

La investigación en el derecho ambiental: sistematización, reforma, explicación y comprensión

DANIEL BONILLA MALDONADO*

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo examinar cuatro de los modelos paradigmáticos de investigación en el derecho ambiental. El texto se divide en cuatro partes para cumplir con este objetivo. En la primera examino críticamente el modelo de la sistematización; en la segunda, el de la reforma; en la tercera, el de la explicación, y en la cuarta, el de la comprensión. Este artículo, por tanto, quiere contribuir a entender qué significa investigar en el derecho ambiental. Los académicos del derecho pocas veces analizamos los supuestos, los objetivos y los medios del tipo de investigación que ponemos en operación; estamos tan inmersos en su práctica que perdemos de vista su carácter perspectivo y sus límites. Ahora bien, los tipos ideales que se examinan en este capítulo, es importante notarlos, no son exclusivos del derecho ambiental. Más bien, son formas de investigación que atraviesan la academia jurídica. Los modelos de investigación del derecho ambiental no son idiosincrásicos. Estos modelos reproducen formas de investigación comunes en las otras áreas del derecho.

PALABRAS CLAVE

Tipos de academia jurídica - Investigación en derecho - Derecho ambiental.

* Profesor asociado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Correo electrónico: dbonilla@uniandes.edu.co. Esta es la versión en español del capítulo que se publicará en Olé Pendersen (ed.), *Environmental Law Scholarship*, Cambridge University Press, 2018.

Environmental Law Scholarship: systematization, reform, explanation and understanding

ABSTRACT

This article aims to examine four paradigmatic models of environmental law scholarship. The article is divided into four parts to meet this objective. In the first part, I critically examine the model of systematization; in the second, the model of reform; in the third, the model of explanation; and in the fourth, the model of understanding. This article, therefore, aims to contribute to comprehending environmental law scholarship. Legal scholars rarely analyze the assumptions, objectives, and means of the type of research we put into operation; we are so immersed in its practice that we lose sight of its perspectival character and its limits. Now, the ideal types discussed in this chapter, it is important to note, are not exclusive of environmental law. Rather, they are forms of scholarship that cut across legal academy. Environmental law scholarship's models are not idiosyncratic. These models reproduce forms of scholarship that are common in other areas of law.

KEYWORDS

Types of Legal Academy - Law Scholarship - Environmental Law.

La investigación en derecho ambiental no es monolítica. No ofrece una única forma de aproximarse a su objeto de estudio; es internamente diversa. Los investigadores del derecho ambiental, en muchas ocasiones, parten de premisas disímiles, persiguen fines diferentes y ponen en acción métodos de investigación diversos.¹ Hay investigadores del derecho ambiental que parten de supuestos políticos distintos, por ejemplo,

¹ FISHER, E. *et al.*, "Maturity and Methodology: Starting a Debate about Environmental Law Scholarship", en 21 *Journal of Environmental Law* 213-250, 216-217, 2009; JEWELL, T. y C. REIL, "Environmental Law", en HAYTON, D. (ed.), *Laws Future(s): British Legal Developments in the 21st Century*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 209.

son conservadores, liberales o progresistas. Estas posiciones políticas determinan, entre otras cosas, cuáles son los objetos de estudio específicos que consideran relevantes y cuáles son los criterios para evaluar la legitimidad de las normas jurídicas ambientales. Los investigadores del derecho ambiental igualmente difieren sobre cuál debe ser el objetivo de la investigación en este subcampo del derecho. No hay acuerdo sobre si este tipo de investigación jurídica debe, por ejemplo, evaluar la eficacia de la legislación ambiental, sus costos económicos o la justicia de la distribución de recursos escasos que genera.² Finalmente, los investigadores del derecho ambiental difieren sobre las formas mediante las cuales deben explorar su objeto de estudio, por ejemplo, difieren sobre si deben examinarlo haciendo uso de los métodos de investigación empírica que ofrecen las ciencias sociales, la filosofía analítica, o los métodos interpretativos que ofrecen los estudios culturales del derecho.

Este artículo tiene como objetivo examinar cuatro de los modelos paradigmáticos de investigación en el derecho ambiental: sistematización, reforma, explicación y comprensión. En este texto describo y examino estos modelos como tipos ideales weberianos. En consecuencia, presento solo aquello que constituye la estructura básica de cada una de estas formas de investigación. Esta manera de articular el trabajo que hacen los investigadores del derecho ambiental tiene un costo y un beneficio. El costo de estas abstracciones es que oscurecen la riqueza, la variedad y la falta de límites precisos que tiene esta práctica investigativa. Los investigadores del derecho ambiental cruzan cotidianamente las fronteras que separan estos cuatro tipos ideales y hacen muchas más cosas que las que los modelos dan cuenta. Un proyecto de investigación en derecho ambiental, por ejemplo, puede tener como fin tanto sistematizar como reformar su objeto de estudio. Asimismo, los modelos no describen todas las aristas que componen el proceso de sistematización de las normas jurídicas ambientales. El beneficio de estas abstracciones es que permiten ver con claridad los elementos constitutivos, no los marginales o los accidentales, de las diversas formas de investigar que existen en el

² FISHER, E. *et al.*, *op. cit.*, p. 225; RICHARDSON, B. y S. WOOD, "Environmental Law for Sustainability", en RICHARDSON, B. y S. WOOD (eds.), *Environmental Law for Sustainability*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

derecho ambiental. Del mismo modo, permiten compararlas con precisión y evidenciar sus fortalezas y debilidades.

El artículo se divide en cuatro partes para cumplir con este objetivo. En la primera examino críticamente el modelo de la sistematización; en la segunda, el de la reforma; en la tercera, el de la explicación, y en la cuarta, el de la comprensión. Este capítulo, por tanto, quiere contribuir a entender qué significa investigar en el derecho ambiental. Los académicos del derecho pocas veces analizamos los supuestos, los objetivos y los medios del tipo de investigación que ponemos en operación; estamos tan inmersos en su práctica que perdemos de vista su carácter perspectivo y sus límites. Ahora bien, los tipos ideales que se examinan en este artículo, es importante notarlos, no son exclusivos del derecho ambiental. Más bien, son formas de investigación que atraviesan la academia jurídica. Los modelos de investigación del derecho ambiental no son idiosincrásicos. Estos modelos reproducen formas de investigación comunes en las otras áreas del derecho.

