

Staff	Temas Tratados
<p>Director:</p> <ul style="list-style-type: none">• Dr. Dino Bellorio Clabot <p>Secretario de Redacción:</p> <ul style="list-style-type: none">• Dr. Efraín Peña <p>Comité Académico:</p> <ul style="list-style-type: none">• Dr. Fernando Dos Reis Condesso (Portugal)• Dr. Eduardo A. Pigretti (Argentina)• Dr. José Antonio Peláez Bardales (Perú)• Dr. Aquilino Vázquez García (México)• Dr. Efraín Peña (Colombia)• Dra. Vera Rocha Jucovsky (Brasil)• Dr. Adrián Meza Soza (Nicaragua)• Dr. Manuel Castanon del Valle (España)• Dr. Antonio Fretes (Paraguay)• Dra. Isabel de los Ríos (Venezuela)• Dr. Marco Tulio Hernández (Panamá)• Dr. Julián Mora Aliseda (España)• Dra. Marta Natalia López Galvez (España)• Dr. Ramón Ojeda Mestre (México)• Dra. Leila Devia (Argentina)• Dr. Jorge A. Franza (Argentina)• Dra. María Isabel Mallea (Chile)• Dr. Marcello Di Filippo (Italia) <p>Periodicidad: <i>Trimestral</i> ISSN 2422-5908</p>	<ul style="list-style-type: none">• Derecho Ambiental• Derecho de los Recursos Naturales• Petróleo• Gas• Minería• Aguas• Energía• Biocombustibles• Alimentos• Cambio Climático

La Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales es propiedad de IJ International Legal Group S.A., sito en Lavalle 1125, 3° 8, Cap. Fed. CP 1048 (Tel.: 5276-8001)

La Revista está dirigida por el Dr. Dino Bellorio Clabot.

Doctrina

Título:	Racionalidad en la normativa ambiental
Autor:	Vázquez Domínguez, Edwin X.
País:	 Ecuador
Publicación:	Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales - Número 20 - Junio 2016
Fecha:	10-06-2016
Cita:	IJ-IC-336

Racionalidad en la normativa ambiental

Rationality on environmental norms

Edwin Xavier Vázquez Domínguez*

I. Introducción

Una de las obras más importantes del autor británico George Orwell, es Rebelión en la Granja (Orwell, 2013), en ella muestra un juego oscuro por cambiar las manos de quien ostenta el poder por un nuevo líder mesiánico, que una vez alcanzado no pretende abandonar jamás el poder, enseña a sus súbditos de manera progresiva que todo lo previo a su mandato fue negativo y solo bajo su batuta, la del camarada Napoleón representado por un cerdo, se podrá alcanzar una verdadera felicidad, buen vivir, soberanía alimentaria y porque no inclusive nuestro sumak kawsay. Para alcanzar esto se requería implementar Siete Mandamientos que fueron redactados por los más preparados en el arte de escribir y leer (cerdos).

Fueron los siguientes:

1. Todo lo que camina sobre dos patas es un enemigo.
2. Todo lo que camina sobre cuatro patas o tiene alas es un amigo.
3. Ningún animal llevará ropa.
4. Ningún animal dormirá en una cama.
5. Ningún animal beberá alcohol.
6. Ningún animal matará a otro animal.
7. Todos los animales son iguales.

Con el pasar del tiempo y la glotonería de quienes ostentaron el dominio sobre sus súbditos, crearon condiciones que luego incomodaron a otros animales y al visitar el granero donde escribieron sus siete mandamientos al final encontraron los siguientes:

1. Todo lo que camina sobre dos patas es un enemigo.
2. Todo lo que camina sobre cuatro patas o tiene alas es un amigo.
3. Ningún animal llevará ropa.
4. Ningún animal dormirá en una cama con sábanas.
5. Ningún animal beberá alcohol en exceso.
6. Ningún animal matará a otro animal sin motivo.

7. Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros.

Al igual que en la obra de Orwell y su representación de la humanidad, corrientes político-económicas y estamentos estatales con distintos animales dentro de una granja, el sistema normativo es muy importante, pues al separar entre gobernados y soberano, los primeros deben ser obedientes pues fueron ellos quienes legitimaron el puesto que ostenta el soberano mediante un sistema jurídico que aunque pareciese precario existe una anuencia entre las partes que legitima “en la granja” un contrato social, con distintos actores, en sentido inverso al que nosotros conocemos.

Carlos Santiago Nino en su obra *Introducción al Análisis del Derecho* sostiene que: “El derecho, como muchas otras instituciones sociales, contribuye a superar dificultades que están relacionadas con ciertas circunstancias de la vida humana (...) autores como Hobbes y últimamente por H.L.A. Hart, incluyen la escasez de recursos” (Nino, 2007, p. 2)[1]. El derecho está presente en todas las acciones que realiza el hombre en sociedad; limita, delimita y protege todo tipo de derechos necesarios para garantizar la dignidad humana y proporciona parámetros que regulan la conducta humana en su quehacer social, durante toda su existencia. Las relaciones humanas están dadas en base a las necesidades satisfechas y el acceso a los bienes para satisfacer esas necesidades, mientras existan suficientes bienes no existe inconveniente, una vez que los recursos empiezan a escasear y no se pueden satisfacer las necesidades en igual medida, los intereses individuales entran en conflicto con los de la sociedad y/o Estados, en consecuencia el concepto de derecho se desnaturaliza y se transforma en intereses o problemas, que al no ser satisfechos escalan en conflictos. Es importante señalar que los recursos naturales son el componente elemental para garantizar la dignidad humana, sin ellos no sería posible la vida en la forma en que la conocemos, es decir que: lo accesorio (humano) sigue la suerte de lo principal (Planeta Tierra).

