

San Francisco de Quito, 6 de enero de 2022

AMICUS CURIAE – CAUSA: No. 2167-21-EP

**JUEZAS Y JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA
DELECUADOR**

Yo: **Fernando Andrés Martínez Moscoso**¹, ciudadano ecuatoriano, con cédula No.0103793444, de estado civil casado, mayor de edad y capaz ante la ley; de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC); comparezco ante ustedes en calidad de experto académico en materia de DERECHO DE AGUAS Y DERECHO AMBIENTAL, razón por la que comparezco con el presente instrumento jurídico con el fin de exponer criterios técnico-jurídicos que puedan servir de fundamento a los miembros de la Corte para un mejor resolver del Caso No. **2167-21-EP**.

I. NATURALEZA DEL AMICUS CURIAE.-

Al ser el Amicus Curiae una figura informativa que significa “amigo del tribunal”, misma que es aplicada a nivel nacional e internacional y dentro del ordenamiento jurídico de la República del Ecuador se encuentra regulada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 12².

Esta figura jurídica ha sido desarrollada por el derecho anglosajón desde el siglo XX, y en la actualidad es aplicada por el sistema regional de Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); por ello a través de su reglamento ha dispuesto en sus artículos 2.3⁴ y 44.4⁵ tanto la significación de esta figura como el procedimiento adecuado para su aplicación; permitiendo el entendimiento de que esta figura jurídica constituye un mecanismo de participación que permitirá a cualquier persona o institución ajena al litigio y al proceso, presentar razonamientos en torno a los hechos contenidos en el proceso a litigar; siendo así que se podrán formular consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o alegato en audiencia.

Por lo tanto, al constituirse en una forma de participación de la sociedad civil dentro de los procesos que se encuentran en conocimiento de órganos jurisdiccionales y al buscar esta, brindar a los juzgadores una serie de elementos adicionales y relevantes para mejor resolver en un proceso constitucional; comparezco a través del presente AMICUS CURIAE dentro del No. Caso No. 2167-21-EP, y presento lo siguiente:

II. ANTECEDENTES

Con fecha 6 de enero de 2022, se realizó la audiencia pública telemática, Caso No. 2167-21, cuyo propósito fue: “...para conocer criterios para una eventual reparación integral deseable y posible del río Monjas en el corto y largo plazo...”, dentro de la mencionada audiencia, el señor Juez sustanciador, señaló que:

- a. En la audiencia se discutiría de manera particular: ¿Quién debería ser la entidad responsable de ejecutar las obras de reparación en el río Monjas?; ¿Quién tiene la competencia para hacerlo?; y, ¿Qué medidas se debe tomar en el tiempo, diferenciando el corto, mediano y largo plazo?; y,

- b. Se otorgó hasta el 10 de enero de 2022, para que quienes comparecieron a con sus Amicus Curiae, así como otros, puedan comentar y pronunciarse sobre las mejores formas de solución.

En este sentido, el presente Amicus Curiae, se base exclusivamente sobre estos supuestos.

III. AGUA Y SANEAMIENTO EN ECUADOR

Dentro de la audiencia del día 6 de enero de 2022, los representantes del GAD Metropolitano de Quito, así como de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Saneamiento de Quito, EPMAPS EP, entre otros, pusieron énfasis en los altos costos que implica la gestión de agua y saneamiento ambiental, y en la imposibilidad financiera que tiene el cabildo quiteño, para realizar dichos proceso, entre ellos, la ejecución del proyecto Programa de Descontaminación del Río Quito, de manera particular el Proyecto Vindobona.

Sin embargo, tal como lo establece la norma constitucional, relativo al régimen de competencias exclusivas, los GAD Municipales (en este caso Quito), tienen les corresponde la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado y depuración de aguas residuales (art. 264, numeral 3), entendido esto en el concepto de gestión integral e integrada de los recursos hídricos: “la Asociación Mundial para el Agua (GWP) de la GIRH es hoy la más aceptada: “La GIRH es un proceso que promueve la gestión y el desarrollo coordinados del agua, el suelo y los otros recursos relacionados, con el fin de maximizar los resultados económicos y el bienestar social de forma equitativa sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas vitales.”¹

Esto es, que la Municipalidad, a través de EPMAPS EP, no solo debe procurar la prestación del servicio público de agua, sino la de alcantarillado, así como la de depuración de las aguas residuales.

Al respecto, es fundamental recordar, que el Código Orgánico del Ambiente, como norma especializada en la materia, en su art. 196, reitera esta competencia y la obligación que tienen los GAD Municipales, respecto al tratamiento de aguas residuales urbanas y rurales.