I. SISTEMATIZACIÓN, ENSEÑANZA Y PRÁCTICA DEL DERECHO AMBIENTAL

La primera aproximación al estudio académico del derecho ambiental es la de la sistematización. Este modelo parte de tres premisas: (i) el derecho ambiental es (y debe ser) un subsistema organizado jerárquicamente; (ii) es un subsistema que tiene (y debe tener) como unidad básica a las reglas y principios legales, y (iii) las reglas y principios, así como sus relaciones, son (o deben ser) claros y precisos. El modelo, por tanto, imagina al derecho ambiental ideal como un conjunto de normas jurídicas con mandatos diferenciables que está organizado de forma piramidal.³ En esta estructura, cada una de las normas ambientales juega un papel determinado y tiene una relación específica con las otras normas que la componen.⁴ El modelo reconoce, no obstante, que, en la práctica, el derecho ambiental es muchas veces incoherente, vago y ambiguo, que las

³ RUBIN, E. L., "Legal Scholarship", en PATTERSON, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Cambridge, Mass., Blackwell, 1996, p. 565.

⁴ SAVIGNY, V., *Of the vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*, trans. A. Hayward, 1831, pp. 38-39.

normas jurídicas que lo componen están dispersas y que sus vínculos son muchas veces imprecisos. Desde esta perspectiva, por ende, la tarea del académico del derecho ambiental es recoger y organizar las normas que componen al subsistema, aclarar y precisar sus contenidos y concretar las relaciones que existen entre ellas, por ejemplo, las de subordinación o superioridad, generalidad o especialidad.⁵ La académica del derecho ambiental, por ende, debe acercar el derecho que “es” al derecho que debe ser. Debe lograr que las normas jurídicas que componen el derecho ambiental de un Estado particular contribuyan a crear un sistema jurídico cerrado, completo, coherente y unívoco. La académica del derecho ambiental sistematizadora, por ende, usa la razón para reconstruir el derecho ambiental de manera que este pueda ser la mejor expresión de sí mismo.⁶

El producto académico por excelencia del modelo sistematizador, por tanto, es el tratado de derecho ambiental, un libro en donde se presenta organizada sistemática y jerárquicamente esta área del derecho. Estos “libros del derecho” ambiental típicamente están organizados en forma deductiva y tienen tantos capítulos como secciones tenga el código

⁵ SMITS, J. M., *The Making of European Private Law*, Antwerp-Oxford-New York, Intersentia, 2002.

⁶ El modelo sistematizador del derecho ambiental hunde sus raíces en el historicismo alemán y la escuela de la exégesis francesa. El historicismo, representado paradigmáticamente por Carl von Savigny, identifica al derecho con las matemáticas. El derecho parte de axiomas, los principios, de los cuales deben derivarse racionalmente las normas inferiores, las reglas jurídicas. El historicismo considera que la fuente principal de creación del derecho debe ser la costumbre. Esta es creación directa del pueblo y expresión del *ethos* de la nación. El académico del derecho, por tanto, debe inducir los principios que están implícitos en la costumbre. Posteriormente, debe derivar de estos las reglas que deben controlar más precisamente la conducta de los ciudadanos. Al mismo tiempo, debe organizar y precisar el contenido de las normas jurídicas creadas por aquellas instituciones que concentran la capacidad creadora de derecho en la comunidad política. Si para el historicismo los principios son siempre contextuales, para la escuela de la exégesis estos son fruto de la razón humana. Por ello, el Código Civil de Napoleón de 1804, el producto jurídico por excelencia para la escuela de la exégesis, es un producto exportable a cualquier nación; un producto que puede traspasar sin mayores obstáculos las fronteras que separan a Francia de otros Estados. Ahora bien, hoy en día pocos académicos creen que el derecho es como las matemáticas o que el derecho es expresión de una razón universal. No obstante, es la fuente de la idea de que el derecho debe ser un sistema piramidal compuesto por normas con relaciones y mandatos claros y precisos. Ver WATSON, A., *The importance of Nutshells*, 1994.

ambiental o las leyes de recursos naturales de un país específico. En cada una de estas secciones presenta los contenidos básicos de las normas jurídicas ambientales que son su objeto de estudio. De manera usual, además, estos tratados incluyen glosas que buscan aclarar los contenidos de las normas jurídicas ambientales.⁷ Estos comentarios resuelven incoherencias, reseñan las interpretaciones jurisprudenciales sobre ciertas reglas o principios y precisan el contenido de normas vagas o ambiguas. El tratado usualmente empieza entonces con una definición del derecho ambiental y sus principios. Luego, baja secuencialmente los niveles de la estructura piramidal que contiene a las normas ambientales para describir asuntos como las instituciones estatales encargadas de proteger el medio ambiente, los procedimientos para obtener una licencia ambiental y la manera como se regulan los distintos recursos naturales, por ejemplo, el agua, los bosques y los minerales.

Los tratados usualmente se concentran en el derecho ambiental nacional, pero, en ocasiones, concentran sus esfuerzos sistematizadores en el derecho ambiental internacional o regional, por ejemplo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático o el Tratado de Amsterdam. Estos textos sistematizadores, además, son usados en las clases de derecho ambiental nacional e internacional y se convierten en los puntos de referencia para practicantes, jueces y estudiantes de esta área del derecho. Este es el material, por ejemplo, con el que típicamente se han educado los estudiantes de derecho ambiental en Europa continental y América Latina. Cada cierto tiempo, además, se actualizan y reeditan constituyéndose en textos de docencia intergeneracionales. Profesores y alumnos de derecho ambiental se educan con los mismos materiales jurídicos, aunque los textos de los estudiantes sean actualizaciones (diez o quince ediciones posteriores) de estos exitosos “libros del derecho”. Estos tratados de derecho ambiental, además, no hay que olvidarlo, son una fuente secundaria de creación de derecho en la familia jurídica

⁷ Estas glosas se conectan y hacen eco de la larga tradición de los glosadores europeos, particularmente los italianos de los siglos XI al XIII, que sistematizaron el derecho romano. Estos glosadores hacían comentarios en las márgenes de los textos jurídicos romanos que compilaban y reproducían. *Ibid.*

civilista. La doctrina jurídica del derecho ambiental se entiende, formalmente, como una parte del sistema jurídico nacional.

