algunas otras cuestiones importantes. Entre ellas, señala que el Estado debe promover el uso de tecnologías ambientalmente limpias, así como energías no contaminantes y con bajo impacto. Al referirse al derecho a la educación, señala que estará orientada -entre otros aspectos- al respeto y garantía de un medio ambiente sustentable. De igual manera, al reconocer el derecho a la salud, lo vincula con otros derechos. Entre ellos, el derecho al ambiente sano. Por lo tanto, se reconoce la relación de este derecho con los demás derechos humanos; sobre todo, con el derecho a la salud.

Dentro del Capítulo sexto, correspondiente a los derechos de libertad, nuevamente se menciona “el derecho a vivir en un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y *en armonía con la naturaleza*” (art.5) (resaltado que me corresponde), del cual podemos deducir que indudablemente el gozar de un medio ambiente sano, lleva consigo el respeto a la naturaleza. En fin, como se explicó anteriormente, los derechos de la naturaleza no equivalen al derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano. Sin embargo, guardan

relación, pues del primero depende el efectivo goce del segundo. Además, los dos se encuentran protegidos a nivel constitucional.

Al reconocerse el mentado derecho, también se imponen deberes y responsabilidades a los ciudadanos. Entre ellos, el “respetar la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de un modo racional, sustentable y sostenible” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 66, numeral 27). A los gobiernos parroquiales rurales -dentro de sus competencias exclusivas- les compete, la incentivación de la protección del ambiente (art. 267). Por su parte, los municipios están facultados de conformidad con la ley para “expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro” (art. 376). Esto, con mira a la conservación del medio ambiente.

El régimen de desarrollo considera entre sus objetivos el “mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural” (art. 276.4). En este análisis, es importante también considerar todo lo establecido en el Título VII del Régimen de Buen Vivir, Capítulo segundo sobre biodiversidad y recursos naturales, mismo que se desarrolla en seis secciones, de las cuales podemos resaltar algunos de los aspectos más relevantes como el que establece que el Estado debe garantizar un desarrollo sustentable y, ambientalmente, equilibrado en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Finalmente, es importante señalar que también regula lo correspondiente a los procesos y sanciones en caso de daño ambiental, situación que se analizará en el próximo punto de este capítulo. Se debe tener en cuenta que el ejercicio de la tutela estatal sobre el medio ambiente, así como la corresponsabilidad de los ciudadanos en la preservación del mismo, se ejercerán a través del sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, a cargo de la Defensoría del ambiente y la naturaleza.

El Código Orgánico del Ambiente (COA) es otro de los cuerpos normativos de interés en el presente caso. Fue publicado en el Registro Oficial Suplemento 983 del 12 de abril de 2017 y entró en vigencia desde el 2018. Su objeto, según lo refiere, es garantizar a las personas el derecho a vivir en un medio ambiente sano; y entre sus finalidades contempla el regular los derechos, garantías y principios relacionados con el ambiente sano y la naturaleza, previstos en la Constitución y los instrumentos internacionales ratificados por el Estado (Art. 3). De manera específica, en su artículo 5, consagra el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano.

Además de la normativa nacional antes detallada, el Ecuador ha ratificado diversos instrumentos internacionales orientados a la protección del medio ambiente y de la naturaleza, en general. Entre los más importantes podemos

señalar: Acuerdo de París³⁰, Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático³¹, Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación³², Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes³³, Convenio de Minamata sobre el Mercurio³⁴, Convenio de Rotterdam para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional, Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Protocolo de Kyoto³⁵, Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe³⁶, entre otros.

Todos estos instrumentos internacionales, sirven como guía para que el Estado adopte políticas públicas, acciones y mecanismos que permitan crear condiciones adecuadas para la vida de las personas; y, a la vez, lograr un equilibrio entre el desarrollo económico, social y ambiental.

Mecanismos y acciones para la defensa del derecho a un medio ambiente sano

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, en su conjunto, es ampliamente protector del derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano. Establece las obligaciones del Estado y de la ciudadanía, en general, de protegerlo. A la vez, establece acciones que permitirán su defensa en caso de vulneración. La Carta Magna otorga tutela judicial en caso de daños ambientales, a fin de garantizar