La Constitución ecuatoriana, reconoce a la naturaleza como sujeto de derecho[2] y a la población el derecho de vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado[3]; ahora bien, estos derechos no han sido reconocidos siempre[4]; naturaleza y medioambiente[5] no fueron considerados por el contractualismo, inclusive autores modernos de esta corriente como John Rawls, al referirse a la sociedad y justicia denota la validez contractual supeditada a la aceptación en condiciones de igualdad y bajo el velo de ignorancia (Rawls, 2014)[6], por ello, al integrar los conceptos de sociedad, igualdad, y velo de ignorancia, queda implícito la referencia a la especie humana y la no consideración de la naturaleza en sus distintas manifestaciones, pese a que, “en la Edad Media y hasta el Renacimiento (...) fueron frecuentes los juicios a animales”(Zaffaroni, 2011, pp. 23-45)[7].

Los derechos no son absolutos, estos deben cumplir presupuestos, ser delimitados y limitados; la actual Constitución trae consigo un gran listado de derechos, muchos bajo el etiquetamiento del buen vivir tales como: agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social[8]; otros como: derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades[9]; de la naturaleza, etc.[10]; muchos de estos exigibles como el acceso a la educación[11], derecho a la seguridad social[12], legitimación procesal en materia ambiental[13]; otros no tanto como las medidas de precaución y restricción en materia ambiental[14], responsabilidad objetiva en daños

ambientales[15], inversión de la carga de la prueba[16], etc.; y, por último aquellos reducidos a mera enunciación gramatical como el compromiso del Estado en caso de daños ambientales[17], consulta a la comunidad por afecciones al ambiente[18], prohibición de aplicación de biotecnologías riesgosas, etc.; ya que su aplicación va más allá de la utopía al aterrizar en simples quimeras o simples actos de voluntad de quien ostenta el poder.

Según la carga argumentativa, según la interpretación que decida la administración de justicia incorporar, según el modelo de gobierno, y otras circunstancias más, son las que dan legalidad al derecho, más no garantizan el imperio de la ley y la correcta aplicación normativa, posiciones diversas frente a los precedentes y jurisprudencia a más de los presupuestos subsidiarios de coherencia y congruencia. Ahora bien, no es de alarmarse cuando se señala que el derecho obedece a los intereses de los más fuertes; de quienes ostentan el poder político y/o económico; no ahora, no ayer, sino siempre, hoy representado por el modelo extractivo capitalista como modelo de desarrollo, la demanda de materia prima por los países industriales y la “maldición de recursos naturales” que ostentan algunos países, quienes en nombre del desarrollo degradan al ambiente y colonizan las posiciones ancestrales de cosmovisión y existencialismo, particular que genera conflicto de intereses con aspiraciones opuestas.

Las Instituciones subsisten siempre que justifiquen por sí mismas su existencia; frente a ello, la política y el derecho han sido muy criticados, en ambos casos por el quehacer de sus exponentes, por los actos antihumanos efectuados, por los intereses manoseados y por el mesianismo propuesto y nunca alcanzado, ambas instituciones han sido impregnadas por las bajas pasiones y en vez de exteriorizar la representación de su sociedad, lo que han hecho es degradar la nobleza de las instituciones que representan de una u otra manera.

Hablar de política y derecho no es dicotómico cuando se parte del concepto aristotélico de “Zoon Politikón” (ζῷον πολιτικόν) y no de la superposición interpretativa desarrollada desde el texto original de Platón, ya que “la traducción de ζῷον πολιτικόν por una especie de animal político no expresa suficientemente el profundo sentir de la frase (...) el hombre es una especie política, un ser gregario que se agrega en una comunidad ordenada bajo un dispositivo de mando y obediencia (...) Debe tenerse presente que la categoría teórica de sociedad es moderna” (Rus Rufino & Arenas-Dolz, 2013, pp. 105-112)[19]; Aristóteles no es conceptualizado en su contexto histórico y peor en su verdadero sentido semántico. El concepto aristotélico de política, era un concepto virtuoso y moral del bien y el vivir bien, el gobierno aristocrático[20] era presidido por los virtuosos, así señalaba que: “La moral, a mi juicio, sólo puede formar parte de la política. En Política, no es posible practicar cosa alguna sin estar dotado de ciertas cualidades; quiero decir, sin ser hombre de bien. Pero ser hombre de bien equivale a tener virtudes; y por tanto, si en política se quiere hacer algo, es preciso ser moralmente virtuoso...” (Aristóteles, 2012, p. 325)[21]. Las líneas anteriores difícilmente describen la situación política actual de lugar alguno de esta aldea global; sin embargo, no por ello se puede afirmar la inexistencia de hombres virtuosos dedicados a esta actividad; el problema no radica en la nobleza de la política o las virtudes de los políticos, el problema radica en que el modelo actual de la política basado en intereses personales y corporativos que invaden el derecho no solo en la administración de justicia sino en la promulgación normativa que debe ser realizada con un elevado grado de responsabilidad y tecnicismo legislativo y

hermenéutico, pues recordando la educación sofista, “ésta se orienta en la formación de aquellos capaces tanto de hacer cumplir las leyes vigentes, cuanto de crear nuevas leyes, para lo cual es necesaria la intelección de los asuntos humanos (...) se necesita educar en el logos.” (Villagra Diez, 2002)

Hacer referencia al derecho, no es invocar de manera exclusiva al cuerpo normativo, responder ¿qué es el derecho? no es una tarea menor, muchos juristas han dedicado sus vidas para alcanzar esta definición; sin embargo, hasta nuestros días no existe un consenso técnico-jurídico que pueda responder esta pregunta, sea por las dimensiones[22] en su aplicación que producen confusión o por la arbitrariedad lingüística[23], por ello, al hablar de derecho sin especificación particular se habla de todo el quehacer jurídico: legislación, docencia, operatividad, administración de justicia, etc.