El modelo sistematizador, cuando se concreta de manera adecuada, genera algunas consecuencias positivas para el derecho ambiental: recoge y organiza el conjunto disperso que usualmente constituye el derecho ambiental de un Estado, simplifica y hace accesible un subcampo del derecho que tiene una enorme complejidad técnica e introduce el tema a las nuevas generaciones de estudiantes del derecho ambiental.⁸ No obstante, también genera algunas consecuencias negativas para el derecho ambiental. Dos, tal vez, sean las más importantes. Por un lado, separa radicalmente derecho ambiental y realidad social.⁹ El subcampo jurídico que surge del modelo podrá pasar los exámenes de la razón, podrá ser aceptado en el “cielo de los conceptos jurídicos”, pero probablemente no será útil para la comunidad jurídica y política. El tratado de derecho ambiental nacional, por ejemplo, puede ofrecer una precisa descripción del concepto de licencia ambiental y organiza lógicamente los pasos que la ley indica que deben seguirse para obtenerla. No obstante, esta descripción se presenta de manera descontextualizada y no discute los efectos que las normas sobre licencias ambientales han tenido para la protección del medio ambiente o para fortalecer la participación ciudadana en esta área. Tampoco examina las diferencias entre los procedimientos para obtener la licencia ambiental en el papel y los procedimientos en acción. En su esfuerzo por hacer que el derecho ambiental se convierta en un verdadero subsistema, en su aspiración por precisar los contenidos de las premisas y las relaciones que estas tienen con las reglas y principios, termina creando un mundo abstracto perfecto que se distancia gustosamente del complejo y desordenado mundo ambiental que habitamos.

Por otro lado, cuando los objetivos sistematizadores no se materializan como sus ideales lo exigen, los productos de la academia jurídica ambiental terminan pareciéndose en exceso a los materiales creados por el legislador o la judicatura. Los materiales creados por el modelo recrean el contenido y la estructura del derecho ambiental. Son materiales poco

⁸ *Ibid.*, pp. 17-18; PEDERSEN, O., “The Limits of Interdisciplinarity and The Practice of Environmental Law Scholarship”, en 26 *Journal of Environmental Law* 423-441, 2014.

⁹ FISHER, E. *et al.*, “Maturity...”, *op. cit.*, pp. 240-241.

retadores intelectualmente, poco útiles para comprender sus complejidades. Así, por ejemplo, el tratado sobre derecho ambiental internacional típico reproduce en palabras análogas los contenidos de la Declaración de Río, el Protocolo de Kyoto o el convenio de Basilea, por señalar tres de los instrumentos ambientales internacionales más conocidos. En ocasiones incluye también los contenidos de los documentos interpretativos oficiales de estos instrumentos internacionales. Las normas centrales de estas normas jurídicas son presentadas en abstracto. El foco de la descripción está en los mandatos más relevantes de la ley ambiental internacional y en algunas glosas aclaratorias. En este ejemplo, la glosa del académico sistematizador del derecho ambiental hace referencia, por ejemplo, al significado de cambio climático, la definición de “deshechos peligrosos” o la interpretación que una corte regional ha hecho sobre los deberes que impone el Convenio sobre Diversidad Biológica.

II. REFORMA, JUSTICIA Y DERECHO AMBIENTAL

La segunda aproximación al estudio académico del derecho ambiental es la de la reforma. La academia jurídica reformista en el derecho ambiental usualmente se mueve en un ciclo de crítica y transformación: cuestiona el derecho existente y propone su modificación.¹⁰ El derecho que “es” ha de convertirse en el derecho que debe ser. El académico del derecho ambiental utiliza la razón para mostrar la razón del derecho ambiental. Las reformas del sistema jurídico que este propone no provienen de un sistema normativo alternativo, la moral o la política, por ejemplo. Es el derecho ambiental que se muestra como debe ser.¹¹ El académico no presenta su propuesta como fundada en su particular forma de entender la justicia ambiental; la presenta como la mejor interpretación posible del derecho ambiental existente. El carácter crítico y normativo que usualmente tiene la academia jurídica ambiental no está motivado únicamente por los compromisos políticos de los profesores de derecho. Este tipo de investigación jurídica es una forma de práctica del derecho.¹²

¹⁰ KAHN, P., *The cultural study of law: Reconstructing legal scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999, pp. 7-30.

¹¹ *Ibid.*, pp. 18-30.

¹² WEINRIB, E. J., *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, 1995; RUBIN, E. L., *op. cit.*

No se diferencia, en este sentido, de la práctica judicial.¹³ El investigador del derecho ambiental asume el punto de vista interno del miembro de la práctica. Tanto los profesores de derecho ambiental como los jueces están siempre en busca del derecho que debe ser. El derecho ambiental mismo se entiende siempre acercándose a lo que debería ser.

La academia jurídica del derecho ambiental, por consiguiente, usualmente está comprometida con su objeto de estudio;¹⁴ es una forma de concretar la lógica interna que lo atraviesa. No hay distancia entre el investigador del derecho ambiental y la realidad que examina. Mediante sus escritos y su práctica docente, el profesor de derecho ambiental reproduce las dinámicas que dan forma al subsistema jurídico que es su objeto de estudio;¹⁵ reproduce la práctica de justificación y cuestionamiento continuo que hace parte de un Estado liberal de derecho que está conformado por ciudadanos libres e iguales, un Estado en el que todos sus miembros están subordinados a las reglas y los principios jurídicos.¹⁶ El modelo de la reforma en el derecho ambiental no se identifica con una posición política particular. Tampoco con un método de investigación específico. Investigadores del derecho ambiental conservadores, liberales o progresistas pueden poner en operación el modelo. Investigadores que hacen uso de los métodos sociojurídicos, de la filosofía o la dogmática también pueden hacerlo. Todos ellos materializan el mismo movimiento argumentativo: descripción de una parte del derecho ambiental, evaluación negativa de algunos de sus apartes y articulación de una propuesta de cómo estos deberían interpretarse o modificarse.¹⁷

Así, por ejemplo, un investigador del derecho ambiental conservador puede hacer una presentación de las normas que crean un mercado del CO2 en el Protocolo de Kyoto, calificarlas negativamente porque regulan excesivamente la oferta, la demanda o el precio de los bienes que se intercambian y ofrecer una interpretación de las mismas que permitirían

¹³ SMITS, J. M., *The Mind and Method of the Legal Academic*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p. 44.