Para esto, obligar que los GAD Municipales, en este caso, a través de las Empresas Públicas creadas para la prestación del servicio, cuenten con la “...infraestructura técnica para la instalación de sistemas de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales urbanas y rurales, de conformidad con la ley y la normativa técnica expedida para el efecto”.

Incluso el legislador, se adelantó a la tendencia a nivel mundial, respecto a la economía circular, y puso énfasis en que, el tratamiento de las aguas residuales, pueden ser reutilizadas, siempre y cuando estas recuperen los niveles cualitativos y cuantitativos que exija la autoridad competente y no se afecte la salubridad pública. Esto es fundamental, en tanto y en cuanto, por parte de la Corte Constitucional, se piense en una medida de reparación, pues el GAD Metropolitano de Quito, podría a través de la generación de Alianzas Público Privadas, APP, para lo cual expida la normativa (ordenanzas metropolitanas) respectivas, abrir la posibilidad para que la empresa privada, pueda invertir en el proceso de descontaminación, siempre y cuando, esta aproveche las aguas residuales, para tratarles y utilizarlas en procesos industriales.

¹ ONU- Agua. <https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/iwrm.shtml>

Por último, el Código Orgánico del Ambiente, establece respecto de las aguas residuales que, cuando estas no puedan llevarse al sistema de alcantarillado, no se debe perjudicar las fuentes receptoras (río Monjas), los suelos o la vida silvestre, donde encuentra conexión directa con los derechos de la Naturaleza, concepto que ha sido desarrollado ya por parte de esta Corte, y que en los párrafos siguientes se hace referencia.

Es necesario referirse a lo que sucede a nivel nacional, respecto a saneamiento y tratamiento de aguas residuales, pues el fenómeno no es solo del DM de Quito. Si se miran las estadísticas del INEC, histórico (2007-2017), la última década existe una mejoría respecto al sistema adecuado de eliminación de excretas (alcantarillado, pozo séptico y pozo ciego), sobre todo mejora a nivel de infraestructura, con un incremento de 21,65%, sin embargo, Ecuador aún se encuentra lejos del cumplimiento de la meta de acceso del 95%.

Una ciudad intermedia en Ecuador, como el caso de Cuenca, puede demostrar que la negligencia por parte del Municipio de Quito, no es reciente, sino su responsabilidad se acarrea por años. Pues, desde 1984, la Empresa Municipal ETAPA-EP, ha invertido en la construcción de proyectos e infraestructuras para mejorar el estado de la calidad del agua de los ríos, entre los que destacan la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Ucubamba (U-PTAR), la ejecución de los planes maestros de agua potable y alcantarillado en distintas etapas (financiado por el BID, y con aval soberano del gobierno de la República del Ecuador), entre otros. Particular, que muestra que no solo se trata de un asunto de inversión, sino de compromiso y gestión por parte de las autoridades municipales, con el propósito de poner en marcha infraestructura a nivel de alcantarillado, interceptores, PTAR, entre otras, lo cual facilite recuperar las condiciones biológicas de los ríos.²

IV. ALTERNATIVAS COMO MEDIDAS DE RESTITUCIÓN³

El problema de las aguas residuales no es solo un tema nacional, a nivel del continente, solo el 30% al 40% de las aguas residuales se manejan de manera segura⁴, sin embargo, bien podría Ecuador, y de manera particular en este caso, el DM de Quito, emular lo que ocurrió en Chile, donde el tratamiento de las aguas residuales llega al 100%, fundamentalmente a consecuencia de la implementación del canon de saneamiento.

A más de la voluntad política, se requieren recursos para la puesta en marcha de las medidas de restitución (a corto, mediano y largo plazo), para ello, bien se puede pensar en 2 medidas:

- a. **Alianzas público privadas:** En el caso chileno, se tuvo éxito a partir de un régimen de concesiones, que, adaptado a las limitaciones constitucionales y legales ecuatorianas, bien podría hacerse desde la aplicación de la excepcionalidad de la norma legal (Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Uso y Administración del Agua), art. 7, la cual señala que, se podrá de manera excepcional permitir la participación privada en el sector estratégico del agua, siempre que, exista la declaratoria de emergencia adoptada por la autoridad competente (particular

² Montalvo-Cedillo, César, Rubén Jerves-Cobo, and Luis Domínguez-Granda. 2020. "Determination of Pollution Loads in Spillways of the Combined Sewage Network of the City of Cuenca, Ecuador" *Water* 12, no. 9: 2540. <https://doi.org/10.3390/w12092540>

³ Ver: Martínez-Moscoso, Andrés, y Bermeo, Francisco. 2020. "La regulación del saneamiento de las aguas residuales en el Ecuador", en Setuán Mendía, Beatriz (Dir) "RETOS ACTUALES DEL SANEAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES". Navarra: Thomson Reuters-ARANZADI.