Mucho se ha hablado del término vox populi, vox dei[24] al manifestar que la voluntad del pueblo es la voluntad de dios, así se han implementado un sin número de acciones normativas, mediante el baño de legalidad y legitimidad que provee el pueblo al expresar su voluntad, ahora bien, debe recordarse también que el pueblo no es siempre culto y que de serlo tampoco lo habilita para tomar decisiones que son exclusivas de quienes se desarrollan en el mundo jurídico; parafraseando a Carlos Gaviria Díaz al referirse a Gorgias: ¿porqué al referirnos a los campos de salud y construcción preguntamos únicamente a médicos, ingenieros y arquitectos, pero no consideramos la opinión de todos?; sin embargo, al referirnos a la justicia, permitimos a cualquier ciudadano se exprese y decida sobre tan delicado asunto que guarda igual o mayor importancia que las otras áreas referidas (Gaviria, 2013). Es decir, el Estado pregunta lo que le conviene cuando le conviene, sobre todo cuando pretende legitimar acciones, que no sean reprochables en lo posterior a los gobernantes, sino por el contrario endosable a los gobernados, por ello los mecanismos de participación ciudadana pueden ser traducidos en vox populi, vox diaboli, cuando no se define si estamos frente a una democracia constitucional o de mayorías; sin embargo, no se puede señalar que todo está perdido si se considera también que en la mitología Prometeo regala a los hombres el fuego del conocimiento y con ello vino la sindéresis, buen juicio o recta razón que auxilia frente al desconocimiento y cuyo antídoto es la educación.

Incursionar en el mundo jurídico no es cualquier cosa, es una de las decisiones más nobles que puede tomar un ser humano, requiere de mucho sacrificio para alcanzar cierto grado de conocimiento y en lo posterior una gran responsabilidad para aplicar ese conocimiento adquirido sin dejar de reconocer que el derecho evoluciona día a día, todo esto por el bien del hombre, el medioambiente y la naturaleza. Ahora bien, al reflexionar sobre el quehacer jurídico en el desarrollo de la historia de la humanidad se ha encontrado a juristas detrás de las bajas pasiones de los gobernantes, al preparar y aplicar mecanismos jurídicos que viabilicen sus pretensiones, es decir han servido de alfombra roja al poder.

En la actualidad el mundo jurídico está en deuda con la humanidad, el medio ambiente y la naturaleza, su proceder no ha sido en su totalidad ético, más ha buscado mantenerse en el poder, por ello las palabras de R. Ávila en el prólogo de la obra Teoría crítica Constitucional son oportunas: “tenemos una deuda histórica con nuestros pueblos. Hemos sido serviles al poder, a pretexto de una supuesta neutralidad y de una veneración, casi religiosa, a las leyes vigentes. Tenemos la obligación de saber qué sistema jurídico impulsamos, a quien beneficiamos con

nuestras interpretaciones y con nuestra doctrina, y a quién oprime, discrimina y excluye el derecho y su aplicación” (Ávila, 2011)[25]

Aquella América de sangre y dictadura mediática quedó en el pasado, hoy la comunidad internacional rechaza este actuar; sin embargo, la mutación dictatorial puede llegar a ser inclusive más traumática, sustituye las botas y rifles por el empleo de la Constitución y el Estado de derecho (secuestro orgánico del Estado), confunde a sus gobernados, crea divisiones basadas en demagogia y alcanza en las urnas un hiperpresidencialismo que irradia con sus intereses y los que representa todo el quehacer Estatal. El derecho es derrotado por la política, el aparataje mediático inmoviliza al derecho y de manera **rapaz** se transforma el cuerpo normativo en la exteriorización jurídica de los fines que persiguen pocos a nombre de muchos, por ello F. Carnelutti sostenía que: “...las leyes no son más que instrumentos, pobres e inadecuados, casi siempre, para tratar de dominar a los hombres cuando, arrastrados por sus intereses y sus pasiones, en vez de abrazarse como hermanos tratan de despedazarse como lobos” (Carnelutti, 2012)[26].

La lucha por dominar en política confunde la frase de F. Carnelutti que señalaba: “es preferible para un pueblo tener malas leyes con buenos jueces, que buenas leyes con malos jueces” al considerar que efectivamente un Estado debía considerar la una u otra condición; sin embargo, en su ejercicio práctico prefirió contar con malos jueces y malas leyes, a pesar de contar con considerables excepciones, sin responder hasta hoy la pregunta: ¿Hasta dónde merece protección la naturaleza; y, hasta dónde se debe permitir actuar al hombre?

II. Reflexiones generales en la formación normativa

Conforme el hombre se ha desarrollado en sociedad, esta ha sufrido transformaciones constantes, se ha atravesado épocas de gran desarrollo, de purga, oscurantismo, ilustración, etc., sin embargo en ninguna de ellas se ha logrado santificar de manera pragmática y racional al hombre y sus actuaciones, sea porque efectivamente la santificación no es una característica humana, no responde al método científico o simplemente por el conflicto de intereses que posee la especie o la dualidad de nuestra existencia; en vista de ello resulta imperioso la ley y su obediencia social, prima facie se cree que de esta manera la ley cumple su fin de pacificación, orden, justicia y equidad respecto de los intereses, problemas y aspiraciones humanas que enfrentamos cada día desde el origen de los tiempos, así Aristóteles señaló que: “Lo justo, en efecto, existe sólo entre hombres cuyas relaciones mutuas están gobernadas por ley (...) Por este motivo no permitimos que gobierne el hombre, sino la ley, porque el hombre ejerce el poder para sí mismo y acaba por hacerse tirano.” (Aristóteles, Biblioteca Jurídica Virtual)[27]. De esta manera queda claro la importancia de la ley, sin embargo poco se habla de su formación y presupuestos de validez.