¹⁴ KAHN, P., *op. cit.*, p. 7.

¹⁵ PEDERSEN, O., *op. cit.*, p. 12.

¹⁶ KAHN, P., *op. cit.*, pp. 7-18.

¹⁷ PEDERSEN, O., "Modest Pragmatic Lessons for a Diverse and Incoherent Environmental Law", en 33 *OJLS* 103, 2013.

marginar al máximo el papel de los Estados y las instituciones internacionales en el proceso. Asimismo, siguiendo con los ejemplos, un investigador del derecho ambiental progresista inicia su trabajo haciendo un recuento de la manera como en las negociaciones de los tratados internacionales de derecho ambiental no ha habido una relación horizontal, de iguales, entre los países del Norte y el Sur Globales, evalúa luego negativamente el carácter imperial de estas negociaciones y finaliza con una propuesta normativa sobre cómo podrían crearse negociaciones no verticales en cuestiones ambientales entre los países de una y otra región del mundo.

La contribución que esta aproximación a la investigación del derecho ambiental hace a la comunidad jurídica es notable. Primero, parte de la premisa de que el derecho ambiental y la justicia se entrecruzan.¹⁸ El derecho ambiental, desde esta perspectiva, no se entiende como una técnica que es valorativamente neutra y a la que le resulta irrelevante el contexto en el que está inmersa. El académico del derecho ambiental, por tanto, enfatiza en preguntas valiosas sobre la legitimidad o eficacia de su objeto de estudio. Se pregunta por los argumentos de moralidad política que fundamentan, por ejemplo, la propuesta de Ecuador de que los países del Norte Global compensen la no explotación económica de la Amazonía. Segundo, considera que el conocimiento jurídico ambiental es un instrumento de transformación social. La académica del derecho ambiental debe contribuir con su producción intelectual a la creación de una sociedad más justa. Así, por ejemplo, resulta relevante que esta académica del derecho ambiental describa, evalúe negativamente y presente una propuesta de modificación del derecho a la consulta previa que tienen los pueblos indígenas. Este derecho ha sido fundamental para que estos pueblos protejan sus territorios ancestrales, los cuales, en muchos casos, se sobrepone a reservas naturales o son territorios en riesgo desde el punto de vista ambiental.

Finalmente, esta forma de hacer academia jurídica del derecho ambiental supone un inmenso compromiso con su objeto de estudio;¹⁹ es una forma de concretar la lógica interna que lo atraviesa; es una forma

¹⁸ PEDERSEN, O., "The Limits...", *op. cit.*, p. 14.

¹⁹ SMITS, J. M., *The Mind...*, *op. cit.*, p. 120.

de contribuir a su consolidación y reproducción, lo que no resulta poco en los sistemas democráticos a los que siempre asechan las tendencias autoritarias o anómicas. Así, los ciclos de descripción, crítica y reforma permiten fortalecer lo que podríamos llamar el Estado de Derecho ambiental. Permite enfatizar que todos los operadores en el campo ambiental deben actuar conforme a los mandatos de las normas preexistentes.²⁰ Esta, que es una obviedad teórica en una democracia liberal, resulta cuestionada continuamente en la práctica dados los inmensos intereses económicos involucrados en gran parte de los asuntos ambientales.

Esta última fortaleza, no obstante, hace explícitos sus límites. No hay distancia entre el investigador ambiental y la realidad que examina. Mediante sus escritos y su práctica docente, el profesor de derecho ambiental reproduce las dinámicas que dan forma al subsistema jurídico.²¹ Al estar inmerso en la reproducción del Estado de Derecho ambiental, desvía la atención del análisis de las condiciones de posibilidad que permiten su emergencia, su genealogía y su estructura. No permite distanciarse del derecho ambiental para comprenderlo. La academia del derecho ambiental, en suma, se entiende como una forma de práctica jurídica que no se diferencia de la práctica judicial o de la del abogado litigante.²²

III. EXPLICACIÓN, CIENCIAS SOCIALES Y AMBIENTE

El tercer modelo tiene como objetivo central el hacer explícitos los nexos causales que dan cuenta de las normas jurídicas ambientales, así como su eficacia y legitimidad.²³ Esta perspectiva se nutre estrechamente de las ciencias sociales y de las ciencias naturales. El objetivo central de este modelo de academia jurídica es explicar los fenómenos sociales (el derecho ambiental) por medio de otros fenómenos sociales (la cultura y la economía, por ejemplo) o de algunos fenómenos naturales (la composición química de la tierra o la estructura biológica de los animales, entre otras). Como consecuencia, este modelo le da prevalencia a los

²⁰ *Ibid.*

²¹ SCHLAG, P., *Laying Down the Law*, New York UP, 1996, p. 141.

²² RUBIN, E. L., "The Practice and Discourse of Legal Scholarship", en 86 *Michigan Law Review* 1835-1905, at 1859, 1988; POSNER, R. A., "Legal Scholarship Today", en 115 *Harvard Law Review* 1314-1326, at 1315, 2002.

²³ SMITS, J. M., *The Mind...*, *op. cit.*, pp. 28-32.

métodos empíricos de investigación, desde las entrevistas estructuradas y semiestructuradas hasta la estadística y los modelos de regresión económicos pasando por la etnografía y la investigación participativa.²⁴ El investigador del derecho ambiental comprometido con el modelo de la explicación es un tipo de científico social que tiene como objeto de estudio un subcampo del derecho. Es, además, un investigador que hace uso de la literatura de las ciencias naturales para explicar algún aspecto del derecho ambiental o que, cuando tiene la formación necesaria, pone en operación el método de experimentación propio de este tipo de ciencias para alcanzar sus objetivos explicativos.²⁵

Este modelo toma diversas formas en la práctica de la investigación del derecho ambiental.²⁶ Por un lado, el investigador que se concentra en la sociología del derecho ambiental busca, por ejemplo, evidenciar las razones por las cuales una norma ambiental tiene contenidos específicos mediante el análisis de los intereses, interacciones y poder de los operadores jurídico-políticos relevantes, entre otros, compañías mineras nacionales y multinacionales, organizaciones no gubernamentales, legisladores y miembros de la rama ejecutiva. El investigador del derecho ambiental precisa los procesos de negociación e imposición de los puntos de vista de los operadores jurídicos por medio de entrevistas a los representantes relevantes de cada uno de los grupos de interés. Esta información permite articular una narrativa que da cuenta del balance de poder que determinó que las normas jurídicas ambientales que son objeto de estudio fueran redactadas y aprobadas como finalmente lo fueron.