⁴ Embid, A., Bretas, F., Casanova, G., Crisman, T. L., & Miralles, F. 2020. Agua para el futuro: Estrategia de Seguridad Hídrica para América Latina y el Caribe. Volumen 1: Informe Principal. Washington: BID.

que existe en el caso del río Monjas), o, en su defecto, a través del desarrollo de subprocesos de la administración del servicio público cuando la autoridad competente no tenga las condiciones técnicas o financieras para hacerlo que, en el presente caso, sería de manera particular relacionado con el tratamiento de aguas residuales.

- b. **Canon de saneamiento:** la Corte Constitucional del Ecuador, debería exhortar al Concejo Metropolitano de Quito, a expedir la normativa (ordenanza), que permita a la EPMAPS EP, contar con pliegos tarifarios que generen una real sostenibilidad del servicio de alcantarillado y saneamiento de aguas residuales. Un buen ejemplo, es la creación de un canon especial por saneamiento, tasa que sea calculada a partir del consumo de agua potable que genere cada ciudadano.

El propósito de este canon, supone una contribución especial, destinada de manera exclusiva al financiamiento de las infraestructuras de tratamiento de aguas residuales, PTAR, y su forma de cobro, se lo hace a partir de la factura o planilla de agua potable. Se podría pensar, ya sea en un canon de agua, es decir, un aporte que se haga por todo el ciclo del recurso hídrico (bajo el concepto de GIRH), o en su defecto solo de saneamiento.

El canon de saneamiento, permitiría que el modelo de APP propuesto, sea atractivo, pues la inversión para la construcción de la infraestructura sería mixta, pues el socio privado invierte, de la misma manera que el público (Municipio), a través del canon. Situación que permita que los proyectos de PTAR sean sostenibles a mediano y largo plazo.

La figura del canon de saneamiento, es traída de la legislación comparativa, de manera particular en el caso de las comunidades autónomas españolas, en las que, el canon se entiende como un tributo “...de naturaleza instantánea y exacción periódica cuya recaudación se destina a financiar las actividades de saneamiento, depuración y abastecimiento, así como programas medioambientales vinculados a la calidad de las aguas”.

V. SOLUCIONES BASADAS EN LA NATURALEZA

En la audiencia de 6 de enero de 2022, durante la intervención de las partes procesales, estas pusieron énfasis en las medidas de restitución y en las de indemnización, sin embargo, la mayor parte de las propuestas que se planteaban, se enfocan en la visión de las llamadas “infraestructuras grises”⁵ (muros de contención embaulamiento del río, etc.), sin embargo, como lo ha manifestado esta Corte con relación a los derechos de la Naturaleza, se debe poner en énfasis las situaciones relacionadas con su ecosistema, en tanto y en cuando, se busque una restauración que responda a los sistemas naturales afectados (río Monjas, quebradas, etc.), por lo que sería preciso que al considerar las medidas de restitución, el enfoque sea a partir de soluciones basadas en la naturaleza, o llamada “infraestructura verde”.

En este sentido, el BID, ha identificado 4 problemas con relación a la gestión de los recursos hídricos: a) afectación de las fuentes de agua; b) la contaminación del agua; c) la falta de infraestructura; y, d) la gobernanza de los recursos hídricos.

Por su parte, el Programa Mundial de las Naciones Unidas de Evaluación de los Recursos Hídricos, en su “Informe Sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo 2018”⁶, en el cual brinda una respuesta a través de las Soluciones Basadas en la Naturaleza, SbN. Las cuales, usan precisamente a la naturaleza como clave para la reproducción de ecosistemas y reproducen

⁵ Ver: <https://blogs.iadb.org/ciudades-sostenibles/es/infraestructura-gris-y-verde-para-mayor-resiliencia-urbana/>

⁶ Ver: <https://www.cepal.org/es/notas/informe-mundial-naciones-unidas-desarrollo-recursos-hidricos-2018-soluciones-basadas-la>

soluciones que estas brindan, con el propósito de mejorar la gestión de los recursos hídricos, pudiendo ser aplicadas a microescala (sanitarios) o a macroescala (pantanos y/o humedales).

Esta alternativa tiene presente los siguientes elementos a los cuales intenta dar una respuesta: a) El agua y sus problemas de demanda, disponibilidad, calidad y eventos extremos (inundaciones, sequías, etc.), por ello la idea es trabajar con la naturaleza y no contra ella para la búsqueda de soluciones; b) La degradación de los ecosistemas, tales como zonas boscosas, humedales, entre otros, que afectan de manera directa la gestión del agua, siendo su solución su protección, reforestación y adaptación; c) Los ecosistemas y el agua, dando una especial importancia a las “infraestructuras verdes” versus las infraestructuras grises; d) La disponibilidad, y sus problemas de gestión, humedad, almacenamiento, infiltración y cantidad de agua; e) La calidad del agua es mejor siempre y cuando las fuentes estén protegidas, con lo cual se reduce costes de tratamiento; y, f) El manejo de riesgos naturales derivados del agua, tales como inundaciones, sequías, etc., siendo la infraestructura verde significativa para reducir estos y otros riesgos.

VI. EL DERECHO AL AMBIENTE SANO Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sido enfática respecto al contenido de los derechos de la Naturaleza, y su vinculación directa con el derecho humano al agua y al saneamiento. Si bien, se ha dado mayor énfasis al primero, se dice que el saneamiento es el hermano pobre del WASH (agua y saneamiento, por sus siglas en inglés), precisamente porque a nivel gubernamental y judicial, se da mayor importancia al agua, pero el derecho humano se integral, agua y saneamiento, como un vínculo indisoluble.

El agua a la luz de las resoluciones de la Corte Constitucional, se puede leer a partir de los casos: Caso No. 232-15-JP - Derecho al agua y servicio de agua potable de grupos de atención prioritaria; Caudal ecológico: Caso Sentencia No. 32-17-IN – Caudal ecológico - Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (RAAM); Caso No. 1185-20-JP – Caudal ecológico río Aquepi; y, derecho de la naturaleza y agua: Caso Nro. 1149-19-JP – Bosque protector “Los Cedros”.

A partir de una lectura integral de los casos narrados, los derechos de la Naturaleza, así como a vivir en un ambiente sano, ha tenido una nueva interpretación y contenido a partir de la Constitución de 2008, pues se dio un salto de una visión antropocentrista, propia del derecho a un ambiente sano y libre de contaminación, contenida en la Constitución de 1998, donde, si bien es cierto existió una protección del ecosistema, este se lo hacía, siempre y cuando se veía el potencial daño que se podía producir con relación a los derechos de los individuos (derecho de propiedad, por ejemplo, tal como los actores del proceso pretenden situar la discusión, respecto a medidas de indemnización, y otras; y, no centrarse en las medidas de restitución a la naturaleza, al río Monjas como sujeto de derechos).

Siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, con relación a los derechos de la Naturaleza, la lógica señala que el río Monjas, debería ser tratado como un sujeto de derechos, tal como se lo hizo con el río Aquepi, Los Manglares, o, el Bosque protector “Los Cedros”. En este sentido, la planificación de las medidas de restitución, deben enfocarse en la restauración del ecosistema del río Monjas, con medidas basadas en la naturaleza, para guardar coherencia y armonía, las mismas que sean sostenibles, viables y ejecutables.

VII. SOLICITUD.

Conforme a lo que señala el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y

Control Constitucional solicito lo siguiente:

1. Se acoja el razonamiento técnico - jurídico en mi calidad de experto en derecho de aguas y derecho ambiental, en calidad de AMICUS CURIAE, para que en base a este se tome una resolución por parte de los señores jueces de la Corte Constitucional.
2. Se exhorte al GAD Metropolitano de Quito, para que a través de su H. Concejo Cantonal, se permita la excepcionalidad contenida en el art. 7 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Uso y Administración del Agua, respecto a la participación privada en el sector estratégico del agua del DM de Quito, al existir emergencia manifiesta respecto del río Monjas, como sujeto de derechos, que requiere su inmediata atención.
3. Se otorgue el plazo de 360 días, para que, el Concejo Metropolitano de Quito, expida una Ordenanza en la que se norme el canon de saneamiento, como una tasa que permita financiar las actividades de saneamiento, depuración y abastecimiento, así como programas ambientales vinculados a la calidad del recurso hídrico en el DM de Quito.
4. Que, cualquier medida de restitución o indemnización que establezca la Corte Constitucional en el presente caso, se la haga bajo el concepto de soluciones basadas en la naturaleza, o infraestructura verde, con el propósito que las mismas sean sostenibles, y guarden armonía con la naturaleza.
5. Se declare al río Monjas como sujeto de derecho, y que, por tanto, tenga el derecho para que se respete su existencia, su mantenimiento y regeneración de su ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, y, en consecuencia, se tomen las respectivas medidas de restauración señaladas en párrafos anteriores.

VIII. FIRMAS Y NOTIFICACIONES.

Notificaciones que me correspondan, la recibiré al correo electrónico: amartinez@usfq.edu.ec

Atentamente:

Dr. Fernando Andrés Martínez Moscoso.
CI. 0103793444