Antes de que la ley sea exigible debe atravesar tres momentos en su formación[28], cada uno de ellos con un alto grado de complejidad y tecnicismo jurídico, sin el cual no es posible alcanzar integración normativa que se plasme en la conducta social y solucione las desavenencias que enfrenta con su simple promulgación; en otras circunstancias, cuando la ley es formada sin los presupuestos antes indicados, ésta, en vez de solucionar un problema puede generar un conflicto, al desnaturalizar su deber óntico.

El Procedimiento Legislativo[29] por más eficiente y técnico que sea realizado siempre es centro de crítica por el impacto que produce en la sociedad[30] y exige la promulgación de leyes en los siguientes casos según dispone el artículo 132 del texto constitucional:

1. Se requiere de ley para regular los derechos y garantías constitucionales, es decir para brindar mayor claridad y desarrollarlos como cumplimiento de su deber de Estado[31]: siempre bajo las siguientes premisas: a) Concebir a la Constitución como un todo armónico que produce un engranaje integral del ordenamiento jurídico, con respeto a la supremacía y competencia en la aplicación normativa. b) Respetar el principio de no regresión, es decir que todo retroceso o disminución de derechos recae en la inconstitucionalidad, toda vez que los derechos deben desarrollarse de manera progresiva y no en sentido contrario[32]. c) No limitar la aplicación directa del texto constitucional pues, la justicia no puede ser sacrificada por formalidades.[33]

2. Establecer mediante el proceso legislativo, con carácter de ley en sentido formal y material[34], con efectos erga omnes, infracciones y sanciones de manera expresa y específica por parte de los assembleístas[35]; sin embargo, a pretexto de la aplicación de reenvío normativo, esta responsabilidad es delegada a órganos burocráticos estatales con el fin de que sean ellos quienes completen la norma penal en blanco, tal como sucede en los casos de los delitos ambientales[36] y de estupefacientes[37], en tal virtud se vulnera el principio de legalidad[38] y taxatividad[39], estricta legalidad; todo ello, en cumplimiento de un mandato de precisión.

El uso de tipos penales en blanco brinda al igual que la ponderación una gran subjetividad al mundo jurídico pues una norma en blanco es una “especie de caja vacía, rellenable en cada ocasión con los contenidos más arbitrarios (...) que permiten intervenciones punitivas libres de cualquier vínculo” (Ferrajoli, 1997), es así que al analizar las disposiciones de Delitos Contra el Ambiente y La Naturaleza o Pacha Mama[40] en el Código Orgánico Integral Penal al dejar abierto la definición de términos técnicos que limitan la aplicación de la norma penal, como es el concepto de daño grave, la variación en el listado de las especies de flora y fauna silvestres de especies amenazadas, peligro de extinción y migratorias, extraiga, explore, explote, aproveche, transforme, transporte, comercialice o almacene recursos mineros, etc. Es decir, como se verá más adelante, los tipos penales en blanco pueden ser utilizados para servir a dios y al diablo, todo dependerá de los intereses que motiven la realización de tal o cual acto jurídico, en ciertos casos los organismos estatales burocráticos puede restringir (dosis mínima[41]), violar (producción y tráfico[42]) o ignorar la tutela de derechos, como es el caso del concepto de daño grave en los delitos ambientales, particular que pese al tiempo transcurrido no ha sido suficiente para que la Autoridad Ambiental cumpla lo dispuesto en el artículo 256 del Código Orgánico Integral Penal:

“...determinará para cada delito contra el ambiente y la naturaleza las definiciones técnicas y alcances de daño grave. (...) las normas relacionadas con el derecho de restauración, la identificación, ecosistemas frágiles y las listas de las especies de flora y fauna silvestres de especies amenazadas, en peligro de extinción y migratorias.”[43]

En este caso, es evidente que el incumplimiento por parte de la Autoridad

Ambiental respecto del reenvío normativo genera impunidad, permite que el Estado no cumpla con la tutela judicial efectiva sobre los derechos de la naturaleza constitucionalizados y flexibiliza la degradación ambiental cuando al pragmatizar la norma, no se cumplen los fines teleológicos de la misma; sin embargo de aplicarlo de manera correcta, tomando como base el principio pro homine[44], la no restricción de derechos, aplicación directa y cláusula abierta establecidos en la Constitución[45], a más de la analogía y complemento existente entre el Estado Constitucional de Derechos y Justicia[46] con la garantía normativa de dignidad humana[47] a más de invocar una mínima intervención del Estado y respetar un garantismo penal como señala L. Ferrajoli en su obra Derecho y Razón en sus axiomas subsidiarios entre sí.

Diez Axiomas del Garantismo Penal

Axiomas Modelo Garantista	Principio
A1. <i>Nulla poena sine crimine</i>	Retributividad
A2. <i>Nullum crimen sine lege</i>	Legalidad
A3. <i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i>	Necesidad
A4. <i>Nulla Necesitas sine inuria</i>	Lesividad
A5. <i>Nulla inuria sine actione</i>	Materialidad
A6. <i>Nulla actio sine culpa</i>	Culpabilidad
A7. <i>Nulla culpa sine iudicio</i>	Jurisdiccionalidad
A8. <i>Nullum iudicium sine accusatione</i>	Acusatorio
A9. <i>Nulla accusatio sine probatione</i>	Carga de la prueba
A10. <i>Nulla probatio sine defensione</i>	Contradictorio

Fuente: (Ferrajoli, 1997, pág. 93)

De manera adicional, se necesita de ley formal y material en los siguientes casos: a. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados; b. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados; c. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias; y, d. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales; sin embargo, por la amplitud de las mismas no serán abordados en el presente trabajo.

Crear normas no es de poca monta, se requiere un alto grado de conocimiento jurídico, técnica legislativa y sentido de justicia, por ello la importancia en su creación, el Código Civil[48] brinda el concepto de ley y reconoce que para exteriorizar la voluntad soberana de la población, a través de la democracia directa e indirecta se necesita cumplir el procedimiento que señala la Constitución para su formación, sin embargo la experiencia nos deja cortos frente a los momentos de creación normativa.