El investigador que se concentra en la antropología del derecho ambiental, por el otro lado y siguiendo con los ejemplos, hace uso de la etnografía para precisar la manera como los burócratas de niveles bajos y medios de la jerarquía estatal procesan las licencias ambientales. Estas etnografías, un método de investigación que se origina en la antropología,

²⁴ OWEN, D. y C. NOBLET, "Interdisciplinary Research and Environmental Law", en 41 *Ecology L. Q.* 887, 2015, p. 905.

²⁵ MCELDOWNEY, J. y S. MCELDOWNEY, "Science and Environmental Law: Collaboration across the Double Helix", en 13 *Envtl. L. Rev.* 169, 2011; ANGELO, M. J., "Harnessing the Power of Science in Environmental Law: Why We Should, Why We Don't, and How We Can", en 86 *Tex. L. Rev.* 1527, 2008.

²⁶ OWEN, D. y C. NOBLET, *op. cit.*, p. 904.

permiten dar cuenta de la diferencia entre las normas ambientales de papel y las normas ambientales en acción. Las microdecisiones que toman estos burócratas son las que determinan la rapidez del proceso y la decisión sobre el otorgamiento o la denegación de la licencia ambiental. El punto de partida del investigador ambiental en este caso, por tanto, es que las interpretaciones que hagan estos burócratas de la ley ambiental son las que determinan cuáles son los verdaderos derechos y obligaciones de aquellos individuos o empresas que solicitan una licencia ambiental. Este tipo de investigación permite también entender las estructuras y dinámicas internas de las burocracias ambientales que constituyen a un Estado liberal de derecho.

Finalmente, el investigador del derecho ambiental que se concentra en el análisis económico del derecho tiene como objetivo, entre otros, explicar por qué los incentivos económicos articulados por el derecho, haber bajado los impuestos o promovido subsidios para las empresas, por ejemplo, no fueron efectivos para disminuir la contaminación ambiental en un país determinado.²⁷ Este investigador del derecho ambiental recoge información empírica cuantitativa que le permita explicar por qué estos mecanismos no hicieron que las empresas bajaran los niveles de contaminación en sus procesos productivos o procesaran más eficientemente sus residuos contaminantes antes de vertirlos en el ambiente.

Las consecuencias positivas que genera este tipo de investigación son notables. El modelo de la explicación permite entender de manera precisa las fuentes materiales o la eficacia del derecho ambiental.²⁸ El derecho ambiental, por tanto, no se piensa como un subsistema cerrado que no interactúa (o interactúa marginalmente) con otros sistemas normativos.²⁹ El derecho ambiental, asume el modelo, tiene características particulares y funciona de una determinada manera, en parte, por sus intercambios con otros campos como la moral, la cultura y la economía. En segundo

²⁷ Los trabajos sobre análisis económico del derecho ambiental incluyen: VELENTZAS, J. E., K. K. SAVVIDOU y G. K. BRONI, "Economic analysis of environmental law: pollution control and nuisance law", en 8 *Journal of International Trade Law and Policy* 3, 2009; WESTIN, R. A., "Understanding Environmental Taxes", en 46 *Tax Law* 327, 1993; SUNSTEIN, C. R., "The Arithmetic of Arsenic", en 90 *Geo. L. J.* 2255, 2001.

²⁸ FISHER, E. *et al.*, "Maturity...", *op. cit.*

²⁹ OWEN, D. y C. NOBLET, *op. cit.*, p. 904.

lugar, el carácter interdisciplinario del modelo enriquece la investigación del derecho ambiental.³⁰ Los vínculos causales entre los fenómenos sociales y naturales y el derecho ambiental, además, se hacen explícitos por medio del uso de métodos rigurosos que provienen de las ciencias sociales o naturales.³¹ El uso en el derecho ambiental de conceptos sustantivos que provienen de otras disciplinas, entre otros, el concepto de anomia, la relación unidireccional o bilateral entre cultura y derecho y la noción de eficiencia, lo enriquecen de manera considerable.³² La interdisciplinariedad metodológica y la fertilización cruzada entre los contenidos del derecho y los contenidos de las ciencias sociales y naturales, por tanto, permiten variar y complementar el examen que se hace del derecho ambiental.³³ Una y otra aumentan las herramientas teóricas y de investigación con las que el investigador del derecho ambiental se acerca a su objeto de estudio.³⁴

No obstante, el costo que paga el investigador del derecho ambiental que pone en operación el modelo de la explicación no es despreciable.³⁵ El modelo oscurece el contenido y las prácticas jurídicas, oscurece las estructuras conceptuales y las dinámicas internas del derecho.³⁶ El

³⁰ OWEN, D. y C. NOBLET, *op. cit.*, pp. 892-895.

³¹ FARBER, D. A., "Probabilities Behaving Badly: Complexity Theory and Environmental Uncertainty", en 37 *U. C. Davis L. Rev.* 145, 2003; OWEN, D., "Mapping, Modeling, and the Fragmentation of Environmental Law", en *Utah L. Rev.* 219, 2013; RUHL, J. B., "Complexity Theory as a Paradigm for the Dynamical Law-and-Society System: A Wake-Up Call for Legal Reductionism and the Modern Administrative State", en 45 *Duke L. J.* 849, 1996.

³² SMITS, J. M., *The Mind...*, *op. cit.*, pp. 22-28.

³³ OWEN, D., "Critical Habitat and the Challenge of Regulating Small Harms", en 64 *Fla. L. Rev.* 141, 151-52, 170-72, 2012.

³⁴ SMITS, J. M., *The Mind...*, *op. cit.*, pp. 22-28.