- 30 Entró en vigor el 4 de diciembre de 2016, tiene por objeto lograr una respuesta mundial al cambio climático, manteniendo el aumento de la temperatura mundial por debajo de los 2 °C y realizar esfuerzos para limitarlos incluso a 1.5°C.
- 31 Entró en vigor el 21 marzo de 1994, su finalidad es conseguir la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera y de este modo impedir interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático.
- 32 Entró en vigor en mayo de 1992, busca proteger la salud de las personas y el medio ambiente de los efectos perjudiciales de los desechos peligrosos.
- 33 Entró en vigor el 17 de mayo de 2004, su finalidad es la protección de la salud humana y del medio ambiente.
- 34 Entró en vigor el 16 de agosto de 2017, tiene como finalidad proteger la salud de las personas y el medio ambiente de las emisiones y liberaciones de mercurio y sus compuestos.
- 35 Entró en vigor el 26 de febrero de 2005, tiene por objeto ayudar a los países a adaptarse a los efectos adversos del cambio climático, con el desarrollo y el despliegue de tecnologías que ayuden a aumentar la resistencia a los impactos del cambio climático.
- 36 Acuerdo de Escazú, Ecuador lo ratificó el 21 de mayo de 2020, está en espera su entrada en vigor. Es objeto de este instrumento es, la garantía de implementación de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

el derecho al medio ambiente sano tanto a nivel individual y colectivo, tal como estableció la Opinión Consultiva OC-23/17. Por lo tanto, para garantizar este derecho, el Estado se compromete a varias cuestiones, entre ellas:

Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 397).

Este artículo otorga la facultad para que cualquier persona de forma individual o colectiva pueda ejercer las acciones legales que sean necesarias para prevenir cualquier acción u omisión que pudiera causar daños al medio ambiente. Así también, para la reparación en caso de que el daño ambiental se haya consumado. Esta reparación se conoce como “acción pública o popular” pues no es necesario demostrar un interés directo, pudiendo ejercerla cualquier persona que se considere afectada (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2013).

Además de todo esto, es importante recordar algunos aspectos relevantes en materia ambiental. Entre ellos, la responsabilidad objetiva, la imprescriptibilidad de las acciones en caso de daños ambientales, la inversión de la carga de la prueba. La Constitución señala que la responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Asegura que “...los responsables de la afectación tienen la obligación de reparar el daño originado; es decir, deben responder de forma directa e inmediata, sin que para ello se necesite previamente una categorización que determine los grados subjetivos de su responsabilidad” (Guaranda, 2010, p.53). Es decir, en este tipo de responsabilidad, se debe demostrar únicamente el nexo causal existente entre el hecho (acción u omisión); en otras palabras, la actividad que se trate y el daño provocado, sin considerar el grado de la culpabilidad del sujeto.

La Constitución, señala que “las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles³⁷” (art. 396, inciso cuarto). Según Peña (2013) esto se fundamenta en las siguientes razones:

...el carácter de derecho humano fundamental que posee la protección ambiental a nivel constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, por otra, la naturaleza pública de los bienes ambientales de naturaleza colectiva, y por último, a las similitudes que guarda el daño ambiental de naturaleza colectiva con los delitos de lesa humanidad... (p. 124)

37 La prescripción es una figura jurídica que constituye una causal de extinción de obligaciones, por el transcurso del tiempo. En este caso las acciones son imprescriptibles.

En materia ambiental, la carga de la prueba para demostrar la inexistencia del daño potencial o real corresponderá al gestor de la actividad que se trate o al demandado. Es decir que, en principio, se presume la responsabilidad de la parte demandada, debiendo la misma actuar prueba necesaria para desvirtuar tal situación. Esta inversión de la carga de la prueba se debe, principalmente, a las dificultades que muchas de las veces representan -para la parte afectada, así como por las cuestiones técnicas- que, en algunos casos, por ser necesarias. Resultan ser un requerimiento de información que el demandante no puede solventar.

El sistema ecuatoriano -además de reconocer el derecho a un medio ambiente sano como un derecho constitucional- establece mecanismos que permiten el acceso a una justicia ambiental. Por consiguiente, reconoce la protección y defensa del derecho, objeto de estudio. Por tanto, consagra garantías procesales como: el principio *induvio pro natura*, inverso a la carga de la prueba; la imprescriptibilidad de acciones por daños ambientales; y la acción popular para su defensa. Es decir, otorga legitimación activa pública y permite el ejercicio de acciones constitucionales como: la acción de protección (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 88), las medidas cautelares, la acción de acceso a la información pública, la acción extraordinaria de protección, la acción por acción de inconstitucionalidad. Por otro lado, como se explicó, se puede también acceder mediante acciones administrativas o contencioso-administrativa, o por acciones civiles con la finalidad de reclamar daños y perjuicios derivados de daños ambientales y acciones penales por delitos contra el ambiente (Guaranda, 2010).

La Constitución ecuatoriana brinda una amplia protección en temas relacionados con la naturaleza y el ambiente. Es importante contar con una tutela judicial efectiva en materia ambiental, a fin de lograr la protección integral, teniendo en cuenta que los elementos de la misma son “acceso a la justicia, proceso justo y eficacia de la decisión judicial” (Echeverría & Suárez, 2013). Además, la legislación nacional -en su conjunto- consagra acciones encaminadas a la efectiva garantía y protección de la naturaleza y del derecho a un medio ambiente sano.