En la fase Pre-legislativa es importante determinar las razones verdaderas por las cuales resulta necesario promulgar una ley, no promulgar normas por el mero hecho de pretender demostrar actividad legislativa, es necesario determinar de manera clara el problema y los objetivos que esta ley pretende cumplir, casi al nivel del método científico, es decir justificar la necesidad de producción normativa bajo los siguientes presupuestos:

1. Determinación específica de un problema que merezca ser abordado desde el campo legislativo, es decir demostrar la necesidad normativa, caso contrario lo posterior no tendría sentido.
2. Establecer objetivos específicos que deberá cumplir la propuesta normativa y los mecanismos que serán utilizados para implementarla.
3. Realizar un mapeo de actores sobre quienes influirá en mayor medida la producción normativa, garantizando la acción popular por los efectos erga omnes que presentará la norma.
4. Efectuar un estudio de derecho comparado sobre asuntos análogos en los que se pretende legislar.
5. Fijar la parte orgánica que se encargará de pragmatizar la norma una vez entrada en vigencia.
6. Señalar la factibilidad presupuestaria para pragmatizar la norma una vez entrada en vigencia.
7. Redactar el borrador normativo.
8. Redactar la Exposición de Motivos[49] que justifique el articulado del borrador normativo de manera precisa y contundente, que desglose la justificación y necesidad normativa; y, no de manera “suficiente” como señala la disposición constitucional[50] pues el término suficiente resulta en exceso subjetivo para quien califique la referida suficiencia, pues se podría desnaturalizar el objetivo de solución del problema por un enmascaramiento de otras intenciones. La exposición de motivos aprobada en el debate legislativo debe contener el espíritu normativo y ser de uso judicial en la argumentación de los actores procesales con el fin de salvaguardar las verdaderas intenciones del legislador y no permitir un uso inadecuado.

La fase Legislativa es la continuidad de la fase pre-legislativa, en esta se incorpora el trabajo técnico legislativo y hermenéutico para que cuando la norma reclame cumplimiento sobre quienes ejerce jurisdicción no se encuentren problemas de aplicación como violación de derechos fundamentales o inconstitucionalidad

alguna, por ello la importancia y responsabilidad científica y política en este momento de debate técnico-jurídico,

En el año 2013, Ecuador eligió a 137 Asambleístas[51], de los cuales cien pertenecían al Movimiento Alianza País, diez a CREO, siete Partido Social Cristiano, cinco del Partido Sociedad Patriótica “21 de enero”, cinco AVANZA, cinco Unidad Plurinacional de las Izquierdas; y por: Movimiento SUMA, Sociedad Unidad Más Acción; Partido Roldosista Ecuatoriano; Movimiento Acción Regional por la Equidad; Movimiento Integración Democrática del Carchi; y, Movimiento Peninsular Creyendo en Nuestra Gente un escaño por cada representación política. (Consejo Nacional Electoral, 2013). Así, se alcanzó mayoría parlamentaria. Si bien este particular provee mayor facilidad para la producción normativa, no es menos cierto que también puede producir normas de baja calidad por falta de debate legislativo; que en lugar de solventar una dificultad, generen problemas en la sociedad pues la diversificación de pensamiento no debe entenderse como discordia, rencilla o revanchismo; sin embargo, nuestra madurez política sumada al hiperpresidencialismo ha generado posiciones antagónicas que en vez de construir, destruyen en muchos casos. Así nuestros representantes pueden extralimitarse en sus mandatos encomendados; y, en analogía incurrir en una suerte de agencia oficiosa, perdiendo en consecuencia la legitimidad en sus actuaciones pues es separada de la voluntad del soberano.

El debate legislativo técnico-jurídico, debe producir a más del articulado del texto normativo los siguientes componentes: Disposiciones Generales, que viabilicen la aplicación de la norma; Disposiciones Transitorias que armonicen la entrada en vigencia, reforma o derogación normativa tanto de manera orgánica como temporalidad de los procesos iniciados con la ley anterior; Disposiciones Derogatorias, que conste una verdadera expulsión detallada de las normas derogadas y no se continúe con la frase: deróguese todo lo que contradiga la presente norma; Disposición Final que contemple una necesaria publicación en el Registro Oficial y un *vacatio legis* razonable que permita a la administración crear las condiciones necesarias para la pragmatización de la norma y que sus actores puedan inteligenciarse de la misma.

III. Racionalidad normativa y falacias en la normativa ambiental

La responsabilidad de creación normativa es grande, sobre todo por los efectos que una norma puede crear y la dificultad en la expulsión normativa que posee todo cuerpo legal por la invocación de los principios de Presunción de Constitucionalidad e *Indubio Pro Legislatore* que permiten que la norma se mantenga vigente aunque sea con pequeñas excepciones de constitucionalidad condicionada como el caso de Afianzamiento Tributario (Porrás & Romero, 2012)[52] o la sentencia interpretativa sobre el derecho del Estado en participar en al menos el 50% de los beneficios que genera el aprovechamiento del espectro radioeléctrico[53] como recurso natural no renovable[54].

El quehacer jurídico se desarrolla en torno a la argumentación, es decir en aportar razones válidas que permitan legitimar o desestimar las pretensiones de unos u otros, sobre sistemas o aspiraciones a veces individuales y otras colectivas. Cuando el derecho enfrenta una calamidad producida por su accionar histórico, es importante reflexionar sobre la invasión de la moral al derecho, muchos consideran

positivo y necesario, mientras que otros consideran negativo y limitante a la libertad. Ahora bien, el derecho no puede tener una separación radical del quehacer social, como sostuvo H. Kelsen en su obra "Teoría Pura del Derecho". Permitir que la moral individual invada el derecho resultaría legitimar un mesianismo o autoritarismo arbitrario que restrinja la libertad de sus ciudadanos; sin embargo, el problema podría radicar en la fina línea que distingue la moral de la ética y los presupuestos que configuran cada uno.