³⁵ Sobre las desventajas de la interdisciplinariedad en la investigación jurídica, ver LEITER, B., "Intellectual Voyeurism in Legal Scholarship", en 4 *Yale J. of L. & the Humanities*, 1992; NUSSBAUM, M., "The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education", en 45 *Stan. L. Rev.* 1627, 1641-1643, 1993; COLLIER, C., "The Use and Abuse of Humanistic Theory in Law: Reexamining the Assumptions of Interdisciplinary Legal Scholarship", en 41 *Duke L. J.* 191, 1991; VICK, D. W., "Interdisciplinarity and the Discipline of Law", en 31 *Journal of Law and Society* 163, 166-68, 2004. Para una descripción similar sobre los límites de la interdisciplinariedad en la investigación en derecho ambiental, ver PEDERSEN, O., "The Limits...", *op. cit.*

³⁶ KY SAR, D. A., *Regulating From Nowhere: Environmental Law and the Search for Objectivity*, New Haven, Yale University Press, 2010.

modelo de la explicación se aleja del adentro del derecho ambiental para concentrarse en lo que está afuera de él. Los elementos extrajurídicos, sociológicos, antropológicos, económicos, entre otros, son los que dan cuenta del derecho ambiental³⁷ o permiten alcanzar los objetivos que este querría materializar. Para entender el derecho ambiental hay que ir afuera del derecho ambiental. Así, si el modelo sistematizador no presta ninguna atención a lo que está afuera del derecho ambiental, el modelo de la explicación presta poca atención a aquello que está dentro del mismo.

Finalmente, el modelo de la explicación corre el riesgo de generar una investigación jurídica del derecho ambiental tan especializada que excluya de la discusión a aquellos que no tienen una formación avanzada en la ciencia social o natural con la que se entrecruza para alcanzar sus objetivos.³⁸ Esta, sin embargo, no es una consecuencia necesaria del modelo. El análisis económico del derecho ambiental, por ejemplo, puede crear una fuerza centrífuga que margine de la discusión, y de los procesos de tomas de decisiones, a aquellos ciudadanos, abogados practicantes y académicos del derecho que no conocen los modelos econométricos, las estructuras matemáticas en las que se funda la economía y los presupuestos sustanciales de los que parte la macro y la microeconomía.³⁹ Explicar, por tanto, la relación entre derecho ambiental y naturaleza o realidad social pasa por un conocimiento especializado que concentra el poder en una parte de la ya elitista academia jurídica.⁴⁰

IV. CULTURA, DERECHO AMBIENTAL Y CRÍTICA

El modelo de la comprensión tiene como objetivo describir y analizar el derecho ambiental para entenderlo.⁴¹ No para sistematizarlo, modificarlo o explicarlo. El modelo puede tomar diversas formas, entre otras, la antropología interpretativa del derecho ambiental, la filosofía analítica

³⁷ SMITS, J. M., *The Mind...*, op. cit., p. 28.

³⁸ OWEN, D. y C. NOBLET, op. cit., pp. 905-907.

³⁹ ROY, E. D. et al., "The Elusive Pursuit of Interdisciplinarity at the Human-Environment Interface", en 63 *BioScience* 745, 2013.

⁴⁰ TUSHNET, M., "Legal Scholarship (1): In the Law Reviews", en 3 *Journal of Law (3 the post)* 303, 2013.

⁴¹ SMITS, J. M., *The Mind...*, op. cit., pp. 32-34.

del derecho ambiental y los estudios culturales del derecho ambiental. El modelo, por tanto, usualmente genera productos académicos con un alto grado de generalidad y un alto contenido teórico.⁴² En este texto, por razones de espacio, me concentro solo en una de estas perspectivas: los estudios culturales del derecho ambiental. Esta perspectiva se basa en la premisa de que el derecho ambiental es una parte de la cultura, no su consecuencia.⁴³ El derecho ambiental, para este modelo, no es un epifenómeno de la cultura. El derecho ambiental hace parte del horizonte de perspectivas dentro del cual estamos inmersos. Este horizonte es un mundo de significado que a la vez heredamos y construimos:⁴⁴ ya existe cuando llegamos al mundo; no deja de existir cuando desaparecemos. De hecho, cuando nacemos estamos ya constituidos por este horizonte de significados: nos describimos e interactuamos con el mundo mediante sus categorías. Nuestras identidades, el significado que le damos al mundo, las formas en que nos relacionamos con la realidad exterior no existen por fuera de este horizonte de significados. El mundo, claro, existe como materialidad, con independencia de estas categorías. Sin embargo, existe como entidad sin significado. La cultura, y el derecho ambiental como parte de esta, articula las narrativas mediante las cuales respondemos a preguntas clave para nuestra existencia como: ¿quiénes somos?, ¿qué hacemos?, ¿qué debemos hacer? y ¿qué hemos vivido?

El modelo de la comprensión busca hacer explícitas las condiciones de posibilidad del mundo que habitamos. En particular, busca describir y examinar la manera como el derecho ambiental construye nuestra imaginación y, por tanto, la manera como el derecho ambiental construye el mundo que ocupamos.⁴⁵ En esta medida, el modelo de la comprensión es una empresa crítica desde un punto de vista kantiano: busca hacer explícitas las condiciones de posibilidad del mundo que ocupamos y ayudamos a construir; busca describir los ejes y las fronteras hasta donde

⁴² SMITS, J. M., *The Mind...*, *op. cit.*, pp. 32-34.

⁴³ KAHN, P., "Comparative Constitutionalism in a New Key", en *101 Michigan Law Review* 2, 2677, 2003.

⁴⁴ KAHN, P., *The Reign of Law: Marbury V. Madison and the Constitution of America*, New Haven, Yale University Press, 1997.

⁴⁵ KAHN, P., "Freedom, Autonomy, and the Cultural Study of Law", en *13 Yale Journal of Law & the Humanities* 141, 2001.

llega esta forma de experimentar el mundo.⁴⁶ No obstante, también es una empresa crítica en otro sentido: busca hacer explícitos los horizontes ideológicos que posibilitan la existencia de esos mundos de significado.

En el derecho ambiental, el modelo de la comprensión contribuye, por ejemplo, a hacer explícitas y analizar las condiciones de posibilidad del antropocentrismo y el biocentrismo que históricamente han sustentado o cuestionado al derecho ambiental occidental. Esta genealogía de los fundamentos del derecho ambiental puede llevar, entre otras cosas, a explorar la relación que existe entre la naturaleza y el ser humano en el contractualismo, en cuanto forma paradigmática de fundamentación del Estado moderno. El contractualismo, siguiendo con el ejemplo, entiende que en el estado de naturaleza la relación entre el ser humano y la naturaleza tiene características particulares. La naturaleza es una creación divina, los recursos que contiene son limitados pero abundantes y todos los seres humanos tienen igual derecho de apropiarse de estos recursos para su supervivencia. Los ecos religiosos en el contractualismo son, por tanto, poderosos. Categorías como creador-creatura, edén y maná, igualdad de las creaciones de la divinidad y naturaleza como instrumento para satisfacer las necesidades humanas están todas presentes en su narrativa. La forma por excelencia de fundamentar secularmente el Estado moderno se entrecruza con el cristianismo. Las huellas de la teología cristiana aparecen en esta etapa central del derecho moderno en general, y el derecho ambiental en particular. El paso al estado civil en el contractualismo, además, debe darse porque no hay un tercero imparcial que sea capaz de resolver los conflictos que surgen en torno a los recursos naturales. La naturaleza es una fuente de conflicto, aunque no la única, en el contractualismo moderno.

Las categorías que conforman el derecho ambiental son, para el modelo de la comprensión, redes conceptuales que constituyen la base de las narraciones con las que construimos nuestras identidades individuales y colectivas.⁴⁷ Estas identidades no existen con anterioridad a las categorías y las redes que estas entretienen; estas categorías, además, no existen como mónadas en un mundo de las ideas abstracto y universal. No existen como unidades aisladas: construyen y dan sentido a la realidad

⁴⁶ KAHN, P., *The cultural...*, *op. cit.*, pp. 34-35.

⁴⁷ KAHN, P., *The cultural...*, *op. cit.*, pp. 102-106.

que habitan los seres humanos mediante su entrecruzamiento; mediante la construcción de narraciones que buscan persuadir al otro, y a nosotros mismos, sobre el valor del mundo jurídico de significados en el que estamos inmersos.

El modelo de la comprensión, en consecuencia, nos puede ayudar a entender, por ejemplo, en qué sentido el nuevo derecho ambiental constitucional latinoamericano, que se articula paradigmáticamente en las constituciones de Bolivia y Ecuador, al mismo tiempo se nutre y se distancia del constitucionalismo moderno.⁴⁸ Nos pueden ayudar a comprender cuáles son los tipos de sujeto que crea, así como la historia y geografía que estos habitan. Así, hace explícito y analiza la manera como los principios de plurinacionalidad e interculturalidad reinterpretan el sujeto colectivo que es la comunidad política.⁴⁹ Esta reinterpretación, que al mismo tiempo recoge y se aleja de los conceptos de nación, pueblo y cultura que hacen parte de la gramática del constitucionalismo moderno,⁵⁰ fundamenta la construcción de la naturaleza como un sujeto de derechos y la inclusión del principio de buen vivir en las constituciones de estos dos países andinos.

El buen vivir imagina la naturaleza de manera holística y biocéntrica; la imagina construida por los principios de relacionalidad, complementariedad, equilibrio y reciprocidad.⁵¹ La naturaleza emerge entonces como

⁴⁸ APARICIO, M., "Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las constituciones del Ecuador y Bolivia", en 9 *Revista General de Derecho Público Comparado* 1, 2011.

⁴⁹ GREGOR, C., "Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza", en 59 *Latinoamérica* 9, 2014; LALANDER, R., "Entre el ecocentrismo y el pragmatismo ambiental: Consideraciones inductivas sobre desarrollo, extractivismo y los derechos de la naturaleza en Bolivia y Ecuador", en 6 *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 109, 146-148, 2015; ZIMMERER, K., "The Indigenous Andean Concept of "Kawsay", the Politics of Knowledge and Development, and the Borderlands of Environmental Sustainability in Latin America", en 127 *PMLA* 3, 2012; GUDYNAS, E., "La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador", en 32 *Revista de Estudios Sociales* 34, 2009; ÁVILA, R., *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011.

⁵⁰ Para un análisis de la interpretación tradicional liberal de estos conceptos, ver MCNEILL, W., *Polyethnicity and National Unity in World History*, Toronto, University of Toronto Press, 1986.

⁵¹ LLASAG FERNÁNDEZ, R., "El *sumak kawsay* y sus restricciones constitucionales", en 12 *Revista de Derecho UASB*, 2009.

un sujeto análogo al sujeto de derechos individual; el ser humano antes que derechos tiene obligaciones frente a la naturaleza y tiene una relación no de dominación sino de igualdad con el resto de seres orgánicos y entes inorgánicos que la conforman.⁵² El fin de esta investigación no es entonces sistematizar la doctrina ambiental ecuatoriana o boliviana, tampoco criticarla y reformarla. El modelo no tiene como objetivo contribuir a que la legislación ambiental sea un subsistema más coherente o más justo o contribuir a la solución de casos ambientales difíciles. Todos estos son objetivos válidos. Sin embargo, son fines que parten de un compromiso con el objeto de estudio, que creen que este tiene valor y que es necesario reproducirlo. El modelo de la comprensión valora la distancia entre los académicos y el objeto de estudio no porque les permita capturar la verdad absoluta o anular su carácter perspectivo, sino porque la distancia les da libertad con respecto a las prácticas y creencias que están examinando.

El propósito del proyecto de investigación sería hacer explícitas las causas por las cuales las asambleas constituyentes de Bolivia y Ecuador articularon este nuevo derecho ambiental constitucional. El modelo de la comprensión, en consecuencia, no persigue los fines que quieren alcanzar las ciencias sociales que tienen la cultura como su objeto de estudio, la sociología y la antropología, por ejemplo; no busca ofrecer un conjunto de razones explicativas que permitan entender cómo la cultura del derecho ambiental llegó a ser lo que es; no busca hacer explícitas relaciones de causa y efecto. Este tipo de razones son útiles para iluminar los fenómenos externos que determinan la construcción de la cultura del derecho ambiental. No obstante, no permiten comprender sus contenidos sustantivos. Más bien, el objetivo de la investigación que pone en movimiento el modelo de la comprensión es entender el mundo de significado que crea el derecho ambiental constitucional de Ecuador y Bolivia. El tipo de sujetos, geografías e historia que crea esta cultura del derecho ambiental.

El modelo de la comprensión, en consecuencia, no se sirve de los métodos empíricos de investigación para precisar las razones por las

⁵² LALANDER, R., "Rights of nature and the indigenous Peoples in Bolivia and Ecuador: a Straitjacket for Progressive development Politics?", en *3 Iberoamerican Journal of Development Studies* 148, 2014.

cuales la cultura del derecho ambiental tiene unas características y no otras.⁵³ No se sirve de la estadística, las encuestas o las entrevistas estructuradas para mostrar las variables externas que dan cuenta de los elementos internos o de las dinámicas que constituyen la cultura del derecho ambiental. No gira en torno a la recolección e interpretación de información cuantitativa. Es una práctica interpretativa humanista que examina la manera como la cultura del derecho ambiental construye un mundo de significado.⁵⁴ El modelo de la comprensión no cree que se pueda dar cuenta de una cultura, en particular, de la cultura del derecho ambiental, apuntando hacia algo que está fuera de ella.⁵⁵ Los contenidos de la cultura del derecho ambiental se entienden adentrándose en sus redes conceptuales. El modelo de la comprensión quiere entender este conjunto de creencias y prácticas en sus propios términos; quiere hacer una descripción densa de las redes de significado que estas construyen.⁵⁶ La aspiración del modelo de la comprensión, después del proceso de libre autoexamen que requiere la suspensión temporal de nuestros compromisos con el derecho ambiental, es que comprendamos mejor quiénes somos: qué tipo de individuos y colectividades hemos construido; qué tipo de sujetos hemos hecho de nosotros mismos.

El modelo de la comprensión, además, entiende que lo micro y lo macro se entrecruzan.⁵⁷ En esta medida, cuando analiza una institución del derecho ambiental particular considera que puede encontrar algunos de los elementos generales centrales de la cultura del derecho ambiental. El modelo de la comprensión tiende, por tanto, a centrarse en el análisis de algunos pocos productos del derecho ambiental. El macrocosmos del subsistema jurídico aparece en el objeto jurídico ambiental particular. La descripción y análisis del derecho ambiental moderno como antropocentrista y como cristianismo secularizado, por ejemplo, no surge de un

⁵³ KAHN, P., "Prólogo a la edición en español", en KAHN, P., *El análisis cultural del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2014, p. 11.

⁵⁴ BONILLA, D., "El análisis cultural del derecho. Entrevista a Paul Kahn", en *46 Isonomía* 131-154, 2017.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ GEERTZ, C., *The Interpretation of Cultures*, New York, Basic Books, Inc., Publishers, 1973.

⁵⁷ *Ibid.*

análisis de todos los materiales jurídicos que pueden ser descritos como parte de este conjunto normativo. Son demasiados documentos jurídicos, están demasiado dispersos, son muy diversos y tienen fuentes heterogéneas. Surge más bien de la interpretación de, por ejemplo, aquellos materiales jurídicos que lo representan paradigmáticamente o de las construcciones teóricas centrales que lo fundamentan.

La fortaleza de esta perspectiva, la distancia que crea frente a su objeto de estudio, es al mismo tiempo su debilidad: el modelo no tiene como objetivo transformar la realidad ambiental.⁵⁸ En un mundo ambiental tan profundamente injusto y deteriorado como el nuestro, esta característica de la perspectiva de la comprensión se presenta entonces como uno de sus límites. Una segunda debilidad del modelo es que al centrarse en la urdimbre de significados que constituye el derecho ambiental pierde de vista las condiciones materiales que lo determinan. El modelo, por tanto, no es capaz de dar cuenta de las relaciones y balances de poder que lo construyen. No puede ayudar, además, a entender quiénes ganan y quiénes pierden con la distribución de recursos escasos que genera el derecho ambiental. Finalmente, el modelo no genera productos de conocimiento que puedan ayudar de manera directa a quienes están inmersos en la práctica del derecho ambiental. Entender las geografías conceptuales que crea el derecho ambiental, por ejemplo, es irrelevante para aquellos que quieren usarlo en el litigio, las empresas o la política.

CONCLUSIÓN

La investigación del derecho ambiental se estructura alrededor de cuatro ideales: sistematizar, reformar, explicar y comprender. Cada uno de estos modelos hace explícitos y examina aspectos distintos del discurso y la práctica jurídicos. Los modelos de la sistematización, la reforma y la comprensión se concentran en aspectos distintos del derecho ambiental. El investigador sistematizador y el reformista quieren acercar el derecho que "es" al derecho que debe ser, quieren hacer que el derecho ambiental sea la mejor versión de sí mismo. El primero quiere hacer que su

⁵⁸ Sobre la naturaleza normativa y prescriptiva del derecho ambiental y la investigación en derecho, ver PEDERSEN, O., "The Limits...", *op. cit.*, p. 12; PEDERSEN, O., "Modest...", *op. cit.*; RUBIN, E. L., "The Practice...", *op. cit.*, pp. 1847-1853.

estructura conceptual sea ordenada, clara y precisa; el segundo, que sus reglas y principios se interpreten o se transformen de manera que se ajusten a los ideales de justicia que el subsistema promueve. El modelo de la comprensión quiere entender y analizar el punto de vista interno de un miembro de la práctica o quiere describir y analizar sus estructuras básicas; quiere entender el entramado de significados que da sentido al mundo en el que el sujeto jurídico habita. En contraste, el modelo de la explicación enfatiza en el afuera del derecho, en aquello que hace que el derecho sea como es (sus causas). La investigación del derecho ambiental, por tanto, es múltiple. Cada una de estas cuatro aproximaciones contribuye de manera distinta a la comprensión del objeto de estudio común. Cada una, sin embargo, tiene deficiencias que deben hacerse explícitas y que deben ser discutidas por la comunidad de investigadores que estudia el derecho ambiental.

Fecha de recepción: 3-5-2018.

Fecha de aceptación: 10-10-2018.