Antes de culminar este punto, es necesario, aunque de manera breve, hacer referencia a la jurisprudencia nacional más relevante que está relacionada con el tema de estudio. Se debe tener en cuenta que los órganos jurisdiccionales -en los distintos niveles y en varias ocasiones- ya se han pronunciado al respecto. Sin duda, uno de los casos más relevantes, relacionados con el derecho al medio ambiente sano, y que también ha sido objeto de este estudio, es el caso Chevron, sentencia N.º 230-18-SEP-CC, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador. En cuanto a los antecedentes del mismo, en primer lugar, hay que anotar que fue resuelto por la Corte Provincial de Sucumbíos, en el que se sentenció a Chevron al pago de millones por los daños ambientales provocados, este fallo se apeló,

sin embargo, fue negada, luego se interpuso el recurso de casación, y a la vez a esta sentencia se interpuso una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitución, a la cual nos vamos a referir.

Los aspectos más relevantes aportados por el Tribunal, en relación con el derecho al medio ambiente sano, fueron el afirmar que este derecho constituye un derecho colectivo por lo que se configura en un límite al poder público, además el mismo es un derecho constitucional irrenunciable, en el caso que un juzgador tenga duda sobre la norma aplicable puede realizar la aplicación retroactiva de una norma, siempre que la misma brinde una mayor protección a la naturaleza y al medio ambiente, es decir que el principio *induvio pro natura* está por encima de la irretroactividad de la ley, el derecho a un medio ambiente sano consagrado en la Constitución prevalece respecto a la seguridad jurídica y finalmente se refirió a instituciones que servirán de fundamento para la protección de este derecho, en consideración a los perjuicios generados por daños ambientales que generalmente perduran hasta las generaciones futuras (Bustamante, 2018).

Otro caso de interés, es el de Río Blanco, sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de Corte Provincial de Justicia del Azuay, en el juicio Nro. 01333-2018-03145. En este caso se demandó en primera instancia, por parte de la Comunidad de Molleturo al Ministerio del Ambiente, Ministerio de Minas y Procuraduría General del Estado; solicitando medidas cautelares, alegando vulneración a sus derechos, entre ellos el derecho a un medio ambiente sano y el de consulta previa, libre e informada. El juez en base al principio *iura novit curia* acepta a trámite y resuelve sobre la acción de protección, en primera instancia se decidió la suspensión de las actividades de explotación minera en este sector, sentencia que se apeló, sin embargo, dicho recurso fue negado y se ratificó la decisión de suspensión de la actividad minera y sobre la consulta señaló que el pueblo ya fue consultado, el 4 de febrero de 2005 con la pregunta número 5 del referéndum. De este pronunciamiento es necesario destacar que el mismo realiza un breve análisis del derecho a un medio ambiente sano, en el que se afirma que este es un derecho fundamental de tercera generación y señaló que:

...el reconocimiento del derecho humano a un medio ambiente sano no tiene como único objetivo, otorgar al ser humano sus condiciones necesarias para su desarrollo de vida; sino que también a través de este reconocimiento lo que se busca es la conservación y protección del medio ambiente. La naturaleza debe ser vista como un conjunto en donde cohabitan distintos ecosistemas, seres vivos, recursos naturales, y el ser humano; quien es también parte de ese sistema y por lo tanto al ser parte de un todo, debe proteger el lugar donde vive... (Sala de Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Azuay, Juicio Nro. 01333201803145, 3 de agosto de 2018).

Efectos e influencia de la OC-23/17, respecto al Estado ecuatoriano

La Corte IDH, es un organismo, creado por la CADH, mismo que dentro de su competencia consultiva tiene a cargo la interpretación de este instrumento, facultad que la ejerce a través de su competencia contenciosa y es considerada como el máximo intérprete de este instrumento. De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados parte de un tratado se obligan a cumplirlo de buena fe, desde la entrada en vigor del mismo y no se podrá invocar normas de derecho interno con la finalidad de incumplir el mismo, según el principio *pacta sunt servanda*.

La Opinión Consultiva OC-23/17, sin duda aporta cuestiones fundamentales para la protección y garantía del derecho de las personas a vivir en medio ambiente sano, así como para los demás derechos humanos debido a la estrecha relación que guardan; estos parámetros deben ser tomados en cuenta por todos los Estados dentro de su legislación y a través de los órganos jurisdiccionales en los procesos judiciales relacionados con el mismo.

Los Estados al ser parte de la CADH y en ejercicio del control de convencionalidad están obligados a adecuar su normativa interna a lo establecido en este instrumento y de este modo evitar una eventual violación de este derecho, situación que puede acarrear responsabilidad internacional del mismo.

La propia Corte IDH en la OC-23/17, recordó que el control de convencionalidad se lo realizará “...también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva”; entendiéndose que los Estados al momento de realizar el correspondiente control de convencionalidad, tendrá en cuenta los pronunciamientos de este organismo, contenidos no solo en sus sentencias de casos contenciosos, sino también los de las opiniones consultivas emitidas en ejercicio de su competencia consultiva” (Corte IDH, 2017, párr.28). El estado ecuatoriano, al ser parte de la CADH, está obligado a observar este tratado internacional, lo que incluye las interpretaciones que se realicen del mismo a fin de establecer el alcance de sus disposiciones, como sucede en el presente caso.

La constitución actual consagra el modelo de control de constitucionalidad concentrado, en virtud del cual los jueces y tribunales de instancia no pueden ignorar de manera directa una disposición que considere contraria a la Carta Magna, sino que debe suspender el proceso y elevar una consulta de constitucionalidad a la Corte Constitucional, misma que se encargará de resolver³⁸.

38 Constitución del Ecuador 2008, art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

Además, el orden jerárquico de aplicación de normas es:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 425).

Si bien de este artículo se deduce el principio de supremacía constitucional, se debe tener en cuenta que en el caso que “...los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (art. 424). Los administradores de justicia y autoridades competentes, deberán aplicar de manera directa las disposiciones constitucionales y las contenidas en tratados internacionales de derechos humanos que otorguen una mayor protección que la Constitución (art. 424).

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como ya se analizó en punto anterior de este capítulo, las disposiciones constitucionales y legales, no son contrarias a lo que se establece en la Opinión Consultiva OC-23/17, respecto al derecho a un medio ambiente sano, lo cual no representa mayor problema para Ecuador al momento de aplicar el contenido de la misma. Al contrario, la legislación del país contempla las cuestiones establecidas por la Corte IDH en este pronunciamiento, incluso con anterioridad al mismo.

La obligación de prevención y precaución se encuentra regulada a nivel constitucional pues la Constitución señala:

...El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas... (art.396).

Así mismo, el acceso a la información se encuentra garantizado en el capítulo tercero, sección cuarta, correspondiente al acceso a la información pública. La participación pública se regula dentro del capítulo correspondiente a derechos de participación (art. 426); y respecto el acceso a la justicia, el mismo cuerpo normativo señala que “...toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión...” (art.75).

Como se observa, la mayoría de los principios y obligaciones están debidamente regulados en el ámbito interno. Es importante destacar, sobre todo, que la Corte

IDH -en la opinión consultiva objeto de análisis- desarrolló el contenido del derecho a un medio ambiente sano, y enfatizó su doble dimensión, tanto individual como colectiva. Esta situación se contempla en nuestra Constitución, la cual textualmente señala: "...garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado..." (art.397). La Carta Magna, en su artículo 11, señala que "(e)l reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento..." (art.11). Por lo cual, se puede deducir, que este cuerpo normativo no contiene una enumeración taxativa de los derechos; es decir, no es restrictiva por lo que puede acoger a otros derechos inherentes a la dignidad humana de las personas.

Es importante tener en cuenta que, en el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional, en varias ocasiones para emitir sus sentencias, se ha referido a algunas Opiniones Consultivas³⁹ emitidas por la Corte IDH e, incluso, ha acogido los pronunciamientos de este organismo. Como sucedió recientemente en el caso No. 11-18-CN (matrimonio igualitario), acogió la OC- 24/17 e, incluso, se dispuso que la normativa ecuatoriana sea reformada a fin de adecuarse a la misma. Consecuentemente, es necesario que todos los Estados parte de la CADH, adecuen sus ordenamientos jurídicos y, a la vez, cuenten con mecanismos adecuados que permitan una efectiva protección de los derechos humanos consagrados en la CADH, lo cual lo realizará mediante el control de convencionalidad difuso que está a su cargo.

Al analizar la legislación comparada, se observa que a nivel nacional las legislaciones de la mayoría de los Estados que son parte de la OEA, ya consagran el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano en sus Constituciones. Entre ellos, tenemos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela. Por lo tanto, la Opinión Consultiva OC-23/17, resulta un instrumento fundamental para brindar una mayor protección a este derecho y, sobre todo, servirá como un referente para tratar de estandarizar la normativa en los países, brindado con ello una garantía y protección efectiva, a la vez que,

39 "En su sentencia n.º 003-14-SIN-CC de 17 de septiembre de 2014, la Corte Constitucional recogió la argumentación de la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985 para fundamentar su decisión sobre la naturaleza del derecho de libertad de expresión y de rectificación o respuesta. Lo mismo ocurrió en la sentencia n.º 064-15-SEP-CC de 11 de marzo de 2015, en la cual la Corte Constitucional hace propio el análisis realizado por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014, y en su Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. En la sentencia n.º 019-16-SIN-CC de 22 de marzo de 2016, la Corte Constitucional desarrolla los límites admisibles al derecho a la igualdad ante la ley fundamentándose, una vez más, en el contenido de la Opinión Consultiva n.º OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002".

en caso de vulneración del mismo, se pueda accionar tanto a nivel interno, como internacional, debido a la justiciabilidad que le otorga este pronunciamiento. Respecto a alcance de la Opinión Consultiva OC-23717, la misma Corte IDH se refirió al respecto y manifestó que todo lo que se señala en la misma “tendrá relevancia jurídica para los Estados miembros de la OEA; así como para los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera el tema”.

Finalmente, luego de revisar el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el efecto jurídico de adecuar su normativa a esta OC-23/17 no representa problema mayor, pues nuestra Carta Magna reconocía y garantizaba el derecho a un medio ambiente sano desde antes. Sin embargo, esto no quiere decir que este pronunciamiento de la Corte IDH sea irrelevante, pues sin duda será de gran ayuda para que los Estados que, en el caso de no contemplar este derecho, lo adecuen a su normativa interna. O si ya lo reconocen como nuestro país deberá ampliar su alcance y protección con las directrices establecidas por la Corte IDH, a fin de que este derecho sea garantizado de manera efectiva tanto en su dimensión individual como colectiva.

Conclusiones

El estudio realiza un aporte al análisis jurídico de la Opinión Consultiva OC 23-17 de la Corte IDH, centrándose fundamentalmente en la naturaleza de estos pronunciamientos y sus efectos jurídicos respecto al Estado ecuatoriano. Como se evidencia en los capítulos desarrollados a lo largo del presente trabajo, se relaciona con el SIDH en general, sus organismos, competencias y facultades, así mismo se analizó OC-23/17, desde su solicitud hasta la emisión de la misma, sobre todo lo relativo a la naturaleza, alcance, protección y desarrollo del derecho a un medio ambiente sano en la Región y finalmente concentrándonos en ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por lo tanto, luego del extenso análisis realizado se establecen las siguientes conclusiones:

Si bien la Corte IDH, en su desarrollo jurisprudencial, no ha reconocido el carácter vinculante de sus Opiniones Consultivas, sí ha señalado que las mismas poseen un valor jurídico innegable y que tiene como finalidad coadyuvar en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados parte. Estas al ser emitidas por este organismo, que es el máximo intérprete de la CADH, poseen un valor irrefutable y, por lo tanto, estos pronunciamientos constituyen una auténtica interpretación de la CADH, pues evidencian el sentido y valor de sus normas. Consecuentemente, los Estados que han ratificado la CADH se obligaron a cumplir de manera íntegra con este instrumento, lo que incluye las interpretaciones que se realicen del mismo.

Las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH -principal órgano del SIDH que ha contribuido a la defensa, garantía y protección de los derechos humanos en la Región- se encuentran debidamente reguladas. Esta situación evita inconvenientes al momento de presentar una solicitud ante este organismo. Ante un eventual caso, se deberá seguir todo lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.64), en el Estatuto de la Corte IDH (artículo 2) y en el Reglamento vigente de la Corte IDH (arts.70-75). Esta figura, sin duda, ha sido de gran utilidad para resolver dudas respecto al alcance y sentido de las normas de CADH y de otros tratados sobre derechos humanos, pues hasta la presente fecha existen 25 opiniones consultivas emitidas por este organismo.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, se ha caracterizado por ser ampliamente protector respecto a aspectos ambientales, sobre todo con la adopción de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, la protección de la naturaleza y el medio ambiente se ampliaron aún más, llegando incluso a conceder derechos a la naturaleza. Centrándonos en el tema de interés, el derecho a un medio ambiente sano en nuestro país, constituye un derecho humano fundamental que se encuentra reconocido en la Carta Magna y a la vez se complementa con el desarrollo normativo; en este sentido se consagran varios mecanismos y acciones para la defensa de este derecho entre ellos la acción popular para su defensa, por otro parte acciones constitucionales como la acción de protección, acceso a la información pública, acción extraordinaria de protección, acción por incumplimiento, acción de inconstitucionalidad y otras que sean admisibles a efectos de su protección y garantía; así mismo las vías para la exigibilidad de este derecho abarcan la administrativa, civil, penal y constitucional.