"Los estándares morales prescriben el modo como debemos tratar a los otros; los estándares éticos el modo como debemos vivir nosotros mismos" (Dworkin, 2014) La moral es personal, interna, subjetiva, alterable, relativa, bipolar y reflexiva; es el arte personal de distinguir entre lo bueno y lo malo en base a las verdades personales en pleno ejercicio de la libertad, con el condicionamiento de no dañar al prójimo, al medioambiente y la naturaleza, y que de hacerlo exista reflexión sobre lo mismo; ahora bien, la moral puede ser corregida o modificada mediante otro ejercicio de libertad que aporte razones válidas que encaminen un obrar distinto basado en la sindéresis y las ideas de justicia que se tengan sobre tal o cual situación; sin embargo, esto traducido al mundo jurídico resulta peligroso, pues una norma legal vigente, por más que sea valorada como injusta o inmoral, ese criterio de validez no es suficiente para expulsarla del ordenamiento jurídico, así sostenía G. Radbruch que: las sentencias judiciales erróneas adquieren el valor de cosa juzgada y que el derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia. Sin embargo, por regla general, la seguridad jurídica que el derecho positivo confiere justificara también (...) la validez del derecho positivo en cierta medida injusto" (Radbruch, 1951); es decir que, que por injusta que sea una sentencia o la norma que motivo la misma, si fue dictada legalmente, es exigible sin más rodeos o M. Atienza: "Una buena argumentación en sentido técnico (...) basada en argumentos que puedan resultar efectivos para lograr una cierta finalidad (...) esa argumentación podría ser mala moralmente." (Atienza, 2013), por ello la gran importancia y responsabilidad en la creación normativa y su aplicación.

Una lectura importante para quienes se encuentran en el mundo jurídico, no solo desde la perspectiva de técnica legislativa; sino, para entender las normas y analizar su naturaleza óptica es "Contribución para una Teoría de la Legislación" de M. Atienza, la misma proporciona cinco ideas de racionalidad: Racionalidad Lingüística (R1); Racionalidad Jurídico Formal (R2); Racionalidad Pragmática (R3); Racionalidad Teleológica (R4); y, Racionalidad Ética (R5) (Atienza, Contribución para una Teoría de la Legislación, 2000), ideas de racionalidad que pueden ser aplicadas como filtro de control para la validez normativa, a continuación se pretende explicar cada una de las ideas de racionalidad.

1. Racionalidad Lingüística.- Esta idea de racionalidad consiste en el lenguaje utilizado en la construcción normativa, en el acto de comunicación entre el editor de la norma y las personas sobre quien el Estado exige jurisdicción. La comunicación debe ser de calidad y precisión, impedir que se atribuyan otros sentidos y peor otras definiciones, con el objeto de ser exigidos de manera posterior; esto es en base a la razón y no el argumento de presunción de conocimiento normativo. Existen normas que por sus condiciones técnicas específicas requieren de tecnicismo lingüístico, sin embargo, el mismo no debe ser exagerado o peor aún inducir un error como es el caso de concebir el espectro radioeléctrico como recurso natural no renovable.

2. Racionalidad Jurídica Formal.- La nueva norma al ser promulgada, reformada o derogada produce efectos jurídicos distintos; sin embargo, al referirse solo a los dos primeros se debe tener la suficiente medida para introducir sus efectos en el mundo jurídico, esto es implementar un *vacatio legis* razonable que permita aterrizar una implementación efectiva y cabal cumplimiento, tiempo durante el cual la norma debe ser socializada, estudiada e introducida con el menor impacto posible, es así que el Código Orgánico Integral Penal gozó de un *vacatio legis* de ciento ochenta días; Código Orgánico General de Procesos doce meses; sin embargo, el Código Orgánico del Ambiente entrara en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial o en algunos casos simplemente basta con señalar que entrará en vigencia sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial. ¿Recibir Notificaciones del Registro Oficial es gratuito?, ¿Cuántos juristas acceden de manera periódica al Registro Oficial?

3. Racionalidad Pragmática.- Crear la norma no es suficiente, es necesario implementarla de manera efectiva en todas sus dimensiones, es decir contar con la factibilidad de cumplir y hacerla cumplir, no como un capricho político sino como una obligación primero moral y ulteriormente jurídica; con el fin ejemplificativo de denotar el incumplimiento, ejemplo de esto es el caso de obligación Estatal de actuar de manera inmediata y subsidiaria en caso de daños ambientales con el fin de garantizar la salud y restauración de los ecosistemas[55] frente a la contaminación ambiental de Chevron en la provincia de Sucumbíos, la tipificación de ciertos delitos ambientales que al momento de juzgarlos no son reprochables por no contar con los medios probatorios necesarios[56] al igual que ciertos controles y sanciones del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente.

4. Racionalidad Teleológica.- Una vez que la norma es implementada y exigible, es necesario velar que su existencia cumpla con los fines sociales para los cuales fue creada y no pierda su norte, caso contrario nunca podría alcanzar una racionalidad ética. (Impuesto Verde y Principio de caja única del derecho tributario, delitos contra los recursos mineros y animales en peligro de extinción).

