

Legal |  
Opinión | Artículo 1 de 1

# Comentarios críticos al modelo regulatorio ambiental de la propuesta de nueva Constitución: la lamentable ausencia de la sociología legal

"...Es al mismo tiempo un texto político y jurídico, pero, especialmente, es un texto que facilita interacciones sociales que van más allá de lo político institucional, y para ello es indispensable aplicar macroteorías sociales que nos permitan entender la relación entre derecho y sociedad. Lamentablemente, el texto bajo análisis parece haber hecho caso omiso de los logros de la sociología legal de los últimos 50 años..."

Lunes, 29 de agosto de 2022 a las 12:51



A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

## Jaime Ubilla

La regulación ambiental en el siglo XX avanzó desde una *primera generación* de instrumentos tradicionales de derecho intervencionista o de comando y control a una *segunda generación* de instrumentos de incentivos económicos (Ackerman & Stewart 1985), luego a una *tercera generación* de mecanismos participativos y de consenso (Orts & Deketelaere 2001) y finalmente está avanzando a una *cuarta generación* de instrumentos postregulatorios de derecho responsivo o reflexivo (Teubner, Farmer, 1994), a que nos referimos abajo.

En base a diversas perspectivas de sociología legal se sostiene que las limitaciones de las citadas primeras tres generaciones derivan de que incorrectamente asumen (i) la disponibilidad —y capacidad de procesamiento— de conocimiento social y ecológico, y (ii) la causalidad lineal entre regulación y cambio social (Ubilla, 2016, ch.4).

Estas limitaciones son la base de lo que se ha denominado el fracaso



del derecho o trilema regulatorio (Teubner, 1987, 1988), que es patente en diversas áreas del derecho ambiental, incluido el derecho de la conservación de biodiversidad (Ubilla, 2016, ch.5).

Para enfrentar estos fracasos regulatorios, la sociología jurídica ha dado origen a varios enfoques postregulatorios que asumen que el control externo directo y lineal de la sociedad a través del derecho ha llegado a su límite. Los defensores de estos enfoques proponen el desarrollo de modelos “responsivos”, estrategias “contextuales” y “reflexivas” para hacer frente a la complejidad social y la incertidumbre. Entre estos destaca el modelo de racionalidad reflexiva (Teubner, 1983), que plantea la implementación de mecanismos indirectos que faciliten la comunicación entre derecho y sociedad (información e interferencia), capaces de procesar mayor complejidad social y ecológica, evitando distinciones binarias reduccionistas de racionalidad material o sustantiva propias del derecho intervencionista tradicional.

No obstante esto, vemos en la propuesta constitucional el regreso a instrumentos regulatorios coincidentes con la mencionada primera generación de intervencionismo en base a racionalidad material, a lo cual se agrega que las normas e instrumentos propuestos no fueron objeto de estudios respecto de sus potenciales efectos sociales.

A modo de contexto general, uno de los elementos más llamativos de la propuesta constitucional es que omitieron considerar adecuadamente el Enfoque Ecosistémico que, como enfoque no antropocéntrico, es una estructura normativa central del derecho ambiental global y chileno desde 1995, gracias a la Convención de Diversidad Biológica (Enfoque por Ecosistemas, 2004).

Sin embargo, su análisis fue omitido y puede incluso sostenerse que las referencias a ecosistemas en la propuesta constitucional han trastocado la noción del Enfoque Ecosistémico de la CDB, pues bajo este se promueve facilitar una gestión y una complejidad regulatoria multinivel, de diversos instrumentos de gestión de ecosistemas y no simplemente imponer instrumentos de racionalidad sustantiva o material, como la distinción binaria entre bienes privados y bienes comunes, que ha sido además insuficiente para prevenir la crisis ambiental en los sistemas legales donde se ha implementado de una u otra manera por siglos.

En el proceso de discusión incluso se propuso declarar todas las funciones ecosistémicas como bienes comunes (Ezio Costa, 2021, p. 121), lo cual incluía también las funciones de provisión (p.ej. fruta, madera, etc.), lo cual implicaba una expropiación de la facultad de goce del dominio de todos los inmuebles de Chile. En definitiva, esta propuesta fue excluida, pero la racionalidad material se siguió manifestando en la declaración de todos los bosques nativos de Chile como bienes comunes —para efectos de su regulación—, sin que esto tampoco fuera estudiado en sus efectos sociolegales y los efectos ambientales consiguientes.

Hay numerosos casos de la misma racionalidad, cuyos efectos sociales no fueron estudiados, a modo ejemplar:

1. La noción de custodia pública de la naturaleza, que se liga inadecuadamente a la noción de bienes comunes, contradiciendo las *tendencias no-propietarias* —no se vinculan a categorías de propiedad— más recientes de la custodia de la naturaleza del derecho comparado (Joseph Sax, 1970). La combinación y enlace directo entre la custodia y los bienes comunes transforma con claridad a esta norma en un instrumento de “comando y control”.

2. La noción de derechos de la tierra, que es contradictorio con el Enfoque Ecosistémico, pues nuevamente separa a la naturaleza y al ser humano, y porque traduce nociones de cosmogonías pre modernas al lenguaje moderno y binario de los derechos.

Una Constitución es al mismo tiempo un texto político y jurídico, pero, especialmente, es un texto que facilita interacciones sociales que van más allá de lo político institucional, y para ello es indispensable aplicar macroteorías sociales que nos permitan entender la relación entre derecho y sociedad. Lamentablemente, el texto bajo análisis parece haber hecho caso omiso de los logros de la sociología legal de los últimos 50 años.

*\* Jaime Ubilla Fuenzalida es doctor en Derecho (PhD) por la Universidad de Edimburgo, Reino Unido; máster (M.A.) en Derecho por la Universidad de Waseda, Japón; abogado de la Universidad de Chile; socio de Ubilla y Cía.; miembro de la World Commission on Environmental Law de la IUCN; profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica del Norte y director del Centro de Derecho de Conservación de Chile.*

---

## EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online