La Corte IDH, a través de su Opinión Consultiva OC-23/27, reconoció el derecho al medio ambiente sano como un derecho autónomo y por primera vez desarrollo el contenido del mismo, a la vez que estableció las obligaciones que deben cumplir los Estados a efectos de su protección y garantía, lo que sin duda marca un importante avance y establece la posibilidad de que las personas interpongan acciones por la vulneración de este derecho, como en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación *Lhaka Honhat* (Nuestra Tierra) vs. Argentina, en el que la Corte IDH, declaró la vulneración del mismo.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho al medio ambiente sano en el SIDH se ha dado con cierto retraso, pues a nivel interno de las legislaciones de los países de la Región ya se reconocía este derecho. Por lo tanto, fueron estas las que influyeron para que la Corte IDH lo reconozca como un derecho autónomo y, a la vez, establezca la justiciabilidad del mismo.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, reconoce expresamente el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano y, ecológicamente, equilibrado, afín a un desarrollo sostenible y establece los mecanismos para proteger este derecho a nivel individual y colectivo. Esto lo expresó la propia Corte IDH; por lo tanto,

podemos decir que el Ecuador otorga una amplia protección a este derecho y no es contradictorio con respecto a los derechos y obligaciones establecidas en la Opinión Consultiva OC-23/17.

Finalmente, en el Ecuador, las Opiniones Consultivas -siguiendo la línea jurisprudencial- son vinculantes y poseen un valor jurídico innegable. Esto se debe a que los organismos y autoridades pertinentes y, en todos los niveles, acoger sus pronunciamientos en ejercicio del correspondiente control de constitucionalidad y convencionalidad, en mira a un alcance más protector de los derechos humanos en general.

La contaminación ambiental es uno de los mayores problemas que afecta a la tierra y, por ende, a todos los seres que habitan en ella. Si bien a nivel interno los países se ha tratado de regular y legislar al respecto, como en el ámbito internacional a través de diferentes tratados internacionales, es necesario un trabajo conjunto de los diferentes países mediante la cooperación internacional para mitigar esta problemática y, por supuesto, resulta fundamental las acciones de las sociedad civil para lograr este objetivo. Todo esto para garantizar, de manera efectiva, el derecho de las personas a un medio ambiente sano. Además de la normativa jurídica, se debe tener en cuenta a la comunidad científica, que nos permitirán tener un conocimiento certero sobre aspectos como la salud de los ecosistemas, biodiversidad, ciclos vitales y, en general, el entorno natural. Es decir, para que exista una cooperación entre las ciencias sociales y la comunidad científica.

Los Estados que son parte de la CADH deben realizar el correspondiente control de convencionalidad de sus normas internas, con la finalidad de que -en el caso de que no consagren el derecho a un medio ambiente sano- lo incorporen en su normativa. O en el caso de que ya lo reconozcan tomen en cuenta los parámetros establecidos por la Corte IDH, mismos que permitirán brindar una adecuada garantía, protección y defensa del mismo, sobre todo en eventuales casos de daños ambientales transfronterizos.

El Estado ecuatoriano, si bien otorga una amplia protección del derecho a un medio ambiente sano, aún debe llevarlo a cabo en la práctica mediante los diferentes órganos de control, tanto a nivel nacional como local. Sobre todo, a través de los órganos jurisdiccionales en las acciones que se presenten en caso de daños ambientales. Es decir, deberían garantizar una tutela judicial efectiva en materia ambiental. Luego de haber reconocido el derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo en la OC-23/17 y de desarrollar el contenido del mismo, el SIDH debe enfocarse en la promoción y protección de este derecho, a través de sus diferentes organismos. Sobre todo, debe enfocarse en la defensa y garantía del mismo a través de las acciones que lleguen a su conocimiento.



Referencias

Fuentes documentales

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, San José, Costa Rica.
- Constitución de la República del Ecuador (2008), 20 de octubre de 2008, Registro Oficial No. 449.
- Constitución Política de la República del Ecuador codificada (1996), 18 de junio de 1996, Registro Oficial No. 969.
- Constitución Política de la República del Ecuador (1998), 11 de agosto de 1998. Registro Oficial No. 1.
- Código Orgánico del Ambiente (2017), 12 de abril de 2017. Registro Oficial Suplemento No. 983. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 23/17, 15 de noviembre de 2017, San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, 19 de enero de 1984.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82: Otros tratados objetos de la función consultiva de la Corte, 24 de septiembre de 1982.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-3/83: Restricciones a la Pena de muerte, 8 de septiembre de 1983.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89: Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-14/94: Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención, 9 de diciembre de 1994.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003.



- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Opinión Consultiva OC-20/09: Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 29 de septiembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 de noviembre de 2017.
- Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972, Estocolmo, Suecia.
- Declaración del Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 16 de junio de 1976, Río de Janeiro.
- Reformas a la Constitución Política de la República del Ecuador (1983), 1 de septiembre de 1983, Registro Oficial No. 569.
- Ley de Gestión Ambiental (2004), 10 de septiembre de 2004, Registro Oficial No. 418.

Referencias bibliográficas

- Acosta, A., & Martínez, E. (2011). *La Naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*.
- Acosta, A., & Martínez, E. (2017). La Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. *Direito & Práxis*, 8(2179-8966), 2917-2961.
- Arias, F., & Galindo, J. (2013). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual dhes. Red de Derechos Humanos y Educación Superior*, 131-135.
- Ávila, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto Andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Borrás, S. (2014). Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, (99), 649-680.
- Bermejo, R. (2014). *Del desarrollo sostenible según Brundtland a la sostenibilidad como biomímesis*. España: Hegoa.
- Bustamante, F. (2018). *La sentencia en el caso Chveron: una explicación desde lo ambiental*. Observatorio Justicia Constitucional, Universidad Andina



- Simón Bolívar. Obtenido de <https://www.estudiobustamante.net/entrada-individual/2018/07/26/>
- Cabanelas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L
- Cafferatta, N. A. (2004). *Introducción al derecho ambiental*. México: Instituto Nacional de Ecología.
- Caicedo, M. (2009). El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. *Derechos Humanos más allá de la Constitución. Foro Revista de Derecho*, (12), 5-29.
- Camarillo, L., & Rosas, E. (2016). El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos. *Revista IIDH*, 64, 127–159.
- Cánovas, D. (2018). Tratamiento jurídico al derecho a un medio ambiente sano. *Justicia y Derecho*, 504 (31), 109–111.
- Carbonell, M. (2013). *Introducción general al control de convencionalidad*. México: Editorial Porrúa.
- Carrillo, N. (2018). Aspectos destacables e interesantes de la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos sobre “medio ambiente y derechos humanos”. *dipublico.org. Derecho Internacional*. Obtenido de: <https://www.dipublico.org/109036/>
- Castilla, K. (2009). El principio pro persona en la administración de justicia. *Cuestiones Constitucionales*, (20), 70.
- Coiván, M. (s.f.). El control de constitucionalidad. *Fundamentos Teóricos y Sistemas de control*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3180/9.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Journal of Chemical Information and Modeling* (Vol. 53, Issue 9, p.9). Obtenido de: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>



- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7: Control de Convencionalidad*.
- Costa, E., & Burdiles, G. (2019). El Derecho Humano al Medio Ambiente: Nuevos Avances en su Comprensión en América Latina y el Caribe. *Anuario de Derechos Humanos*, 15(2), 192.
- De Luis, E. (2018). El medio ambiente sano: la consolidación de un derecho. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (25), 554.
- Defensoría del Pueblo de Ecuador (2013). *Manuel de normas y jurisprudencia de derechos de la naturaleza y ambiente*.
- Dirección General de Derechos Humanos (DGDH) -Unidad Fiscal, & (UFIMA) Investigaciones en Materia Ambiental. (2018). *Derechos humanos y medio ambiente. Ministerio Público Fiscal*. Obtenido de <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2018/06/Derechos-humanos-y-medio-ambiente.pdf>
- Devis Hechandía, H. (2004). *Teoría General del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad. Durango, G., & Garay, K. (2015). El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XVIII (36), 110.
- Espinoza, G. (2007). *Gestión y Fundamentos de Evaluación de Impacto Ambiental. Banco Interamericano de Desarrollo BID-Centro de Estudios Para El Desarrollo-CED*, 22. Obtenido de <http://siar.minam.gob.pe/puno/sites/default/files/archivos/public/docs/1052.pdf>
- Echeverría, H., Suarez, S. (2013). *Tutela judicial efectiva en materia ambiental: el caso ecuatoriano*. Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental.
- Faúndez, H. (2004). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y procesales. *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Obtenido de https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf
- Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social. (2016). *Análisis legal e institucional ¿Cómo deciden los tribunales colegiados? Parte II : Sistemas de votación*, (185), 1–12.
- García, S. (2001). El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXIV, 1. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/pdf/427/42710109.pdf>



- Góngora, M. (2014). La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano. Obtenido de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31277.pdf>
- González Domínguez, P. (2017). La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*, 15(1), 55–98.
- Gorosito, R. (2017). Los principios en el Derecho Ambiental. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, 13 (16), 123.
- Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. (2018). Informe especial sobre los impactos de un calentamiento global de 1,5°C y las sendas de emisión relacionadas. Obtenido de <https://www.ipcc.ch/sr15/>
- Gudynas, E. (2014). Derechos de la naturaleza. *Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Perú: Centro Latino Americano de Ecología Social.
- Guerra, M. (2016). El control de convencionalidad. Una mirada a partir de los estándares de la Corte IDH y sus problemas de aplicación en Ecuador. *CÁLAMO, Revista de Estudios Jurídicos* (5), 72–90.
- Granda, W. (2010). *Acciones Jurídicas para establecer responsabilidades por daño ambiental en el Ecuador*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH. Hitters, J. C. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10(19), 149–150.
- Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de derechos humanos). *Estudios Constitucionales*, 7(2), 109–128.
- Ibáñez, J. (2012). Control De Convencionalidad: Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 103–113.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2015). *Manual Auto-Formativo Para La Aplicación Del Control De Convencionalidad Dirigido a Operadores De Justicia*. Obtenido de <https://doi.org/10.1016/j.espol.2016.06.004>

- Knox, J. H. (2018). *Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente. Las principales obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible*. Naciones Unidas.
- Macías, L. (2011). El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la tradición constitucional. *Iuris Dictio*, 14 (12). Obtenido de: <https://doi.org/10.18272/IU.V8I12.684.G978>
- Mateo, J. (2013). ¿Qué es el Caribe? Hacia una definición geográfica de la región Caribe. *Caribbean Atlas*, 1–2. Obtenido de: <http://www.caribbean-atlas.com/es/temas/que-es-el-caribe/que-es-el-caribe-hacia-una-definicion-geografica-de-la-region-de-el-caribe.html>
- Naciones Unidas. (2018). *Relator especial sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente*. Obtenido de: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Environment/SREnvironment/>
- Martínez, A. (2019). El nuevo marco jurídico en materia ambiental en Ecuador. Estudio sobre el Código Orgánico del Ambiente. *Actualidad Jurídica Ambiental*, Sección “C (n.89), 1–32. http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/04/2019_04_08_Martinez_Nuevo-marco-juridico-ambiental-Ecuador.pdf
- Murillo, D. (2016). La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Público*, (36), 1-35.
- Nikken, P. (1999). La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam*, 1(1990), 176.
- Organización Mundial de la Salud. (2018). *Nueve de cada diez personas de todo el mundo respiran aire contaminado*. Obtenido de: <https://www.who.int/es/news-room/detail/02-05-2018-9-out-of-10-people-worldwide-breathe-polluted-air-but-more-countries-are-taking-action>
- Ortega, L., & Alonso, M. (2013). *Tratado de Derecho Ambiental*. España: Tirant lo Blanch. Peña, M. (2013). Daño Ambiental y prescripción. *Revista Judicial, Costa Rica*, (109), 123.
- Pereyra, G. (2011). El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos: Implicaciones en el ordenamiento constitucional argentino. *Revista de Derecho*, 6, 155–176.



- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2016). *Desde los ODM hasta el desarrollo sostenible para todos*. Obtenido de: https://www.undp.org/content/dam/undp/library/SDGs/Spanish/ES_f_UNDP_MDGs-to-SDGs_web.pdf
- Ribadeneira Sarmiento, M. (2016). Derecho Ambiental Ecuatoriano, quo vadis? *Ius Humani. Law Journal*, 5, 189–207.
- Roa, J. (2015). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Ruiz, M. (2017). El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (21), 129-160.
- Sagües, N. (2015). Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, 20(20), 19–60.
- Sagüés, N. (2013). El “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales: concordancias y diferencias con el Sistema Europeo. *Diálogo Jurisprudencial En Derechos Humanos Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales: In Memoriam Jorge Carpizo, Generador Incansable de Diálogos*, 1–3.
- Salazar, D., Cobo, A., Cruz, C., Guevara, M., & Mesías, M. (2019). La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador. *FORO. Revista de Derecho*, 32, 123–143. Obtenido de <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.7>
- Salvioli, F. (2004). *La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos marco legal y desarrollo jurisprudencial*. Brasil: Sergio Fabris.
- Salvioli, F. (2007). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Obtenido de: <http://datateca.unad.edu.co/contenidos/90150>
- Tacuri, A., & Valarezo, J. (2019). El principio precautorio y su influencia en el derecho ambiental ecuatoriano. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 2 (12), 139.
- Tellechea, E. (2016). La Jurisdicción internacional como condición para el reconocimiento del fallo extranjero, necesidad de una regulación en el ámbito interamericano. *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 49 (146) 206.



- Tous, G., Castro, I., Cañón, M., Quintana, D., & Torres, R. (2007). Panorama de la contaminación del Caribe colombiano. In *Panorama de la contaminación del Caribe colombiano*. Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas.
- Urquiaga, X. (2013). *Principio pro persona*: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Obtenido de: http://cdhdfbeta.cd hdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/1-Principio_pro-persona.pdf
- Vargas, E. (2014). 10412 - Revista Tribuna Internacional.pdf. *Revista Tribunal Internacional*, 3, 25–26.
- Vernet, J., & Jaria, J. (2007). El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 521–524.
- Vio Grossi, E. (2018). El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XXIV, 311–335.
- Vio Grossi, E. (2018). Opinión Consultiva OC-24/17. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 1, 200, 201.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo.

Este libro se terminó de imprimir en febrero de 2023
bajo el sello editorial UCuenca Press, en su taller gráfico.

Cuenca - Ecuador

UCUENCA PRESS 