5. Racionalidad Ética.- Toda norma requiere una justificación ética y esta justificación debe buscar garantizar una tutela efectiva de los derechos de libertad, igualdad, justicia y fraternidad, no vista únicamente desde una posición antropocéntrica, sino por el contrario, desde una visión biocéntrica. La filosofía del derecho es el estudio de los problemas que enfrenta el derecho señala Gustav Radbruch en su obra de Introducción a la Filosofía del Derecho, es decir, se podría entender que al cambiar el concepto de derechos humanos, derechos de la naturaleza, etc. por la concepción de problemas, aspiraciones o intereses humanos y de la naturaleza, en la actualidad estos son mayores, Ecuador goza de conceptos relativamente nuevos como el pluralismo jurídico, derechos colectivos, derechos de la naturaleza, la situación de pueblos ancestrales, etc. En tal virtud se debería proyectar una sociedad que en palabras de R. Dworkin debería mostrar: "...igual consideración por el destino de todas y cada una de las personas sobre las que reclama jurisdicción (...) respetar plenamente la responsabilidad y el derecho de cada persona a decidir por sí misma cómo hacer de su vida algo valioso." (Dworkin, 2014), a más de incorporar distintas visiones de existencialismo, cosmovisión y dimensiones de desarrollo, por ello se plantea las siguientes interrogantes: ¿La Consulta Previa, libre e informada respecto del aprovechamiento de recursos naturales no renovables cumple su fin teleológico de vinculación del ejercicio

democrático? ¿Es ético que al existir oposición de una comunidad sea el Estado quien determine el aprovechamiento o no?, ¿Es ético reubicar a la comunidad sobre la cual descansan los recursos naturales no renovables que se pretenden aprovechar si esta concibe dicho territorio como deidad? De ser la respuesta si, ¿se podría aplicar lo mismo si se encontrasen los mismos recursos debajo de la Catedral de Cuenca?

Por lo expresado, los principios como mandatos de optimización son más viables para garantizar una tutela judicial efectiva de la naturaleza y el ambiente con un cumplimiento teleológico y ético pues de nada nos serviría haber alcanzado la liberación intelectual basada en la razón si permitimos que el mercado gobierne el derecho y al hombre y no las leyes. Para culminar considero de debería no buscar definirse con una corriente jurídica u otra, sino por el contrario echar una mirada a la escuela ecléctica y empezar a escoger razones válidas de cada corriente para construir porque no un derecho ecléctico que podría ser más integrador y por lo tanto legítimo.

En el derecho no está todo dicho, tampoco debemos desconocer el camino trazado, pero no podemos limitarnos a imaginar el derecho en los límites que se han impuesto en base al colonialismo intelectual, por ello es necesario rescatar la necesidad de tener cuerpos indóciles y saberes insumisos, la ilustración implemento la razón, esta no pide dogma y peor fuerza por ello SAPERE AUDE.

Bibliografía [\[arriba\]](#) -

Aristóteles. (2012). *Ética. La gran moral*. In Aristóteles, *Obra Selecta*. Madrid, España: Edimat Libros, S.A.

Aristóteles. (n.d.). *Biblioteca Jurídica Virtual*. Retrieved 02 14, 2016, from <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/767/6.pdf>

Atienza, M. (2000). *Contribución para una Teoría de la Legislación*. In M. Carbonell, & S. Pedroza de la Llave, *Elementos de Técnica Legislativa* (pp. 19-38). México, D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.

Ávila, R. (2011). *Prólogo*. In R. Sanín, *Teoría Crítica Constitucional 2* (Primera ed., Vols. *Crítica y Derecho*, 4 , pp. 13-16). Quito, Pichincha, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición.

Carnelutti, F. (2012). *Cómo se hace un proceso*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Consejo Nacional Electoral. (2013). *Consejo Nacional Electoral*. Retrieved Enero 19, 2016, from http://cne.gob.ec/documents/publicaciones/2014/libro_resultados_electorales_2013-r.pdf

Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón*. Madrid, España: Trotta.

Gaviria, C. (2013). Conferencia Educación y Democracia. Colombia. Retrieved from <https://www.youtube.com/watch?v=qVWTyVEO8MY>

Guastini, R. (2000). Ley. In M. Carbonell, & S. Pedroza de la Llave, Elementos de Técnica Legislativa (M. Bono, Trans., Primera ed., pp. 13-17). México, D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Retrieved Enero 16, 2015, from <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/21/tc.pdf>

Nino, C. (2007). Introducción al análisis del derecho (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Orwell, G. (2013). Rebelión en la granja. México: DEBOLSILLO.

Porras, A., & Romero, J. (2012). Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana. Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición.

Radbruch, G. (1951). Introducción a la Filosofía del Derecho. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.

Rawls, J. (2014). Teoría de la Justicia. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Restrepo, R. S. (2011). Teoría crítica constitucional 2. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

Rus Rufino, S., & Arenas-Dolz, F. (2013). ¿Qué sentido se atribuyó al zoon politikon (ζῷον πολιτικόν) de Aristóteles? Los comentarios medievales y modernos a la Política. Foro Interno. Anuario de Teoría Política, 13. Retrieved from <https://revistas.ucm.es/index.php/FOIN/article/viewFile/43086/40871>

Villagra Diez, P. (2002). Diálogo, justicia y educación: La Paideia socrático-platónica frente a la educación sofista en el Gorgias. Synthesis (La Plata), 9, 21-37. Retrieved Febrero 18, 2016, from http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0328-12052002000100003

Zaffaroni, E. R. (2011). La Pachamama y El humano (Primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

Notas

* *Universidad Católica de Cuenca*
asesoria.legal.xv@gmail.com / xvazquez@ucacue.edu.ec

Abogado por la Universidad Católica de Cuenca; Diplomado Superior en Políticas Ambientales; Seguridad Industrial; y, Gestión Ambiental; egresado de la Maestría en Ingeniería Ambiental y Seguridad Industrial por la Universidad Nacional de Piura (Perú); tesista de la Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Regional Autónoma de los Andes; Profesor Legislación Ambiental, Ética y Conflictos Socioambientales de la Universidad Católica de Cuenca (Ecuador).

- [1] Ver: Nino, C. (2007). Introducción al análisis del derecho (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. P. 2.
- [2] Ver: Constitución de la República del Ecuador. Artículos 10 y 71.
- [3] *Ibidem*. Art. 14.
- [4] Los derechos de la naturaleza son reconocidos por primera vez en la Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008); el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado deriva de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972), incorporado por la Constitución Política de la República del Ecuador 1978. Primera Codificación: 1984: Art. 19.2.
- [5] El término medioambiente hace referencia a la presencia antrópica; por el contrario, en la naturaleza ausencia antrópica.
- [6] Ver: Rawls, J. (2014). Teoría de la Justicia. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- [7]. Ver: Zaffaroni, E. R. (2011). La Pachamama y El humano (Primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- [8] Ver: Constitución de la República del Ecuador. Artículos: Art. 12 - 34.
- [9] *Ibidem*
- [10] Ver: Constitución de la República del Ecuador. Artículos: Art. 10 - 94, es obvio señalar que estos no son los únicos derechos que trae consigo la Constitución.
- [11] *Ibidem*: Art. 28.- “...Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato...”.
- [12] *Ibidem*. Art. 34.- “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado...”.
- [13] CR. Art.71.- “...Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza...”.
- [14] *Ibidem*. Art 73.- “El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales...”.
- [15] *Ibidem*. Art 396.- “La responsabilidad por daños ambientales es objetiva...”
- [16] *Ibidem*. Art. 397.- “La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado...”
- [17] *Ibidem*. Art. 397.- “En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas...”
- [18] *Ibidem*. Art. 398
- [19] Ver: Rus Rufino, S., & Arenas-Dolz, F. (2013). ¿Qué sentido se atribuyó al zoon politikón (ζῷον πολιτικόν) de Aristóteles? Los comentarios medievales y modernos a la Política. Foro Interno. Anuario de Teoría Política, 13. Retrieved from <https://revistas.ucm.es/index.php/FOIN/article/viewFile/43086/40871>
- [20] El término aristocracia proviene del griego aristos: los mejores; y, kratos: gobierno.
- [21] Ver: Aristóteles. (2012). Ética. La gran moral. In Aristóteles, Obra Selecta. Madrid, España: Edimat Libros, S.A.
- [22] El derecho puede ser analizado desde distintas dimensiones como el derecho objetivo, subjetivo, positivo, natural, público, privado, nacional, internacional, como ciencia, disciplina, etc.
- [23] La arbitrariedad se refiere al uso abusivo del término derecho, considerar que todo lo que crea conflicto con los intereses de una persona es violación del “derecho” o que la exteriorización de nuestras ideas sean consideradas en su pragma como aplicación de nuestro “derecho”. De una u otra forma el derecho

representa y defiende nuestros intereses, sueños y aspiraciones individuales o colectivas, no con esto queremos decir que el derecho concebido en este sentido sea bueno o noble y en consecuencia válido.

[24] Locución latina que quiere decir la voz del pueblo es la voz de dios.

[25] Ver: Ávila, R. (2011). Prólogo. In R. Sanín, Teoría Crítica Constitucional 2 (Primera ed., Vols. Crítica y Derecho, 4, pp. 13-16). Quito, Pichincha, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición.

[26] Ver: Canelutti, F. (2012). Cómo se hace un proceso. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

[27] Ver: Aristóteles. (n.d.). Biblioteca Jurídica Virtual. Retrieved 02 14, 2016, from <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/767/6.pdf>

[28] Los momentos por los cuales atraviesa la formación de la ley son: Pre-legislativo, Legislativo y Post-legislativo.

[29] Constitución de la República del Ecuador. Artículos: 132-140.

[30] Las leyes siempre deben contar con el carácter general sobre quienes reclama su obediencia.

[31] Constitución de la República del Ecuador. Art. 3.

[32] Ver el Proyecto de Enmiendas

[33] Constitución de la República del Ecuador. Artículo 169.

[34] Ver: Guastini, R. (2000). Ley. En M. Carbonell, & S. Pedroza de la Llave, Elementos de Técnica Legislativa (M. Bono, Trad., Primera ed., págs. 13-17). México, D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado el 16 de Enero de 2015, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/21/tc.pdf>

[35] Ver: Constitución Política de la República del Ecuador (1998). Art. 141.2

[36] Ver: Código Orgánico Integral Penal: Arts256.

[37] Ver: Código Orgánico Integral Penal: Arts. 227 - 228.

[38] Ver. *Ibidem*. Art. 5.1, 53

[39] Ver: Constitución de la República del Ecuador: 76.3. Estatuto de Roma: 22.1 y 23

[40] Código Orgánico Integral Penal: 245-267

[41] *Ibidem*. Art. 228.

[42] *Ibidem*. Art. 220.

[43] El concepto de daño grave ésta siendo abordado por el Proyecto del Código Orgánico del Ambiente.

[44] Este principio debe ser asimilado no como el derecho de un hombre en particular sino del hombre en general, ver: Constitución de la República del Ecuador. Art. 426 y 427.

[45] Constitución de la República del Ecuador. Art. 417.

[46] Constitución de la República del Ecuador. Art. 1.

[47] La Garantía normativa del Artículo 84 Constitucional, es una de las tres garantías Constitucionales: Garantía Normativa (Art. 84), Políticas Públicas, Servicios Públicos y Participación Ciudadana (Art. 85) y Garantías Jurisdiccionales (Arts. 86-94).

[48] Código Civil Ecuatoriano: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”

[49] Ver: Constitución de la República del Ecuador: Art. 136.

[50] *Ibidem*.

[51] 116 Asambleístas Provinciales, 15 Asambleístas Nacionales; y, 6 Asambleístas del exterior

[52] Ver: Sentencia No. 014-10-SCN-CC emitida por la Corte Constitucional Para el Período de Transición.

[53] Ver: Sentencia Interpretativa 0006-09-SIC-CC emitida por la Corte Constitucional Para el Periodo de Transición.

[54] Ver: Constitución de la República del Ecuador. Art. 408.

[55] Constitución de la República del Ecuador. Art. 397.

[56] Laboratorios Certificados.

© Copyright: Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales