USAID | PANAMA
FROM THE AMERICAN PEOPLE

ESTRUCTURALISMO NORMATIVO:

PENSANDO EN UNA INGENIERÍA JURÍDICO-INSTITUCIONAL

PROGRAMA FORESTAL COMUNITARIO EN DARIEN USAID/FCD

ANTONIO ANDALUZ WESTREICHER

Septiembre 28, 2011

USAID | PANAMA
FROM THE AMERICAN PEOPLE

Septiembre 28, 2011

El contenido de esta publicación es solo responsabilidad de Antonio Andaluz Westreicher y no necesariamente refleja las opiniones de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos de América o del Gobierno de los Estados Unidos. Parte de este estudio ha sido posible gracias al apoyo del Pueblo de los Estados Unidos a través de la Agencia Internacional para el Desarrollo de los Estados Unidos de América

CONTENIDO

1 ESTRATEGIAS PARA LA ACCIÓN 1
1.1 Estado de situación 1
1.2 El estructuralismo normativo o solución jurídica estructural 1
1.2.1 Normas sustantivas acabadas 2
1.2.2 Normas reglamentarias y procesales 3
1.2.3 Activadores de la estructura jurídica 3
1.2.4 Autoridad competente 4
2 MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL PARA LA CONSERVACIÓN Y EL USO SOSTENIBLE DE LOS BOSQUES Y LAS TIERRAS FORESTALES 7
2.1 LA CONSTATACIÓN HISTÓRICA 7
2.1.1 La historia de los marcos legales e institucionales 7
2.2 El viejo sistema de órdenes y prohibiciones 7
2.3 Ni el Estado acata lo que el Estado ordena 8
2.4 De la revelación al desencanto: 418 años de letra muerta 9
2.4.1 El Decreto Busch 9
2.4.2 La sostenibilidad forestal: ideas antiguas de renovada ineficacia legal 9
2.4.3 Del Virrey Toledo a la Ley General Forestal de 1974 11
2.4.4 La Ley del Medio Ambiente 11
2.4.5 Resumen 12
2.5 EL PRINCIPIO DE INICIATIVA INSTITUCIONAL EN LA GESTIÓN AMBIENTAL 13
2.5.1 El Estado: titular de la gestión ambiental 13
2.5.2 Implicancias del principio 13
2.6 INEFICACIA HISTÓRICA DE LOS MARCOS LEGALES E INSTITUCIONALES EN MATERIA AMBIENTAL 14
2.6.1 El lenguaje del poder 14
2.6.2 Factores de ineficacia de la legislación ambiental 15
2.7 Conclusiones 29
2.8 BASE BIBLIOGRÁFICA 31
3 SEGURIDAD JURÍDICA E INCENTIVOS PARA PROMOVER LA INVERSIÓN PRIVADA EN EL SECTOR FORESTAL 33

3.1 BASES CONCEPTUALES 33
3.1.1 La faceta futurible del derecho 33
3.1.2 El primer acto de justicia es la seguridad jurídica 34
3.1.3 ¿Qué es seguridad jurídica? 35
3.2 Seguridad jurídica e incentivos a las inversiones 37
3.2.1 Titularidad clara del derecho 37
3.2.2 Plazo suficiente 38
3.2.3 Seguridad jurídica efectiva 39
3.3 Incentivos 39
3.3.1 Base doctrinal 39
3.3.2 Problemas prácticos 41

ESTRUCTURALISMO NORMATIVO:

Pensando en una ingeniería jurídico-institucional

La presente separata está conformada por partes relevantes de mi libro "Derecho Ambiental – Propuestas y ensayos" (UPSA, segunda edición, Santa Cruz de la Sierra, 2003). El objetivo es brindar las bases teóricas que faciliten al legislador y a la administración el trabajo de elaborar leyes y reglamentos pensando en sus elementos estructurales, a fin de que sean eficaces (se cumplan) porque son eficientes (están diseñados para cumplirse).

En primer lugar, históricamente es una mentira que alguna vez haya funcionado una ley. Lo que funciona o no funciona en la vida real son estructuras jurídico-institucionales. Consecuencia práctica: ciertamente el legislador y la administración deben tratar de formular de una manera estructuralista las leyes y reglamentos, respectivamente, pero también tener presente que el trabajo no termina con aprobar las leyes y reglamentos, pues, para que tengan en la sociedad el desempeño esperado al formularlos, se requiere que toda la estructura quede conformada. Así, por ejemplo, si la ley y el reglamento son sólidos, pero el marco institucional es débil o no existe, la ley y el reglamento se tornarán débiles o será como si no existieran.

El primer capítulo (páginas 1 a 6) son un extracto parte de mi ensayo "La misión jurídica Brundtland" y desarrolla la concepción del estructuralismo normativo y el balance que debe existir entre sus elementos.

La visión estructuralista en, el segundo capítulo "Marco legal e institucional para la conservación y el uso sostenible de los bosques y las tierras forestales" (páginas 7 a 32) consiste en la identificación de 7 factores de ineficacia legal (por qué las leyes no se cumplen), con los correspondientes remedios y consejos prácticos.

En el tercer capítulo "Seguridad jurídica e incentivos…" (páginas 33 a 42), el elemento estructural de análisis es la seguridad jurídica, como el primer incentivo y referente de gravitación de las políticas de Estado. Ahí están las bases conceptuales sobre el papel del estadista.

Antonio Andaluz Westreicher

Profesor de Derecho

I ESTRATEGIAS PARA LA ACCIÓN

1.1 Estado de situación

La regla universal de la legislación ambiental es su sistemática ineficacia. El remedio que se viene aplicando universalmente es la producción de más legislación ambiental, que resulta igualmente ineficaz.

Es ya un lugar común atribuir la sistemática ineficacia de la legislación ambiental a factores externos a la norma, tales como falta de voluntad política para hacer cumplir las leyes, falta de recursos económicos y humanos, falta de conciencia ecológica de los ciudadanos, etc. Ciertamente los factores exógenos juegan un papel importante en la mayor o menor eficacia de cualquier ley. Pero el punto es que cuando se somete cierta legislación ambiental a un nivel estrictamente jurídico de análisis, se puede constatar que en muchos casos la ineficacia de dicha legislación no es más que la lógica consecuencia de su ineficiencia normativa. En efecto, muchas leyes son conmovedoramente bellas por el discurso conservacionista que contienen, pero adolecen de la más absoluta miseria en su aspecto propiamente normativo. Son leyes que poseen alma de memorando y a veces hasta cuerpo de memorando. Tras su orfandad normativa, en algunos casos no llegan siquiera al simple "consejo del legislador" a que se refería Hans Kelsen en su "Derecho y Paz"[1]. O bien son instrumentos normativos elaborados desde la perspectiva y con las técnicas, supuestos y teorías de las escuelas tradicionales del Derecho.

De manera que, además de las lecturas sociológicas y antropológicas del fenómeno de la ineficacia de la legislación ambiental, es necesario hacer una interpretación estrictamente jurídica de dicho fenómeno, a fin de verificar el grado de idoneidad intrínseca de las estructuras normativas en cuanto tales y a partir de una teoría de Derecho Ambiental; vale decir, de una noción cabal de la naturaleza de los intereses ambientales y de teorías específicas para su tutela jurídica.

1.2 El estructuralismo normativo o solución jurídica estructural

Si se elaborara una matriz de evaluación de modo que se pudiera filtrar la legislación a fin de depurar las leyes inoperantes, la mayor parte de la legislación ambiental sería rechazada por carencia de estructura.

Con frecuencia el legislador parece olvidar que no es una ley la que opera socialmente, sino un sistema jurídico-institucional. El derecho es una realidad operante cuando llega a conformar una estructura que cuente con los siguientes elementos básicos:

---

[1] "Una norma sin sanción en una ley es tan sólo el consejo del legislador", KELSEN, Hans: "Derecho y Paz en las Relaciones Intencionales", Editora Nacional, México, 1974.

1.2.1 Normas sustantivas acabadas

Esto significa que las normas estén conformadas por un conjunto de supuestos de hecho a los que correspondan nítidamente determinadas consecuencias de derecho. Estas últimas pueden ser premios o castigos. Lo importante es que se sepa claramente cuál es el premio o el castigo y para qué acciones u omisiones.

Sólo en este nivel, gran parte de la legislación ambiental sería rechazada por el proceso de depuración, puesto que hay muchas normas como la siguiente: «Está prohibido hacer tal o cual cosa», donde «tal o cual cosa» son los supuestos de hecho, pero ni la fórmula en sí dice cuál es la consecuencia de derecho para el agente del supuesto, ni ésta ha sido claramente completada por otras normas. Con lo que podemos tener una montaña de legislación y ninguna norma jurídica.

En materia de legislación ambiental hay una manifiesta incapacidad para normar que, paradójicamente, corre en simultáneo con un criterio político de productividad legislativa.

No solamente en el reparto de castigos se da esta deficiencia, sino también en el de premios. Existen proposiciones cojas como "El Estado promoverá tal o cual cosa" o "A tal o cual cosa se brindará un trato preferencial de carácter tributario, crediticio, etc.", sin que jamás se llegue a establecer mediante la respectiva legislación complementaria o, en su caso, reglamentaria, el listado específico de premios, como podrían ser, formas concretas de promoción, relación puntual de incentivos, etc.

De manera que dichas normas no llegan propiamente a crear un marco jurídico. Y es que, bien vistas, no son propiamente normas jurídicas, es decir, derecho; sino más bien políticas para-normativas, esto es, la antesala del derecho.

Este fenómeno obedece en muchos casos simplemente a la ineptitud formulativa del legislador, que está de veras persuadido de que normar es declarar. Por ello, se propone como un rol del Derecho en tanto ciencia normativa, su participación *ex-ante* promulgación de la legislación ambiental a efecto de que mediante los instrumentos de su función formulativa transmute las políticas del legislador en normas jurídicas.

En otros casos, dichas declaraciones, a modo de grandes coordenadas para un ulterior desarrollo, resultan perfectamente pertinentes por encontrarse en las llamadas "leyes marco", que propiamente contienen políticas más que normas jurídicas, pero no llegan a operar en la práctica si no son desarrolladas por la legislación complementaria y reglamentaria. De aquí, una vez más, la importancia de las ONG como hilos conductores de la continuidad programática entre las políticas ambientales, la legislación ambiental y la administración ambiental.

A partir de una lectura de la legislación ambiental desde la óptica del estructuralismo normativo, resultará fácil decantar lo que son simples expresiones de deseos, de las políticas ambientales y las normas jurídicas.

En consecuencia, en la evaluación del paquete "normas sustantivas" deben incluirse las llamadas leyes marco, generales u orgánicas, las leyes complementarias y los reglamentos, a fin de extractar las normas jurídicas que la conforman, mediante el enlace de antecedentes de hecho y consecuencias de derecho que se logre detectar, tabular y calificar.

Una ley marco no operará eficientemente sin buenas leyes complementarias y éstas tampoco lo harán sin buenos reglamentos. Y todo el paquete no operará más eficientemente que la simple relación numérica de supuestos de hecho y consecuencias de derecho que se logre detectar en el universo de la legislación ambiental. Desde una lectura científica, la legislación ambiental, con abundante y ramificada que sea, no es más que la cantidad exacta de normas jurídicas que contiene. Todo lo demás es material excipiente: buenas intenciones, literatura.

1.2.2 Normas reglamentarias y procesales

Reglamentos y vías procesales que señalen con claridad el camino que debe seguir el activador para movilizar a la autoridad competente a la aplicación de la consecuencia de derecho. Si las normas reglamentarias y procesales no existen, simplemente la estructura no opera. Es como si todos los demás elementos no existieran. Si no son claras y expeditivas, la eficiencia operacional de la estructura se reduce correlativamente.

1.2.3 Activadores de la estructura jurídica

Ninguna estructura jurídica entra en movimiento sin un activador. Las estructuras jurídicas clásicas son activadas por agentes de interés directo inmediato (el acreedor, el estafado, etc.) o de interés directo mediato (el fiscal, el mandatario, el representante legal). En el caso de la legislación ambiental los intereses son difusos. En consecuencia, la regla general es que no existe un activador que actúe por generación espontánea. Por consiguiente, más allá de todo voluntarismo ingenuo, el legislador debería inventar modos de suplir tal ausencia[2].

Un método de análisis ideado para la Misión Jurídica Brundtland con el fin de determinar objetivamente el grado de vigencia social de las leyes, es el de verificar la cantidad de veces que la autoridad competente (AC) aplica dichas leyes.

Supongamos que el legislador "L" produce la norma "N" cuya vigencia social va a ser evaluada por la cantidad de veces que dicha norma sea aplicada por la autoridad competente "AC". Si se analiza la legislación ordinaria, se puede comprobar muy fácilmente que los aliados naturales del legislador "L" son los beneficiarios directos de la norma, que activan su aplicación ante la autoridad competente "AC". Así, por ejemplo, si la norma es de carácter civil y regula la indemnización por daños, se puede constatar que en el cien por ciento de los casos en que la autoridad competente efectúa su aplicación, el

[2] Nótese que muchas veces las acciones de tutela ambiental deben ser emprendidas contra el propio titular de un determinado recurso. Por ejemplo, el agricultor que ejecuta prácticas degradadoras de sus tierras, como erosión, salinización o compactación de sus suelos, destrucción de sus bosques protectores, etc. A título ilustrativo puede consultarse el documento "Intangibilidad y manejo de áreas agrícolas intangibles" incluido en este volumen.

activador de la norma es siempre el beneficiario directo, o sea el damnificado que reclama la correspondiente indemnización.

Si la norma es de carácter tributario, en el cien por ciento de los casos el activador será o bien la administración tributaria para reclamar el pago de un impuesto insoluto (activador procesal por ley), o bien el contribuyente para acogerse al beneficio tributario de que se trate o, desde luego, para defenderse de una carga tributaria que se le imputa. Lo mismo se puede decir de todas las normas de derecho penal, laboral, etc., en que la vigencia social de la norma, medida por la cantidad de veces que es aplicada por la autoridad competente, está en relación directa con la medida del interés que tengan sus beneficiarios directos.

En el caso de la legislación ambiental, cuyo objeto de tutela es la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales y el medio ambiente, debe idearse una técnica especial de normación, toda vez que, siendo el ambiente de interés general y por tanto de todos en términos teóricos pero de nadie a la hora de la práctica, la legislación ambiental carecerá en absoluto de vigencia social y eficacia si el legislador "L" no toma conciencia de que esta rama normativa carece de aquel inmenso ejército de aliados naturales que activen la legislación ambiental ante las autoridades competentes, por la sencilla razón de que tal legislación no regula intereses directos e inmediatos de las partes, sino intereses difusos y a veces imponderables. Es más, en el caso del patrimonio ambiental incardinado en los recursos asignados a los particulares, lo que menos se puede imaginar es que el propietario de una tierra sometida a prácticas degradatorias se denuncie a él mismo. De aquí se desprende, como una primera consecuencia, que el legislador "L" tendrá que inventar activadores o, mejor aún, sistemas de activación, e inclusive crear ficciones jurídicas. Por simples ejemplos: instituir los procuradores del ambiente, reconocer una suerte de personalidad jurídica a las futuras generaciones, legitimar activamente a organizaciones de defensa de la naturaleza, etc. El hecho es que el legislador ambiental debe tener presente que generalmente sus leyes no cuentan con activadores naturales y que por tanto deberá crearlos de una u otra manera.

1.2.4 Autoridad competente

Activada la estructura, es la autoridad competente la que aplicará la consecuencia de derecho prevista en la ley. Si la legislación no determina la autoridad competente con nitidez, no hay estructura. Por tanto, el derecho no opera. Si existen conflictos de jurisdicción y competencia no resueltos, la eficacia operacional de la estructura se reduce correlativamente, al igual que si la autoridad competente no se encuentra debidamente implementada para desarrollar todas las funciones que le encarga la ley. La aplicación de la Matriz de Evaluación permitirá al evaluador detectar rápidamente en qué parte del proceso se encuentra el cuello de botella.

En suma, el estructuralismo normativo o solución jurídica estructural plantea como una estrategia para la legislación ambiental, la perspectiva estructuralista en varios niveles:

a. Estructuralismo en el nivel de la legislación sustantiva, cuidando que dicha legislación posea de veras una naturaleza normativa, lo cual se determina mediante la correlación de

supuestos de hecho (acciones u omisiones) y consecuencias de derecho (premios o castigos).

b. Estructuralismo al ensamblar coherentemente el sistema conformado por: derecho sustantivo, normas reglamentarias y procesales, activadores procesales, órganos de aplicación; complementado por políticas explícitas de desarrollo sostenible y conservación, así como por mecanismos de difusión, educación ambiental y participación de la sociedad civil.

c. Estructuralismo en la selección y articulación simultánea y explícitamente concebida, debatida y decidida, de mecanismos sancionadores, disuasorios, promocionales, reparadores, compensatorios, educacionales, etc., de la legislación ambiental.

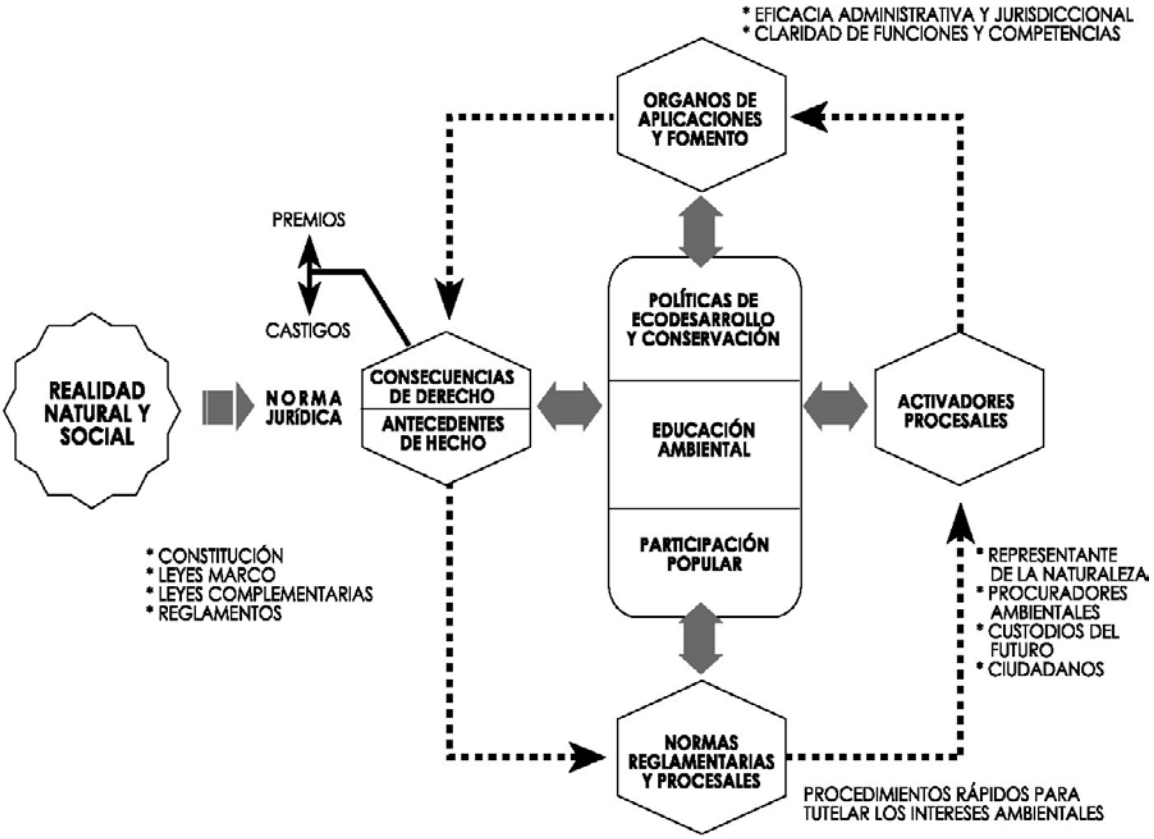
d. Estructuralismo normativo al tener presente, al momento de legislar, tanto los datos de realidad de la naturaleza cuanto los datos de realidad del conglomerado social destinatario de la norma, así como al cuidar que el sustrato extra-jurídico del material normativo parta de rigurosas bases, cálculos o prospecciones científicas.

e. Estructuralismo al propiciar soluciones integrales e integradas en lugar de soluciones unidimensionales o sectorializadas.

f. Estructuralismo al plantearse como tarea el seguimiento de la legislación ambiental desde el proceso de elaboración, hasta el de su implementación, ejecución y reformulación.

g. Estructuralismo a nivel del Derecho Ambiental Internacional, al tratar de convertir en estructuras operantes los aspectos declarativos de los tratados, convenciones, protocolos y demás instrumentos de derecho internacional, dotándoles de secretarias permanentes o pro-témpore, de fondos financieros, de equipos técnicos y científicos, de redes de organismos nacionales, binacionales, regionales, multilaterales o mundiales encargados de administrarlos.

La Misión Jurídica Brudtland toma como punto de partida y como marco conceptual general de la propuesta, la estrategia para la acción y las hipótesis de trabajo desarrolladas en este capítulo. Naturalmente, la propuesta inicial será reajustada y enriquecida en el proceso de ejecución del Proyecto por parte de los respectivos ejecutores nacionales.


* EFICACIA ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL
* CLARIDAD DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS
ORGANOS DE APLICACIONES Y FOMENTO
PREMIOS
CASTIGOS
POLÍTICAS DE ECODESARROLLO Y CONSERVACIÓN
REALIDAD NATURAL Y SOCIAL
NORMA JURÍDICA
CONSECUENCIAS DE DERECHO
ANTECEDENTES DE HECHO
EDUCACIÓN AMBIENTAL
ACTIVADORES PROCESALES
PARTICIPACIÓN POPULAR
* CONSTITUCIÓN
* LEYES MARCO
* LEYES COMPLEMENTARIAS
* REGLAMENTOS
* REPRESENTANTE DE LA NATURALEZA
* PROCURADORES AMBIENTALES
* CUSTODIOS DEL FUTURO
* CIUDADANOS
NORMAS REGLAMENTARIAS Y PROCESALES
PROCEDIMIENTOS RÁPIDOS PARA TUTELAR LOS INTERESES AMBIENTALES

2 MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL PARA LA CONSERVACIÓN Y EL USO SOSTENIBLE DE LOS BOSQUES Y LAS TIERRAS FORESTALES[3]

2.1 LA CONSTATACIÓN HISTÓRICA

2.1.1 La historia de los marcos legales e institucionales

Partamos de una constatación, tan ingrata como desalentadora: la historia de los marcos legales e institucionales para la protección de los bosques, es la historia de su fracaso.

Se comprende por qué la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo estableció en el principio 11 que: "Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente".

Tómese debida nota de la especificidad de la exhortación y la conciencia que ello implica, en el sentido de que el problema no consiste en la carencia de leyes, sino de leyes eficaces.

En consecuencia, un dato de realidad que deben tener presente los decisores políticos a la hora de legislar, es que mal harían si siguieran confiando en la promulgación de nuevas leyes, sin tratar de identificar, antes, y responder, después, a los factores históricos de ineficacia de las leyes anteriores.

2.2 El viejo sistema de órdenes y prohibiciones

Si confrontamos nuestras legislaciones forestales veremos que las disposiciones para la protección y el uso sostenible de los bosques ya estaban dadas desde hace décadas e inclusive siglos atrás, sin que se hayan cumplido elementalmente. Para referirnos sólo a un período reciente, ténganse en cuenta la Ley General Forestal de la Nación de Bolivia, D.L. 11686 del 13 de agosto de 1974, o la Ley Forestal y de Fauna del Perú, D.L. 21147 del 13 de mayo de1975.

Baste preguntarse dónde están los bosques de cedros que circundaban la ciudad de Sucre y que el Virrey Francisco de Toledo pretendió conservar mediante la Ordenanza del 05 de mayo de 1574.

Bien entendido está —decía la Ordenanza— *que si en todas las partes del reyno ay necesidad de poner orden en los montes y caminos, es en esta Provincia de Los Charcas... Por cuanto en torno de esta ciudad soy informado que se han cortado gran suma de cedros... ordeno e mando*

---

3 Conferencia expuesta en el Seminario-Taller para decisores políticos (ministros de Estado, senadores y diputados) con el fin de impulsar la aprobación de la Ley Forestal, Concepción, Santa Cruz, noviembre de 1995.

que ninguna persona después de la publicación de esta Ordenanza pueda cortar los dichos cedros sin lizencia de el Cavildo, Justicia e Regimiento….

¿"Ordeno e mando"? ¿Y quién monitoreará lo que "ordeno e mando"?

¿Se han percatado los políticos de lo fácil que resultaría gobernar si todo consistiera en "ordenar e mandar"? Resultaría tan fácil, que la política ya no sería el arte de gobernar y para gobernar ya no se requeriría de políticos.

Sin embargo, a más de cuatro siglos del fracaso del puro sistema de comando y control de Toledo —con su respaldo imperial y todo—, hoy nuestra legislación forestal y ambiental en general sigue obedeciendo sustancialmente al sistema del "ordeno e mando", vale decir, a la mera hipótesis de que el Estado puede, efectivamente, por la sola virtud del *ius imperium* que ostenta, comandar y controlar a toda la sociedad y, en particular, a todos los usuarios ambientales. La prueba de que las simples "órdenes de Ordenanza" no funcionaron, es que de los dichos bosques de Sucre hoy sólo queda el cedro milenario de la Recoleta, que los turistas van a contemplar como una gloriosa muestra de arqueología viviente.

2.3 Ni el Estado acata lo que el Estado ordena

Es más, históricamente, ni el propio Estado ha cumplido las órdenes del Estado en materia de bosques. Baste recordar los siguientes ejemplos:

• 19 de Diciembre de 1825: Que en todos los puntos en que el terreno prometa hacer prosperar una especie de planta mayor cualquiera, se emprenda una plantación, reglada por el Estado, hasta el número de un millón de árboles, prefiriendo los lugares donde haya más necesidad de ellos (Decreto dado en Palacio de Gobierno de Chuquisaca, el 19 de diciembre de 1825, por el libertador Simón Bolívar).

Comentario: El Estado no sólo no fue capaz de plantar árboles, sino tampoco de evitar la destrucción de los árboles que la naturaleza ya entregó plantados.

• 114 años después: Establécese la reforestación obligatoria en todo el territorio de la República, la que se llevará a cabo por las reparticiones del Ministerio de Agricultura, los prefectos y respectivas municipalidades. Institúyese premios de un mil bolivianos para toda persona que efectúe plantaciones de cinco mil árboles forestales como mínimo, que serán considerados cuando tengan dos años. (Artículos 9 y 12 del Decreto del 2 de agosto de 1939, dictado por el presidente Germán Busch).

Comentario: el mismo.

2.4 De la revelación al desencanto: 418 años de letra muerta

Analizar la historia de la legislación forestal de nuestros países resulta revelador, en la medida en que podemos encontrar en disposiciones muy antiguas los mismos fundamentos que se invocan hoy en defensa de los bosques; y conmovedor, en cuanto evidencian la "cultura del árbol" de que ya entonces estaban imbuidos sus autores. Pero también resulta desmoralizante, ya que nos hace perder la fe en el derecho como instrumento eficaz para tutelar el destino de los bosques. Y es precisamente en razón de este fracaso histórico que resulta imperativo, antes de producir una nueva legislación, tratar de identificar los factores de ineficacia de la legislación anterior y generar estrategias de respuesta.

2.4.1 El Decreto Busch

Por ejemplo, es revelador que el artículo 1 del Decreto del Presidente Germán Busch del 2 de agosto de 1939 ya dijera que los bosques sirven:

…para la regularización del clima, conservación de terrenos, corrección de torrentes, para regularizar el curso de los ríos…

En otra latitud, el Perú, el Decreto del 20 de noviembre de 1908 prohibía la destrucción de los árboles por la eficaz acción que ejercen las arboledas en la regulación del régimen hidrográfico y sobre las condiciones sanitarias del lugar en que se hallan implantadas.

De otro lado, que el Presidente Busch estaba imbuido de la cultura del árbol lo prueba el artículo 11 del Decreto de 1939:

Se instituye con carácter general en toda la República el 20 de agosto como "Día del Árbol". Los establecimientos de instrucción, así como las escuelas particulares y municipales efectuarán en ese día del árbol plantaciones con el fin de formar parques o avenidas.

Por su parte, el Art. 15 establecía que Las municipalidades quedan obligadas a iniciar plantaciones en los caminos de su jurisdicción con el minimum de 500 árboles por año.

Que todo esto se hubiese previsto en 1908 ó 1939 es, en efecto, revelador y conmovedor. Pero lo desmoralizante es que nada se haya cumplido.

2.4.2 La sostenibilidad forestal: ideas antiguas de renovada ineficacia legal

Asimismo, tanto el Decreto Busch como el Decreto del 6 de diciembre de 1939 del General Carlos Quintanilla, contenían ciertas prescripciones clave de carácter ecológico, silvicultural y de ordenamiento territorial, que aún hoy se siguen invocando como aspectos centrales en materia de conservación y uso sostenible de los bosques y las tierras forestales. Por ejemplo:

Corta y quema

Decreto Busch 1939:

•Prohíbese la roza a fuego en los terrenos declarados forestales, salvo los casos en que el Ministerio de Agricultura otorgue permisos especiales (artículo 6).

• El Ministerio de Agricultura faccionará los respectivos reglamentos para la explotación de los bosques y rozas a fuego (artículo 7).

Decreto Quintanilla, 1939:

• El derribe total de árboles con fines de habilitar campos de agricultura, sólo se efectuará previo permiso del Ministerio de Agricultura (artículo 2).

• Es atribución de los funcionarios de la Dirección General de Agricultura y Ganadería constituirse en el lugar donde se verifiquen explotaciones o rozas a fuego para controlar el cumplimiento del presente Reglamento (artículo 13).

Desde luego, todos sabemos que estas disposiciones no se cumplieron siquiera en un nivel elemental.

Treinta y cinco años más tarde, el Art. 56 de la Ley General Forestal de la Nación (D.L. 11686 del 13 de agosto de 1974) reiteró la disposición de que cuando las tierras forestales *sean convertidas en áreas de producción agropecuaria, se sujetarán a un previo estudio ecológico detallado.*

Cincuenta y dos años más tarde, las órdenes y prohibiciones se reiteran a través del D.S. 22884 —Reglamento de la Pausa Ecológica Histórica— del 03 de agosto de 1991:

• Queda prohibida la habilitación de áreas de uso agrícola o pecuario...en ecosistemas muy frágiles, únicos, clasificados como bosques de protección permanente... (artículo 19);

• Queda prohibido quemar praderas naturales o habilitar tierras para fines agropecuarios mediante quema incontrolada que provoque o pueda provocar incendios forestales (artículo 20);

• Se prohíbe el asentamiento campesino dentro de los bosques permanentes de producción, en bosques sujetos a planes de manejo y en áreas de aptitud forestal (artículo 65).

(Resérvese en memoria, para el apartado 3.2.4, que todas estas son protonormas, más que normas jurídicas propiamente dichas, ya que ninguna prevé consecuencias jurídicas concretas para los infractores; lo que constituye un factor de ineficacia).

Manejo forestal

El derribe de árboles (…) con fines de explotación maderera, se efectuará en forma de raleamiento… (Artículo 1 Decreto Quintanilla, 1939). Para los fines de explotación maderera, sólo podrá derribarse árboles que hayan llegado a su estado adulto, haciendo cortes sobre el cuello de la raíz... (Artículo 3 Decreto Quintanilla, 1939).

Es lo mismo que 38 años más tarde el Reglamento de la Ley General Forestal (D.S. 14459 del 25 de marzo de 1977, Anexo 3-B, cláusula sexta) denomina *diámetros mínimos de corte y altura máxima de tocón.*

Reservas ribereñas

En las orillas de los ríos, torrentes o regiones de naturaleza escarpada, susceptibles de erosiones por la acción de las aguas, prohíbese el corte de árboles... (artículo 5 del Decreto Quintanilla, 1939).

Cincuenta años más tarde, la R.M. 159/89 del 03 de julio de 1989 prohíbe deforestar a 500 metros por lado en los ríos del Chaco y del Oriente susceptibles de erosión e inundación, 100 metros por lado en los demás ríos, 20 metros por lado en los arroyos, etc.

Desde luego, ninguno de estos dispositivos se cumplió.

2.4.3 Del Virrey Toledo a la Ley General Forestal de 1974

Cuatrocientos años después de la Ordenanza de Toledo, la motivación central de la Ley General Forestal, D.L. 11686 del 13 de agosto de 1974, fue:

(…) nuestros recursos forestales constituyen un patrimonio nacional que debe aprovecharse en la más amplia gama de sus usos, manteniendo las superficies boscosas que la forman y la cual debe transmitirse acrecentada a las futuras generaciones, al declarar de expresa utilidad pública, asegurar la adecuada conservación, el racional aprovechamiento, la restauración, la propagación y la protección de la riqueza natural del país (Primer considerando).

Por su lado, el objetivo de los planes de manejo forestal, previsto en el Reglamento, fue asegurar *el rendimiento económico sostenido de los bosques naturales*, que las prácticas silviculturales propendan a *evitar la destrucción de la masa forestal y conservar el potencial productivo* (Artículos 50 y 51 del Reglamento de la Ley General Forestal, D.S. 14459 del 25 de marzo de 1977).

2.4.4 La Ley del Medio Ambiente

Cuatrocientos dieciocho años después de la Ordenanza de Toledo, la Ley del Medio Ambiente (1333 del 27 de abril de 1992) estableció que:

• La autoridad competente establecida por ley especial, en coordinación con sus organismos departamentales descentralizados, normará el manejo integral y el uso sostenible de los recursos del bosque para los fines de su conservación, producción, industrialización y comercialización... (artículo 46);

• Clasificará los bosques de acuerdo a su finalidad considerando los aspectos de conservación, protección y producción, asimismo valorizará los bosques y sus resultados servirán de base para la ejecución de planes de manejo y conservación de recursos... (artículo 47);

• Las entidades de derecho público fomentarán las actividades de investigación a través de un programa de investigación forestal orientado a fortalecer los proyectos de foresta-

ción, métodos de manejo e industrialización de los productos forestales. Para la ejecución de los mismos se asignarán los recursos necesarios (Art. 48);

• La industria forestal deberá aumentar el valor agregado de las especies aprovechadas, diversificando la producción y garantizando el uso sostenible... (Art. 49);

• Las empresas madereras deberán reponer los recursos maderables extraídos del bosque natural mediante programas de forestación industrial, además del cumplimiento de las obligaciones contempladas en los planes de manejo. Para los programas de forestación industrial en lugares diferentes al del origen del recurso extraído, el Estado otorgará los mecanismos de incentivo necesarios (Art. 50).

En cuanto a los artículos 46 y 47, *las autoridades competentes* no cumplieron los respectivos encargos, constituyendo un caso típico de abdicación y retardo en la facultad reglamentaria, que constituye un factor de ineficacia legal (punto 3.2.5.). En cuanto a los artículos 49 y 50, los incentivos deberían haber sido establecidos por la propia ley, cuando menos en lo que respecta al principio de legalidad tributaria; lo que constituye un factor de ineficacia por ineficiencia normativa (punto 3.2.4.).

2.4.5 Resumen

En suma, el solo hecho de que en nuestros días se venga debatiendo sobre la necesidad de un nuevo marco legal e institucional para la conservación y el uso sostenible de los bosques, es ya una prueba de que los marcos vigentes no han logrado cumplir sus objetivos.

Como se puede ver, entre las leyes antiguas y las modernas sobre bosques, hay dos puntos de coincidencia: por un lado, ambas establecen lo mismo; por otro, ambas no se han cumplido. De lo que los decisores políticos deberían colegir que no es por falta de leyes que la protección de los bosques y la sostenibilidad del manejo forestal no han sido alcanzadas en nuestros países; sino por falta de cumplimiento de las mismas.

En consecuencia, el desafío central del momento no puede ser otro que tratar de responder deliberadamente, en la nueva legislación, a los factores de ineficacia de la legislación preexistente. Para lo cual, por cierto, es menester tratar, previamente, de identificarlos.

2.5 EL PRINCIPIO DE INICIATIVA INSTITUCIONAL EN LA GESTIÓN AMBIENTAL

2.5.1 El Estado: titular de la gestión ambiental

El destino de los bosques y las tierras forestales depende en gran medida de la idoneidad y la eficacia de sus marcos legales e institucionales.

El concepto mismo de gestión ambiental implica el reconocimiento expreso de que el medio ambiente y los recursos naturales tienen que ser gestionados si deseamos contar con ellos como base sostenida para nuestra vida y nuestro bienestar, así como para la vida y el bienestar de las futuras generaciones.

Ahora bien, el titular de la gestión ambiental es el Estado, a través de sus poderes constituidos, únicos delegados de la soberanía del pueblo. Por tanto, si bien para el éxito de la gestión ambiental es indispensable la participación de la sociedad y, particularmente, de los usuarios ambientales, lo cierto es que el primer responsable de la gestión ambiental es el Estado; incluyendo la responsabilidad de promover y canalizar debidamente la participación social.

2.5.2 Implicancias del principio

El principio arriba enunciado quiere decir que si las instituciones del Estado no toman la iniciativa de gestionar el ambiente y los recursos naturales, es obvio que los dos factores de degradación ambiental seguirán avanzando, a saber, la contaminación ambiental y la depredación de los recursos naturales.

Este principio es absolutamente clave para el decisor político, porque le está diciendo que la gestión ambiental se quedará en el mero plano conceptual si las instituciones públicas no toman la iniciativa de instrumentarla y aplicarla de manera oportuna, idónea y eficaz.

Correlativamente, este principio nos está diciendo que, política y jurídicamente, los principales responsables del destino de la base de recursos naturales de un país —que es el destino del país mismo— son los decisores políticos, por inacción; en circunstancias en que la acción y la actitud proactiva deben constituir el acto político por excelencia.

Desde luego, en la inacción está incluida la falta de acciones oportunas para dotar al país de los correspondientes marcos legales e institucionales o corregir los que no estén cumpliendo efectivamente su papel de herramientas de gestión ambiental.

En suma, este principio contiene una verdad elemental: basta la inacción institucional del Estado para que la suerte de la base de recursos quede librada al espontaneismo de la población y de los particulares, que actuarán bajo las coordenadas de la necesidad, el desconocimiento, el desgobierno y el interés privado de corto plazo.

Por ejemplo, si las autoridades constituidas del Estado no toman la iniciativa de ordenar el territorio, asignar racionalmente los usos del espacio, elaborar programas de colonización, dirigir los flujos migratorios, brindar herramientas de protección a los titulares y

operadores de los recursos naturales, dotar de seguridad jurídica a los derechos de propiedad, uso y aprovechamiento, diseñar e implementar sistemas de incentivos y desincentivos como instrumentos básicos de gobierno y administración del patrimonio natural de la Nación, dotar al país del necesario ordenamiento jurídico (leyes y reglamentos adecuados y oportunos) y del indispensable marco institucional para la gestión ambiental, promover campañas de educación ambiental y conscienciación ecológica, etc., es obvio que la población seguirá ocupando bosques de protección, ecosistemas frágiles, bosques de producción forestal o parques nacionales; que no se respetarán reservas ribereñas ni cortinas de protección; que no se hará un manejo forestal auténticamente sostenible, una agricultura sostenible, etc.; y que, por consiguiente, el país se irá sumiendo progresivamente en el clásico drama de los hechos consumados, pudiendo inclusive llegar a tornarse inviable en el largo plazo o convertir a sus habitantes en refugiados ambientales.

De lo hasta aquí dicho, queda claro que (a) la gestión ambiental es la precondición del desarrollo sostenible, (b) que constitucionalmente el titular de la gestión ambiental es el Estado, (c) que para la conservación y el uso sostenible de la base de recursos naturales el Estado debe actuar bajo el principio de iniciativa institucional en la gestión ambiental, y (d) que una de las iniciativas prioritarias debe consistir en dotar al país de los marcos legales e institucionales idóneos para la gestión de los recursos naturales, particularmente de los bosques y tierras forestales, porque constituyen el elemento esencial del patrimonio natural, por ser la mayor cuna de diversidad biológica y la mayor fuente de servicios ambientales.

En lo que sigue, trataremos de brindar algunas luces para el diseño e implementación de marcos legales e institucionales idóneos; no sin antes advertir que es ésta una problemática compleja, vigente en todos los países de la Tierra y que su solución a largo plazo pasará por un replanteo de la teoría del Estado y del derecho en lo que hace a la tutela efectiva de los bienes comunes y los intereses difusos, como es el caso del patrimonio ambiental y, particularmente, de los bosques y las tierras forestales.

2.6 INEFICACIA HISTÓRICA DE LOS MARCOS LEGALES E INSTITUCIONALES EN MATERIA AMBIENTAL

2.6.1 El lenguaje del poder

El derecho es el lenguaje del poder. En otros términos, el instrumento por el que oficialmente habla el Estado, es el derecho. Por eso se dice que el Estado no es otra cosa que la comunidad jurídicamente organizada, y por eso Hans Kelsen decía que Estado y derecho son la misma cosa. En efecto: cuando el derecho no está funcionando en algún sector determinado, por ejemplo, el de los bosques, en realidad es el Estado el que ahí no está funcionando.

En lo que se refiere a la conservación y el uso sostenible del medio ambiente y los recursos naturales, el lenguaje del Estado es la legislación ambiental.

Pero sucede que el patrimonio ambiental, a diferencia de los bienes individuales y colectivos, es un bien común (tanto en el sentido de comunitarios como de recursos de acceso abierto), que pertenece a todos y, por tanto, a nadie. No sólo los océanos, mares, lagos, lagunas, ríos, bosques, el aire y la atmósfera, etc., constituyen el patrimonio ambiental común, sino inclusive la sostenibilidad del suelo, los bosques, cuerpos de agua y demás elementos ambientales que se encuentran dentro de propiedades privadas; donde los primeros en afectarlo suelen ser los propios titulares del bien base, a quienes —nótese la complejidad del tema— el Estado debe sofrenar, en razón de la función social de la propiedad y de su dominio originario sobre los recursos naturales, para que lo conserven y usen sosteniblemente. Tarea tan ardua como la de proteger de si mismo al suicida.

Esto —lo que es de todos y por tanto de nadie, como en el caso del patrimonio ambiental común— es lo que jurídicamente se conoce como *intereses difusos*, por contraposición a los intereses individuales (por ejemplo los del propietario de una casa) y a los intereses colectivos o comunitarios (como accionistas de una empresa, miembros de un club, un pueblo indígena o una comunidad campesina).

La pregunta de rigor es ¿Qué tan bien han funcionado el Estado —que es el marco institucional— y el lenguaje del Estado —que es la legislación ambiental— a la hora de proteger efectivamente el patrimonio ambiental de la Nación?

Más que decir que *han funcionado mal*, tal vez lo propio sea decir que *no han funcionado* o que *han disfuncionado*, ya que en realidad se trata más de un problema de estructura-función, que de un problema de voluntad política y buenas intenciones.

En efecto; en la teoría del Estado y del derecho, al igual que en el terreno biológico, la función depende del órgano, pero también hace al órgano. El Estado es el órgano y el derecho una de sus funciones. Pero sucede que, históricamente, ambos han sido forjados en razón de los intereses individuales y colectivos, más que de los intereses difusos. De donde resulta relativamente natural que ni la estructura ni las funciones hayan evolucionado suficientemente ni se encuentren entrenadas para brindar respuestas eficaces a los actuales requerimientos ambientales.

De ahí que, como se ha anticipado, las verdaderas soluciones pasarán a la larga por la necesidad de concebir e implementar una nueva teoría del Estado y del derecho, en lo que se refiere a la tutela efectiva de los bienes comunes y los intereses difusos.

Esto es lo que en el fondo estamos tratando de hacer todos cuantos intentamos brindar nuevas propuestas legales e institucionales para la gestión eficaz de la base de recursos naturales, especialmente de los bosques y las tierras forestales.

2.6.2 Factores de ineficacia de la legislación ambiental

Resolver un problema implica resolver sus causas; y para ello, ante todo, hay que identificarlas. El problema de los marcos legales e institucionales ambientales es su ineficacia. Se ha llegado a sostener que la legislación ambiental suele ser tan ineficaz, que tal ineficacia puede ser considerada como uno de sus rasgos distintivos. Cosa terrible: como decir que el ser de algo es su no ser, o que la fuerza de alguien consiste en su carencia de fuerza.

El autor ha intentado explicarse, sobre todo en sus propuestas sobre el estructuralismo normativo, las causas principales a que atribuye dicha ineficacia. No es este el lugar para extenderse sobre el tema, de manera que nos limitaremos a una enunciación básica, pensada en términos de su utilidad práctica para los decisores políticos. Debemos aclarar que nos referimos a factores específicos para la legislación ambiental, debiendo tenerse en cuenta que también existen factores generales que hacen a la ineficacia de todas las ramas del derecho, como, por ejemplo, la falta de una conciencia básica de juridicidad en la población (que lleva a la violación, falta de acatamiento y de aplicación, cuasi sistemáticas, de las normas jurídicas en general), la falta de condiciones básicas de gobernabilidad (por ejemplo, legitimidad, solidez y continuidad político-institucional del Estado, estabilidad económica, paz social), etc.

2.6.2.1 Factor: Inconsistencia con el principio de realidad

Uno de los factores de ineficacia de la legislación ambiental radica en que sus supuestos y postulados no se condigan con el principio de realidad que informa sobre la naturaleza, constitución y designio espontáneo de los hechos naturales y sociales que la ocupan. Es como disponer por decreto que los cuerpos deben dejar de caer, y donde sus disposiciones jurídicas no se cumplirán sencillamente porque en los hechos prevalecerá la vigencia inconmovible de la ley de la gravedad.

Para referirnos al hecho por demás recurrente de ignorar la realidad social del escenario de aplicación de las leyes, es el caso de legislar asumiendo que toda la población destinataria de sus normas está integrada por ecólogos natos e ingénitamente imbuida de los conocimientos especializados de un profesional de las ciencias naturales, y que, por tanto, entenderá la racionalidad de sus postulados y compartirá los valores que tutelan sin necesidad (1) de esfuerzo pedagógico alguno en su redacción con el fin de transmitirlos didácticamente, y (2) de prever e implementar un adecuado programa de divulgación sobre la razón de ser de sus contenidos normativos. De donde su falta de acatamiento en la práctica, como irrefutable indicador de ineficacia legal, será la consecuencia obligada de haber partido de un supuesto irreal.

Revísese históricamente en cuántas de nuestras leyes ambientales nos hemos dado el trabajo de hacernos entender, como el precursor natural del acatamiento, y se tendrá una primera explicación de por qué son tantas las que nunca han sido acatadas, no obstante lo largo que sea el historial de nuestras reiteraciones legislativas sobre los mismos aspectos.

El gran sueño nacional de la conservación y uso sostenible de los bosques, divorciado de elementos reales de motivación en los únicos agentes posibles de conservación y sostenibilidad, que son los actores forestales, implica la falta de una higiene y una disciplina elementales en el arte de soñar, que es el arte de la política. En efecto, pensar que a alguien le va a interesar la sostenibilidad a largo plazo propugnada por la ley, si la misma ley sólo permitiera contratos forestales de plazo reducido, en términos del ciclo forestal, es totalmente contrario al principio de realidad, tanto por condiciones objetivas (necesidad de recuperar las inversiones y obtener utilidades), cuanto por condiciones subjetivas (es parte

de la naturaleza humana, tal vez emergente del propio instinto de conservación, la vocación de permanencia en la titularidad de derechos).

Lo mismo sucede con el fenómeno de los "piratas" o personas que sin título avasallan derechos forestales legítimamente establecidos y arrasan cuarteles manejados o manejables, con el agravante de utilizar, en muchos casos, la propia infraestructura del legítimo titular: pensar que la sostenibilidad forestal que la ley propugna sea compatible con la impunidad de la "piratería" de los motosierristas o cuartoneros, que la misma ley no combata de manera contundente y efectiva, incluyendo medios para su formalización como agentes económicos regulares, es contrario al principio de realidad. Lo propio es aplicable al desmonte de tierras forestales.

Desde luego, es también contrario al principio de realidad pensar que sea viable reemplazar, por ejemplo, bosques naturales de ecosistemas tropicales húmedos por plantaciones forestales, trátese de especies nativas del propio ecosistema (en cuyo caso la viabilidad económica es por demás dudable y de ser viable importaría el reemplazo del ecosistema original por plantaciones forestales de especies nativas), o de especies exóticas (en cuyo caso carece de sentido hablar de conservación del ecosistema).

La propia —y tan popularizada— consigna de "tumbar un árbol y plantar dos" es, en muchos casos, totalmente ajena al principio de realidad, ya que el gran desafío sigue siendo manejar nuestros bosques naturales permitiendo su regeneración natural, y donde el enriquecimiento será bienvenido, primero, si en su nombre no se los altera como ecosistemas y, segundo, si lo de sembrar los dos plantones no es pura coartada de sostenibilidad para exonerarse de responsabilidades de manejo. Lo cierto es que llevar a los bosques tropicales dos plantones por cada árbol que se cosecha, es tan ridículo como llevar al océano dos dedales de agua y esperar que suba la marea. En efecto, cualquiera que conoce un bosque tropical sabe que debajo ya están adocenados los plantones, esperando tan sólo que les llegue la oportunidad del chorro de luz para poder emerger. Si ese chorro les llega con la cosecha del individuo adulto, no tiene ningún sentido presentarse con su par de plantones. De manera que no podemos esperar que el resultado esperado por la ley se logre, a saber, un ecosistema conservado a través del aprovechamiento forestal, si la ley parte de un dato totalmente alejado de la realidad.

Prescripciones como: que las cortinas rompeviento deben tener 30 metros de ancho y repetirse cada diez veces el tamaño de los árboles; que todas las tierras con 45 % de pendiente son automáticamente de protección, sin necesidad de declaratoria expresa; que sólo pueden ser labrantías las tierras con menos de 15% de pendiente; que las reservas ribereñas en los ríos deben tener como mínimo 500 metros de cobertura arbórea por lado, etc., ¿son acordes con el principio de realidad, en términos de necesidad efectiva y de posibilidad de exigir su cumplimiento? ¿En qué medida y bajo qué condiciones es acorde con el principio de realidad prohibir la quema de las brozas del desmonte como práctica de laboreo, siendo que desde los albores de la agricultura el fuego ha sido la herramienta más barata para habilitar tierras labrantías? Aún más, ¿en qué medida y bajo qué condiciones es posible la "quema controlada" en lugares como Santa Cruz, con vientos que fácilmente alcanzan los 40-80 km/h, y con ráfagas hasta de 105-110? Esto no quiere decir, desde luego, que no se disponga nada a efectos de controlar la propagación del fuego, sino

que la disposición legal deberá considerar ese dato de realidad y normar en consecuencia sobre las medidas para evitarla (ancho y frecuencia de las franjas cortafuego, etc.).

La estrategia de sostenibilidad forestal del Decreto Busch era *dejar un retoño, hijuelo o acodo por cada árbol derribado* (Art. 8, Decreto del 02 de agosto de 1939). ¿No partió esta estrategia de una hipótesis equivocada, aplicable al eucalipto y otras especies, pero a muy pocas especies nativas de nuestros bosques? ¿Y no partió también ignorando el dato de realidad de los plantones que hace rato están esperando el chorro de luz, prestos a dispararse tras la cosecha del adulto que hace rato les viene estorbando, y que ciertamente prometen más que los improbables retoños en ramillete del tocón que dejó el difunto? Lo anecdótico es que esta misma estrategia había sido preconizada por el Virrey Toledo en su Ordenanza de 17 de Mayo de 1574 dictada para la Bolivia de entonces ("Provincia de los Charcas"), en la que el Virrey, tan español como los bosques españoles, defendía su tesis sosteniendo que *puesto caso que algunos tienen opinión que la dicha leña no torna a nacer después de cortada es contra términos naturales, porque como se crió al principio, está claro que si se le dejaran fundamento e raíz...naciera...; de manera que no solamente no se arranquen raíces, sino que se deje horca y pendón.*

En el caso de nuestras legislaciones forestales, el no consultar el principio de realidad ha llevado a los legisladores a dirigir sistemáticamente toda la presión regulatoria contra los madereros, como la mayor causa de degradación de las tierras con cobertura boscosa; y donde la fotografía del camión transportando troncas es ya la clásica imagen emblemática para denunciar la depredación de los bosques, olvidándose que ni la peor forma de intervención forestal causa los daños ambientales que la mejor forma de intervención agropecuaria, y que el desmonte de las tierras forestales y de protección, y cuando no hasta de las propias áreas naturales protegidas, es decididamente su más grave e irreversible factor de degradación. Siguiendo este equívoco sobre las prioridades de regulación y tutela, la regla general en toda la región (América Latina y El Caribe) es que el avasallamiento de las formaciones vegetales para su conversión irregular a la agricultura, históricamente fue acompañado por severas disposiciones legales que, en nombre de su óptima conservación, dirigieron todo el rigor normativo contra los actores forestales y, ahuyentándolos de una ocupación económica que mantenga los bosques en pie y excluya a ocupantes mediante el desbosque, abrieron las puertas a su destrucción. Así, en el terreno de los desastres ambientales menos reversibles, nada justifica más que la industria lingüística haya acuñado la palabra despropósito, que el designar los resultados logrados con los pobres bosques que fueron víctimas de lo que se proponían sus cándidos defensores y las buenas intenciones de su proteccionismo a ultranza.

Atosigar al actor forestal regular con un creciente mar de exigencias de sostenibilidad, en circunstancias en que no se le brinda seguridad jurídica efectiva contra piratas que saquean sus bosques y avasalladores que, con fines agropecuarios, los hacen tierra arrasada, ¿es conforme con el principio de realidad, que demanda a fritos criterios de prioridad regulatoria? No reconocer que, dada la histórica ingobernabilidad de los bosques por parte del Estado, la estrategia central para conservarlos en pie tiene que ser su ocupación económica por actores forestales regulares, ¿se compadece con el principio de realidad? Cobrar exagerados derechos de monte a quien hace el favor de conservar los

bosques en pie, y mezquinarle el título de propiedad por el solo *delito* de no tumbar los bosques, ¿es conforme con el principio de realidad?

Remedio

Tener presente permanentemente el principio de realidad durante todo el proceso de formulación de un cuerpo normativo (ley o reglamento), tanto respecto de los hechos (realidad material y social, incluyendo la idiosincrasia y las percepciones de los destinatarios), como respecto de la factibilidad de los objetivos propuestos (factibilidad material, incluyendo disponibilidad de recursos y medios, y factibilidad social, incluyendo la previsión de deseabilidad/aceptabilidad real por parte de los actores envueltos en el proyecto).

Consejo práctico

Recordar que el decisor político debe ser por definición un estadista y que la misión del estadista es pensar el futuro del país en función de la realidad del país, incluyendo la idiosincrasia y las motivaciones efectivas de los actores involucrados. En esto consiste el arte de soñar del político, y por eso se dice que la política es el arte de lo posible. Contrariamente a lo que se suele pensar, los grandes sueños que nunca llegan a realizarse siquiera mínimamente, no prueban la existencia de grandes políticos, sino de pésimos soñadores.

2.6.2.2 Factor: Marginalidad de la temática ambiental

Los problemas ambientales —contaminación y depredación de los recursos naturales— no son problemas del ambiente, ni sólo incumben a los ambientalistas, a la legislación ambiental y a las autoridades ambientales; son problemas del desarrollo, cuya solución pasa por la incorporación de la variable ambiental en las actividades de desarrollo, en sus respectivos marcos legales e institucionales y en las políticas económicas y fiscales del país. La única forma de solucionar los problemas ambientales, es impidiendo que ocurran en las actividades y políticas de origen. Por consiguiente, es obvio que los marcos legales e institucionales específicamente ambientales que no logren reflejarse en la maquinaria del desarrollo nacional y en la política económica y fiscal del país, resultarán ineficaces en la práctica para resolver los problemas ambientales.

Remedio

Insertar la variable ambiental en las actividades de desarrollo, en sus marcos legales e institucionales y en la política económica y fiscal general del país.

Consejo práctico

En el proceso de formulación de los marcos legales e institucionales, involucrar no sólo al sector ambientalista, sino también a los que deciden y gerencian las políticas económicas y fiscales del Estado y a los agentes económicos del desarrollo nacional.

2.6.2.3 Factor: Distonía axiológica

Por distonía axiológica lo único que debe entenderse es la falta de sintonía entre los valores contenidos en la ley y la capacidad de sus destinatarios para apreciarlos. En la mayoría de los casos los destinatarios simplemente desconocen cuáles son esos valores o en qué consisten realmente.

En ningún otro campo del derecho hay tanta distonía axiológica como en el de la legislación ambiental, dado su carácter altamente especializado con referencia a los valores ordinarios con que trabajan las otras legislaciones. Veamos. A nadie se tiene que enseñar que la integridad física de las personas es un valor y que es por eso que la ley penal castiga las lesiones o el homicidio; o que la propiedad es un valor, o que la libertad y el honor sexual es un valor. De manera que el cuchillero, el ladrón y el estuprador no proceden bajo un estado de distonía axiológica, sino en mala conciencia, porque cometen sus actos a sabiendas de los valores que violan y del correlato que existe entre esa violación y la sanción. Trasládese esto a los valores asociados a los ecosistemas, a la diversidad biológica, a los servicios ambientales, a las cuencas hidrográficas, a las condiciones edafológicas del suelo productivo, a los procesos ecológicos esenciales, etc., y se comprobará que son materia enteramente exótica para la inmensa mayoría de los destinatarios de la ley, al punto que muy pocos agricultores sabrán dar razón siquiera del objeto de las franjas de protección ribereña o de las cortinas rompeviento, que la ley se empeña en imponerles[4]. Ahora saquemos esta cuenta: si con perfecta sintonía axiológica respecto de lo malo que es matar, robar o estuprar, todavía hay tantos que, a mala conciencia, matan, roban o estupran, podrá imaginarse cómo se multiplica esa tasa en el terreno de las infracciones y los delitos ambientales, dado que mayoritariamente los sujetos activos proceden sin mala conciencia alguna, desde que no están en sintonía axiológica con la ley, sino en distonía total, porque total es su desconocimiento de las razones que tiene la ley para exigir tal o cual conducta e imponer tal o cual prohibición.

Refiriéndose al hecho evidente de que la observancia de las normas jurídicas depende en gran medida del elenco de convicciones de sus destinatarios, provistos por ordenaciones no jurídicas, Hermann Heller sostuvo: "Ningún Estado podría subsistir ni

---

[4] Una de las comprobaciones del autor fue la siguiente. Expuesto a agricultores que las franjas de protección ribereña cumplen las funciones de (a) impedir el impacto ambiental del entorno intervenido contra el cuerpo de agua (barrera verde contra contaminantes y sedimentos), (b) mantener la población hidrobiológica, para que puedan seguir pescando, (c) conservar el agua limpia y fresca (limpia por la barrera verde y fresca por el techo de la barrera para evitar la insolación); y (d) impedir el impacto del cuerpo de agua contra el entorno intervenido (barrera verde contra desbordes e inundaciones), todos manifestaron vivo entusiasmo por conservar o reponer las franjas.

una hora sin estas garantías naturales y sociales de su ordenación jurídica"[5]. Bueno, ello es tan cierto, que en vastos sectores sociales (faenadotes informales de bosques, campesinos, cazadores, pescadores, etc.), el Estado, en su expresión normativa de carácter ambiental, todavía no ha llegado a existir ni por una hora, porque la distonía axiológica es tal, que las infracciones y los delitos ambientales no sólo no merecen la sanción moral de las poblaciones locales, sino que de hecho cuentan con su tolerancia, cuando no con su bendición. De manera que un presupuesto para que la legislación ambiental sea eficaz, es crear esas *garantías naturales y sociales*, porque eso importa romper la distonía axiológica entre leyes y destinatarios, convirtiendo los valores legalmente tutelados en convicciones socialmente compartidas.

Remedio

Educación ambiental y conscienciación ecológica, para crear un estado de sintonía axiológica entre ambos términos de la relación (ley-destinatarios).

Consejo práctico

Prever en cada ley o reglamento ambiental mecanismos concretos de educación ambiental y conscienciación pública sobre sus contenidos y valores.

2.6.2.4 Factor: Ineficiencia normativa

En principio, una norma jurídica es un antecedente de hecho —que es la hipótesis o precepto— seguido de una consecuencia de derecho —que puede ser un castigo o un premio.

Por consiguiente, para ser normativamente eficiente, una ley o reglamento deben cuando menos: (a) ser una estructura de correlatos entre hipótesis de hecho y consecuencias de derecho, claramente enunciados, donde las hipótesis sean técnicamente correctas o adecuadas y los premios o castigos previstos hayan sido seleccionados y habilitados con un criterio ex profeso de idoneidad, tanto en función de garantizar el logro eficaz de los fines y objetivos que se persiguen, como de la viabilidad de su aplicación efectiva y oportuna en la práctica; (b) prever los mecanismos, instancias y procedimientos que aseguren verosímilmente su cumplimiento; y (c) someter sus contenidos a un proceso deliberado de institucionalización jurídica, consistente en asimilarlos a la maquinaria legal del Estado.

Este factor de ineficacia se expresa en las leyes y reglamentos con "contenidos crudos", que no alcanzan a "traducirse" en cuerpos normativos propiamente dichos. Son las leyes y reglamentos con alma de memorandum y, muchas veces, hasta con cuerpo de memorandum. Lógicamente, pedir eficacia legal a un memorandum, es pedirle peras al olmo.

---

[5] Heller, Hermann: Teoría del Estado; Fondo de Cultura Económica, séptima reimpresión, 1974, p205

En efecto, son muchas las leyes y reglamentos que más que cuerpos auténticamente normativos, son catálogos de "consejos del legislador", declaraciones generales, expresiones de deseos, discursos técnicos, definiciones de texto, conceptos académicos, protonormas —a completarse con otros cuerpos normativos o normas, generalmente en un futuro incierto—, hipótesis de hecho incorrectas, equívocas o irrelevantes y consecuencias de derecho poco idóneas o aplicables; todo ello generalmente sumado, de un lado, a la carencia de mecanismos, instancias y procedimientos que garanticen razonablemente el cumplimiento de sus fines y objetivos y, de otro, a la falta de un proceso elemental de institucionalización jurídica de sus contenidos.

Por ello, cuando se oiga decir que en una determinada materia "ya todo está normado", uno debe preguntarse dos cosas: ¿Está realmente normado, vale decir, las leyes y reglamentos de la materia llegan de veras a constituir cuerpos normativos? y, ¿Está normado eficientemente?

Ejemplos:

Decir "Queda prohibido de manera terminante, categórica e irrestricta tal cosa", sin decir en el artículo o en el cuerpo normativo qué le pasará al que infrinja la prohibición, es jurídicamente —no obstante la aparente severidad del enunciado— igual a decir nada. Por ejemplo, la Pausa Ecológica es un catálogo de este tipo de enunciados.

Prever en una ley que "el Estado otorgará incentivos tributarios para la conservación y el desarrollo sostenible...", sin establecer concretamente cuáles, equivale a lo sumo —ya que constitucionalmente los tributos sólo se establecen y eliminan por ley— a una promesa del legislador en el sentido de que tal vez en un futuro improbable se intentará pasar una nueva ley al respecto. Por tanto, es también igual a decir nada, desde que el objeto de la ley es normar y no prometer que en algún momento se intentará normar. Y esto sucede en buena medida con los artículos 90 y 91 de la Ley del Medio Ambiente 1333 del 27 de abril de 1992, que si son legalmente ineficaces, es porque son normativamente ineficientes.

Decir que en materia forestal ya se cuenta con un ordenamiento jurídico, pero que todavía no se ha llegado a resolver el clásico problema de las superposiciones y los conflictos de derechos —que hacen esencialmente a la existencia o no del derecho en sí—, es decir que en realidad todavía no se cuenta con un cabal "ordenamiento jurídico" y que es por eso que en materia agrario-forestal las cosas todavía no están jurídicamente ordenadas. Por ejemplo, la legislación agraria y forestal boliviana.

Ejemplos de institucionalización:

Si el sentido técnico-político de la norma fuera prohibir al titular del derecho la deforestación de las reservas ribereñas o los cultivos intensivos anuales en tierras de protección, la traducción del jurista podría consistir en institucionalizar dicho contenido como servidumbres ecológicas de carácter administrativo; y habilitar, por tanto, su inscripción en la partida registral del predio; por tanto, constituirlo en un gravamen real; por tanto, una forma de sustanciar la limitación legal, las obligaciones de hacer o no hacer impuestas, las multas y las ejecuciones coactivas de la autoridad competente —a la que debería habilitarse para el efecto la jurisdicción coactiva—; por tanto, con todos los beneficios del prin-

cipio de publicidad registral; por tanto, universalmente oponible; por tanto, una fuente eficaz de monitoreo y sanción, etc. Esta sería una forma de insertar el contenido técnico-político en la maquinaria legal del país. De no hacerlo, el contenido quedará en estado "crudo" y, en consecuencia, tendrá un valor meramente declarativo, carente de eficacia real. Es a esto a lo que estamos denominando "proceso de institucionalización". (El jurista no debe ser el amanuense del político o del técnico, ni éstos deberían permitírselo, sino su traductor).

Las normas sobre ordenamiento territorial contenidas en la legislación forestal y agraria, incluida la R.M. 159/89 del 03 de julio de 1989, constituyen un claro ejemplo de enunciados y prescripciones sin un grado mínimo de institucionalización jurídica. En estos casos, su ineficacia legal es la consecuencia obligada de su ineficiencia normativa.

Decir en la legislación que las áreas protegidas son jurisdicciones especiales, todavía es decir nada en términos jurídicos si no se institucionaliza dicho contenido, por ejemplo, confiriendo a los cuerpos oficiales de guardaparques la función de policía que emana del Estado (para que no sean simples "vigilantes privados") y asignando al Director del área la jurisdicción coactiva para imponer multas, efectuar decomisos, remates, desalojos y demoliciones. Como puede verse, la distancia entre la declaración e jurisdiccionalidad y la institucionalización de dicha declaración, es abismal: sólo la segunda es una realidad, porque sólo la segunda produce consecuencias efectivas de jurisdiccionalidad. La legislación vigente sobre áreas protegidas es un ejemplo claro de jurisdiccionalidad puramente declarativa.

Decir que "los concesionarios son responsables del control y protección de la flora y fauna de sus áreas de corte" sin prever ninguna herramienta jurídica, mecanismo, instancia ni procedimiento para el ejercicio real de tal responsabilidad, no es todavía "haber normado" el tema o, lo que es igual, contar con un ordenamiento jurídico sobre la materia. Ejemplo de esto es la legislación forestal, incluyendo el Reglamento de la Pausa Ecológica, D.S. 22884 del 03 de agosto de 1991, en la medida en que no habilitan mínimamente el ejercicio de sus órdenes y prohibiciones.

Si los estudios y mapas de ordenamiento territorial no logran ser traducidos en un marco legal normativamente estructurado y jurídicamente institucionalizado, incluyendo los órganos y mecanismos idóneos de aplicación, se quedarán en el nivel de los estudios de anaquel y los mapas de pared, sin que lleguen a constituirse real y efectivamente en la herramienta básica de gestión ambiental que está llamado a ser el ordenamiento territorial. Por ejemplo, el PLUS (Plan de Uso del Suelo de Santa Cruz) para ser eficaz debe ser traducido en instrumentos normativos e institucionales eficientes y expeditivos.

Remedios

•Formular las nuevas leyes y reglamentos como auténticos cuerpos normativos. Si la función primera de la norma es normar, la obligación primera del que hace leyes y reglamentos es atreverse de veras a normar y, en su caso, aprender a normar. Por inverosímil que parezca, la primera causa de ineficiencia normativa es la falta de coraje y/o capacidad del normador, para normar.

• Cerciorarse de la veracidad, corrección o idoneidad de las hipótesis de partida y de llegada. (Por ejemplo, la hipótesis de partida de que los bosques son tierras baldías y, por tanto, carentes de valor;

y la hipótesis correlativa de que la mejor prueba posesoria es la deforestación o, en sentido contrario, que las áreas no deforestadas deben estar incursas en causal de reversión).

• Cerciorarse de haber seleccionado los premios y castigos más aparentes para lograr los fines y objetivos que se persiguen (por ejemplo, titularidad clara del derecho, seguridad jurídica efectiva, incentivos, sanciones disuasorias, etc.).

• Acompañar los altos fines y objetivos declarados, con mecanismos, instancias y procedimientos que aseguren verosímilmente su cumplimiento en la práctica.

• Someter el cuerpo normativo a un proceso de institucionalización jurídica, consistente en asimilar sus contenidos políticos y técnicos al sistema jurídico vigente (instituciones y conceptos jurídicos, mecanismos, procedimientos, instancias, etc., existentes en el sistema legal, a fin de evitar que las normas sean extravagantes en el sentido asignado por Raúl Brañes, a saber, que vaguen fuera de sistema).

Consejos prácticos

• Al formular leyes o reglamentos, tener siempre presente el siguiente axioma: Lo que hace esencialmente a la idoneidad de un cuerpo normativo (ley o reglamento), no son los altos fines y objetivos que se declaran, sino su estructura de correlaciones entre antecedentes de hecho y consecuencias de derecho, sus herramientas, mecanismos, instancias y procedimientos, y su nivel de institucionalización jurídica o inserción en la maquinaria legal del Estado, destinados a lograr tales fines y objetivos.

• Preguntarse de continuo "Cómo va la arquitectura del proyecto" y no "cómo va la redacción del proyecto", porque no es un misiva que se está escribiendo, sino un cuerpo normativo que se está estructurando.

• Desarrollar capacidad para "analizar al trasluz", como se mira una radiografía, la arquitectura del cuerpo normativo en proceso de formulación, para evaluar progresivamente sus elementos estructurales, desvestidos de todo ropaje retórico.

• Preguntarse, respecto de cada artículo de la ley o reglamento en proceso de formulación: "Qué es lo que realmente se quiere normar con este artículo" o "Cuál es el verdadero contenido normativo de este artículo" o "Cuál es la consecuencia jurídica específica y efectiva que se derivará de este artículo en la vida real, y cómo, trátese de un castigo para quien lo infrinja o de un premio para quien lo cumpla".

• Preguntarse si los premios y castigos seleccionados son los más idóneos en función de (a) los objetivos que se persiguen y (b) su aplicabilidad efectiva y oportuna en la práctica. Ejemplo: En un proyecto de nueva ley forestal cuyo objetivo central fuera la conservación y el uso sostenible de los bosques, la pregunta clave es si, a conciencia, el legislador está plenamente convencido de que ha elegido los incentivos adecuados —régimen de titularidad forestal y seguridad jurídica efectiva, régimen de promoción y fomento, etc.—, que actuarán como fuerzas motrices naturales de la sostenibilidad, así como el arsenal adecuado de desincentivos y sanciones, que actuarán como las fuerzas disuasorias de la depredación. Siguiendo el axioma enunciado, del acierto o desacierto en la construcción de esta estructura esencial del cuerpo normativo —y no de la solemnidad declarativa de sus altos fines y objetivos— dependerá si el nuevo marco legal e institucional son o no, en la cruda realidad, herramientas efectivas para lograr tales fines y objetivos. En pocas palabras, si aquí el legislador se equivoca, se ha-

brá equivocado en todo; y, entonces, los "altos fines y objetivos" declarados sólo servirán en el futuro como testimonio de que el legislador era consciente del problema y como prueba de su incapacidad para resolverlo.

• Para los decisores políticos: asesorarse siempre de un jurista calificado, con el encargo específico de traducir en un cuerpo normativo, jurídicamente institucionalizado, los contenidos técnico-políticos, a fin de insertarlos en la maquinaria legal del Estado.

• Para el jurista: tratar de asimilar cada figura planteada a una institución, concepto, mecanismo o procedimiento existente en el sistema jurídico vigente, como estrategia básica de inserción del contenido técnico-político en la maquinaria legal del Estado.

2.6.2.5 Factor: Insuficiencia estructural

Contrariamente a lo que usualmente se piensa, lo que opera en la vida real no es una ley, sino un sistema jurídico-institucional: ley, reglamentos, normas procedimentales, activadores procesales y órganos de aplicación; todo ello girando cuando menos en torno a tres elementos extrajurídicos: voluntad política, consciencia pública y participación de la sociedad. Si uno sólo de aquellos elementos falta, es como si la ley no existiera. En el caso boliviano, por ejemplo, la Ley del Medio Ambiente 1333 se promulgó el 27 de abril de 1992, pero de hecho no puede operar en lo sustancial, por cuanto carece de reglamentos; por tanto, es como si la ley no existiese. En otros términos, según el calendario jurídico-ambiental, aún es 27 de abril de 1992 en Bolivia.

La abdicación y el retardo de la función reglamentaria del Poder Ejecutivo suele ser la primera fuente de insuficiencia estructural (la abdicación es literal cuando, por ejemplo, se pretende que es necesario promulgar una "Ley de Aguas", una "Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial", etc., cuando la vigente Ley del Medio Ambiente delega expresamente dichas potestades a la función reglamentaria del Poder Ejecutivo, verbigracia artículos 5 inc. 8, 12 inc. b), 13, 39, 44 y 45 de la Ley).

Remedio

Reglamentar las leyes, establecer los procedimientos e implementar los órganos de aplicación, oportunamente. Curar el fenómeno de abdicación y retardo en la función reglamentaria del Poder Ejecutivo. Procurar la concurrencia de los factores extrajurídicos arriba enunciados.

Consejo práctico

Considerar en las leyes plazos específicos para su reglamentación y para la implementación de los órganos de aplicación. Adicionar a las Comisiones de las Cámaras la responsabilidad específica de hacer el seguimiento a la función reglamentaria y ejecutora del Poder Ejecutivo con respecto a las leyes informadas por las respectivas Comisiones. Institucionalizar la figura de responsabilidad política por abdicación y retardo de la función reglamentaria.

2.6.2.6 Factor: Debilidad institucional de los órganos de aplicación

Conforme al enfoque del estructuralismo normativo anticipado en el factor anterior, la falta de un elemento en la estructura equivale a la falta de la estructura toda y la debilidad o debilitamiento de un elemento de la estructura implica la debilidad o debilitamiento de toda la estructura. Con eficientes que fuesen la ley y sus reglamentos, su eficacia real será correlativa a la idoneidad de los órganos de aplicación; si éstos no existen, será como si las leyes y los reglamentos no existiesen; y si son débiles, incompetentes o inadecuadamente diseñados o implementados, ello repercutirá en la misma medida en las leyes y reglamentos. Además de los recursos financieros, técnicos y materiales, en la idoneidad de los órganos de aplicación está implicada la existencia de recursos humanos capacitados.

Remedio

La ley y los reglamentos (el lenguaje del poder) deben ser concebidos y leídos normativamente como un conjunto de funciones; consecuentemente, los órganos de aplicación deben ser diseñados e implementados en razón de poder desempeñar tales funciones.

Consejos prácticos

• Al diseñar e implementar los órganos de aplicación, elaborar previamente una matriz de todas las funciones que normativamente se desprenden de la ley —no sólo de las funciones y atribuciones descritas específicamente en el capítulo referido al órgano de aplicación— y tratar de prefigurar un órgano capaz de desempeñarlas a cabalidad y de calcular los recursos financieros necesarios para ello, incluyendo la capacitación de los recursos humanos.

• Muchas veces resulta presupuestariamente inviable ensamblar un órgano de aplicación siquiera mínimamente capaz de desempeñar todas las funciones que se desprenden de la ley, lo que evidencia que, al legislar, el bohemio que hay en todo buen político le ganó la partida al estadista, y no tuvo en cuenta que cada artículo tendrá un costo permanente, mucho mayor que el transitorio de la tinta, para las arcas públicas. En consecuencia, el legislador debería pasar cada artículo de su proyecto por una "prueba ácida" consistente en preguntarse "cuánto le va a costar cada año a la Nación este artículo".

2.6.2.7 Factor: Sobreestimación del sistema de comando y control del Estado o sistema de órdenes y prohibiciones de ius imperium frente a la dificultad de monitoreo.

La lección es sencilla. En la medida en que la nueva legislación se conforme con seguir el sistema de órdenes y prohibiciones de Toledo, los bosques de Bolivia seguirán el destino de los cedros de Sucre. Es esto lo que se tiene sobre la mesa cuando se decide el marco legal e institucional de los bosques y las tierras forestales del país, que constituyen el elemento definitorio del patrimonio natural del pueblo boliviano.

Decididamente, las leyes serán un instrumento de gobierno para el estadista moderno, si ante todo y sobre todo son herramientas que usa el Estado administrador para inducir

(primer recurso o *prima ratio*) a los ciudadanos administrados hacia los objetivos de sostenibilidad, mediante sistemas de incentivos, desincentivos y señales económicas; articulando a tal efecto los regímenes tributario y crediticio, el régimen de asignación de recursos, la titularidad de derechos con seguridad jurídica efectiva, las políticas económicas, fiscales y de inversión pública (implementación de los marcos institucionales, dotación de infraestructura vial y electricidad, capacitación, investigación, promoción, etc.) y señales económicas en general, incluyendo la internalización de la variable ambiental en las fuerzas y los mecanismos del mercado (como los sistemas de certificación voluntaria).

Ni más ni menos que lo que hace cualquier moderno jefe de familia, que concibe las órdenes, las prohibiciones y la represión, más como una evidencia de su fracaso gerencial, que como una prueba de su capacidad de gestión; y como medios de hecho ingratos en el entorno familiar, aunque necesarios como último recurso de gobierno *(ultima ratio)*.

Aplíquese lo propio al colectivo nacional y se tendrá la filosofía básica del buen gobierno.

Todavía una reflexión más sobre este tema, por ser de capital importancia para los decisores políticos: En Cuzco, a cinco de julio de 1825, Simón Bolívar, Libertador, Presidente de la República de Colombia, Libertador de la del Perú y Encargado del Mando Supremo de ella, previendo que la vicuña *al fin vendría a aniquilarse si continuasen las matanzas que en todos los años se han hecho para sostener el comercio de sus lanas,* dictó un decreto prohibiendo terminantemente su matanza *aun con el pretexto de caza* y ordenando que quienes quisiesen aprovechar de su lana debían hacerlo de abril a julio para que la *benignidad de la estación supla este abrigo de que se les priva.* Típico sistema declarativo de órdenes y prohibiciones, bajo la hipótesis de suficiencia del principio de comando y control del Estado; que tanto así no funcionó, que en este siglo la vicuña sólo pudo ser salvada mediante su incorporación en la lista de especies en peligro de extinción de la Convención para el Comercio Internacional de Especies de Flora y Fauna en Peligro de Extinción (CITES), Washington, 1973. La razón del fracaso fue muy sencilla: monitorear este decreto ante los cazadores furtivos, que eran todos y nadie, que estaban en todas partes y en ninguna, y que atentaban contra un patrimonio que era de todos y de nadie (recurso de acceso abierto), le habría resultado a Bolívar inmensamente más difícil que combatir a los ejércitos realistas. Ni aún la Convención CITES, con toda la cobertura que implica, ha resultado suficientemente eficaz contra los cazadores furtivos mediante el mero sistema declarativo de órdenes y prohibiciones. Esto la ha llevado recientemente a adoptar una sabia decisión: permitir el aprovechamiento económico de la vicuña por parte de las comunidades campesinas en cuyos territorios se mantienen y reproducen; vale decir, el paso, como estrategia de conservación, de la orden y la prohibición —difícilmente monitoreables—, al aprovechamiento sostenible. Así, es probable que cada comunero devenga en un guardián de las mismas vicuñas que guardaparques, policías ni ejércitos pudieron proteger eficazmente de la caza furtiva.

Sin embargo, es necesario reivindicar aquí al Bolívar que fracasó con el sistema declarativo de órdenes y prohibiciones, con el Bolívar estadista que el mismo 5 de julio de 1825 dictó un decreto disponiendo que: *El individuo que reúna rebaños de vicuñas mansas, recibirá por cada una de ellas un peso que deberá descontarse de la contribución que le corresponda; y si fuere tan pobre que no pagara ninguna, recibirá este premio en dinero efectivo del tesoro de su*

departamento. Intento válido, desde que implicaba una estrategia verosímil para tutelar efectivamente un bien común (de la Nación) y un interés difuso (de todos los nacionales), activando el interés de los particulares. Infortunadamente, la magnitud de las tareas del Libertador y del espacio a gobernar, así como los avatares propios de los procesos de independencia y el corto período de gobierno efectivo, le impidieron monitorear siquiera este decreto.

Pero una prueba más de que Bolívar ya tenía la lucidez del auténtico estadista, es la Resolución de 4 de julio de 1826, dictada en el Palacio de Gobierno de Chuquisaca por la Secretaría del Interior, por disposición del Libertador: *Hace mérito de las medidas tomadas... para conservar el árbol... que por todos los medios debe fomentarse... Si los particulares aportasen su terreno, la ventaja sería conocida, pues en este género de materias el interés individual aprovecha y conserva, lo que siendo del común se malversa y destruye.* Tómese debida nota: "En este género de materias, el interés individual aprovecha y conserva, lo que siendo del común se malversa y destruye". Las materias de este género no son otras que los bienes comunes —en el sentido de recursos de acceso abierto— y los intereses difusos —donde lo que es de todos, es de nadie—. Vale decir, "The tragedy of the commons", por Simón Bolívar, en 1826.

Ya aquí se insinuaba claramente la necesidad de pensar en estrategias alternativas o complementarias al sistema del "ordeno e mando".

La pista dejada por Bolívar nos estaba diciendo que una manera de proteger eficazmente los bosques y llevar a cabo exitosamente programas de reforestación (plantar árboles donde ya habían) y aforestación (donde no habían), era involucrando efectivamente a los particulares, a través de la asignación de los recursos del dominio originario del Estado, mediante cualquier sistema que lograse que tales particulares se sintieran efectivamente interesados en la conservación a largo plazo del recurso asignado (por ejemplo, propiedad o concesiones muy largas).

Lo que el estadista nos estaba sugiriendo es que el buen gobierno se mide en función de los objetivos que se alcanzan y no de la cantidad de órdenes impartidas. Que el sistema del "ordeno e mando" como expresión del ejercicio monopólico del *ius imperium* del Estado, impuesto a la sociedad por el gobernante, entrañaba la terrible "paradoja de Estado" de resultar ineficaz en la práctica como instrumento de gobierno, ya que jamás lograba los objetivos deseados; con lo que tal instrumento venía a ser la primera forma de negación del *ius imperium*, desde que cada nueva orden incumplida implica una nueva debilidad en el que las imparte.

Lo que, en suma, el estadista nos estaba diciendo, es que el mejor gobernante y el más poderoso apoderado de la Nación, no es el que más órdenes dicta y más monopoliza los actos de gobierno, sino el que se las ingenia para incorporar como agentes de gobernabilidad a los diversos actores de la sociedad, y para incorporar como instrumentos de gobierno a las diversas fuerzas naturales de la sociedad; deviniendo así en instrumentador de instrumentos y gobernante de agentes de gobernabilidad; donde, en cierta forma, la mejor gendarmería del *ius imperium* del Estado vienen a ser los propios gobernados y, lo que es mejor, sin siquiera saber que lo son, por cuanto discurren por canales naturales aprovechados o inducidos por el estadista.

Tal vez lo primero que en esta hora tengan que hacer los decisores políticos, sea seguir la ruta de Bolívar. Desde luego, la concesión de bosques a largo plazo —largo en términos del ciclo forestal y no del cultivo de lechugas— y ni aun la asignación en propiedad son, por sí solas, garantía suficiente de sostenibilidad. Prueba de ello son, por ejemplo, los propietarios que manejan de manera no sostenible las tierras de su dominio privado. De manera que la asignación de los recursos a los particulares, en términos satisfactorios para éstos, es ciertamente un presupuesto necesario para la sostenibilidad, pero debe ser claramente regulada en función de la misma. Para ello es indispensable contar con un marco legal e institucional eficaz en términos de la conservación efectiva de los bosques, lo que sólo se logrará en la medida en que se trate de responder a los factores históricos de ineficacia de los marcos legales e institucionales del pasado.

Remedio

Recurrir, como instrumentos de gobierno, cada vez menos al sistema de órdenes y prohibiciones, y cada vez más a las fuerzas naturales de gobernabilidad.

Consejos prácticos

• Recordar, al momento de legislar, que "el hombre es un animal de estímulos", que "más moscas se atrapa con una gota de miel, que con mil litros de hiel" y que "más puede la zanahoria que el palo". Simplemente, al legislar, pensar como un moderno jefe de familia, sólo que a escala nacional.

• Ya que los estímulos debieran ser las fuerzas motrices o driving-forces de la moderna legislación, antes de echar a andar una nueva ley, el legislador debería preguntarse si ya le ha puesto motor y ruedas, a que marche a combustible de fuerzas naturales.

2.7 Conclusiones

• Si en verdad el objetivo central del marco legal e institucional para la gestión de los bosques y las tierras forestales, es su conservación y uso sostenible a largo plazo, entonces la idoneidad de la nueva legislación forestal debe valorarse no en razón de sus expresiones de deseos ni de sus "altos fines y objetivos" a nivel declarativo, sino en la medida en que esta vez aseguren verosímilmente el cumplimiento real y efectivo de tal objetivo central.

• En la elaboración de los nuevos marcos legales e institucionales debería partirse de una previa identificación y evaluación, con carácter objetivo, transparente y desideologizado, de los diversos factores de ineficacia legal e institucional evidenciados históricamente, y tratarse deliberadamente de responder a dichos factores, con nuevas estrategias e hipótesis de trabajo, con carácter igualmente objetivo, transparente y desideologizado.

• Las nuevas leyes y reglamentos forestales deberían ser cuerpos auténticamente normativos, sometidos a un proceso de institucionalización jurídica, y dotados de mecanismos, instancias y procedimientos que aseguren verosímilmente el cumplimiento de sus fines.

• "Tener el coraje de normar" significa no sólo pasar de las órdenes y prohibiciones declarativas a las sanciones concretas, sino también de los estímulos declarativos a los incentivos concretos de orden tributario, crediticio, de titularidad de derechos, seguridad jurídica, políticas de inversión pública, promoción y fomento, inserción efectiva de la variable ambiental en la política económica y fiscal del Estado y en las fuerzas y los mecanismos del mercado. Si el legislador se equivoca en la arquitectura de este sistema, se habrá equivocado en todo.

• El sistema de comando y control del Estado es condición necesaria pero no suficiente para la gestión ambiental y, específicamente, para garantizar la conservación y el uso sostenible de los bosques y las tierras forestales.

• Dada la vastedad de los bosques y dado que sólo el aprovechamiento forestal los usa económicamente manteniéndolos pie, el envolvimiento de los actores forestales regulares en su conservación es el elemento estructural básico para la gobernabilidad en materia forestal. Sólo sobre el presupuesto de tal envolvimiento es que se puede esperar eficacia en el marco legal e institucional de los bosques, porque sin la alianza con estos actores, como el personal de tropa para dar batalla al saqueo informal e insostenible de sus recursos y a la deforestación con fines agropecuarios, es inconcebible la gobernabilidad forestal, puesto que el marco legal e institucional quedaría reducido una vez más al papel del comando militar que carece de ejército. Y ya sabemos cómo les ha ido históricamente a los pobres bosques con ese esquema de gobernabilidad. Siendo esto así, la bondad de los nuevos marcos legales e institucionales en materia forestal dependerá fundamentalmente de la medida en que sean capaces de provocar el envolvimiento efectivo de los actores forestales en la conservación de los bosques. Y tanto como esto implica cautivarlos, seducirlos y ganarlos a la causa de la conservación, importa de partida conferirles sólidos derechos y brindarles seguridad jurídica efectiva. Con el derecho de propiedad, estrictamente regulado en función del aprovechamiento sostenible y con terminante prohibición de cambio de uso, se satisface a una vez las dos condiciones básicas. Si no hay el coraje para normar en tal sentido, cuando menos debería haberlo para establecer la concesión forestal de largo plazo como derecho real inmobiliario de carácter incorporal, transmisible e hipotecable. El punto es que si el diseño legal no es capaz de tornar a los actores forestales regulares en el ejército de la gobernabilidad forestal, la guerra contra la devastación de los bosques está perdida, y todo lo que nos cabe esperar del comando sin tropa —el Estado—, es lo que históricamente ha sido todo lo que nos ha venido dando: información estadística que nos vaya poniendo al día sobre los saltos que de año en año va dando la tasa de deforestación, y los miles y miles de hectáreas de bosques que, incluida su diversidad biológica e incluidos sus servicios ambientales, de año en año se esfuman de una vez para siempre del territorio nacional.

2.8 BASE BIBLIOGRÁFICA

Andaluz, Antonio: Derecho Ambiental.- Propuestas y Ensayos. PROTERRA. Lima, 1990. 217 pp.

Andaluz, Antonio: Derecho Ambiental, Materiales de Enseñanza, "Nociones Generales". UPSA. Santa Cruz de la Sierra, 1995. 63 pp.

Andaluz, Antonio: Derecho Ambiental, Materiales de Enseñanza, "Suelos - Agua - Bosques - Ordenamiento Territorial". UPSA. Santa Cruz de la Sierra, 1995. 64 pp.

Anónimo: Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 1992.

Anónimo: Caring for the Earth.- A Strategy for Survival. (Chapter: Providing a National Framework). IUCN-UNEP-WWF. Great Britain, 1993.

Bárcena, Alicia: Reflexiones sobre la Incorporación de la Dimensión Ambiental en el Marco Institucional y Operativo del Sector Público en América Latina y El Caribe. BID. Washington, 1987.

Bárcena, Alicia: Políticas y Evolución Institucional del Medio Ambiente en los Países *Miembros Prestatarios del BID. BID. Washington, 1988.*

Brañes, Raúl: La Legislación Ambiental en América latina: Visión comparativa. UAM. México, 1981.

Brañes, Raúl: Aspectos Institucionales y Jurídicos del Medio Ambiente, incluida la Participación de las Organizaciones no Gubernamentales en la Gestión Ambiental. BID. Washington, 1991.

Cano, Guillermo: Derecho, Política y Administración Ambientales. Depalma. Buenos Aires, 1979.

Cerqueira, Flora: Incorporación de la Dimensión Ambiental en una Administración Pública Sectorializada y Centralizada.- Aspectos Legales, Institucionales y Técnicos. Ponencia, I Seminario Latinoamérica de Sistemas Ambientales para la Planificación. México, 1985.

Constitución Política del Estado (Bolivia) del 02 de Febrero de 1967, reformada por Ley N° 1585 del 12 de Agosto de 1994.

Chávez, Juan Carlos: Análisis de las Fuerzas Socioeconómicas Subyacentes tras la Gestión Ambiental.- La Experiencia Boliviana. CEPAL, 1995.

De Miguel, Pedro: El Medio Ambiente y la Administración del Estado: Aspectos Estructurales. GEOTMA. Madrid, 1981.

Decreto Supremo N° 22884 del 03.Ago.91, Reglamento de la Pausa Ecológica Histórica.

Flores, Ximena: Bolivia: Diagnóstico y Uso Potencial de Instrumentos de Regulación y Económicos para la Gestión de los Recursos Naturales Renovables. CEPAL, 1995.

Fuentes Bodelón, F.: La Organización Administrativa del Estado para el Medio Ambiente. CIFCA. Venezuela, 1982.

Heinrich, Freddy et al: El Medio Ambiente en la Legislación Boliviana. La Paz, 1991, 575 pp.

Ley de Reforma Agraria (Bolivia), D.L. Nº 3464 del 02 de Agosto de 1953.

Ley del Medio Ambiente Nº 1333 del 27.Abr.92

Ley General Forestal de la Nación D.L. Nº 11686 del 13.Ago.74.

Mancilla, Richard: Diagnóstico Forestal del Departamento de Santa Cruz. PAFB/FAO, Santa Cruz de la Sierra, 1994.

Pérez, Efraín: Enfoques Legales e Institucionales de la Conservación de la Diversidad Biológica. En Taller Sudamericano sobre la Conservación de Biodiversidad. UICN-SUR. Quito, 1993.

Ramírez Rebolledo: Guillermo: Legislación Ambiental en los Países del Convenio Andrés Bello. SWECAB. Bogotá, 1990.

Reglamento de la Ley General Forestal, D.S. Nº 14459 del 25.Mar.77.

Sunkel, Osvaldo et al: La Dimensión Ambiental de la Planificación del Desarrollo. CEPAL - ILPES - PNUMA, Vols. I y II, Grupo Editor Latinoamericano, 1988.

3 SEGURIDAD JURÍDICA E INCENTIVOS PARA PROMOVER LA INVERSIÓN PRIVADA EN EL SECTOR FORESTAL[6]

3.1 BASES CONCEPTUALES

Los más grandes problemas se generan sencillamente por una falta de claridad en las bases conceptuales, y la mejor forma de desentrampar históricos debates, es empezando por clarificar sus bases conceptuales.

La primera base fundacional del derecho es el axioma *Ubi societas, ibi jus*, donde hay sociedad hay derecho, enunciado en los albores del Derecho Romano. No sé si para todos está claro que se trata de un dato de realidad y no de un juicio de valor; es decir, no es que en toda sociedad debería haber derecho o que sería bueno que lo hubiera, sino que sin derecho simple y llanamente es imposible que pueda haber sociedad. Así, decir que hay sociedad, es predecir que hay derecho; o que la existencia del derecho es la precondición implicada en la existencia de la sociedad. En todo caso, no está demás recordar este presupuesto elemental que ni aún para todos los juristas está claro, ya que por lo mismo que es un presupuesto, todos presuponen que ya se sabe, y nadie se toma el trabajo de explicarlo.

En este orden de ideas, aún el estado más precario de sociedad implica un estado precario de derecho. En este sentido, también hay derecho y hay cierta forma de Estado aún en las tribus y clanes más primitivos, y no sólo en el derecho y los Estados modernos. Lo que sucede es que las normas y los órganos son menos especializados, y que hay una cierta confusión entre normas y poderes, de manera que no se sabe dónde comienzan y dónde terminan las normas jurídicas y las religiosas, y dónde comienza y dónde termina el poder del jefe y del brujo. Pero que hay derecho y cierta forma de Estado, ciertamente los hay, y la prueba es que son tribus y clanes.

3.1.1 La faceta futurible del derecho

Los antropólogos dirían que, siendo el derecho un producto cultural más, el estado precario de la sociedad explica el estado precario de su derecho; los juristas dirán que la precariedad del derecho explica la precariedad de la sociedad. Cada quien toma como punto de partida su objeto de estudio. Lo cierto es que ambas realidades interactúan: de hecho, es la sociedad la que crea derecho, y una sociedad más consolidada creará un

---

[6] Conferencia dictada en la II Reunión de Inversión Privada en el Sector Forestal de las Américas, realizada en Santa Cruz de la Sierra del 8 -11 de diciembre de 1997.

derecho más sólido; pero también el derecho consolida sociedades y crea sociedad. En este sentido, el derecho es como una soga que se tiende hacia el futuro, para luego tirar de ella. Y esta es otra cosa que siempre se olvida y nunca se explicita, ni aún entre los juristas, a saber, que el derecho no es sólo el epifenómeno jurídico o reflejo legal de lo que la sociedad de hecho ya es, sino también de lo que la sociedad quiere ser.

Desde esta perspectiva, digamos que el derecho es superyoico. Y esta faceta también es un dato de realidad que debemos tener presente, porque siempre tendremos que enfrentarla; no importa cuánto nos desgastemos en acusar de "irrealistas" a cuantas nuevas exigencias nos imponga la ley —como las normas de sostenibilidad, por ejemplo—. Y que ciertamente son todavía irreales, en la medida que precisamente se trata de nuevos ideales de realidad plasmados en la ley, pero no necesariamente irrealizables. Lo que, por lo demás, la propia realidad —que es la prueba ácida de la ley y del legislador— se encargará de ir decantando.

Todo esto, desde luego, sin perjuicio de que el legislador debería tener lo que Ortega y Gasset llamaba "una higiene de los deseos", para distinguir entre lo que son nuevos ideales viables de realidad y lo que son simples expresiones de deseos irrealizables. Y sin perjuicio de que, en efecto, existen leyes bastante antihigiénicas en lo que hace a la faceta futurible del derecho.

3.1.2 El primer acto de justicia es la seguridad jurídica

Después del *Ubi societas ibi jus*, viene el *Justitia est perpetua voluntas quique suum tribuendi*, la justicia es la voluntad permanente de dar a cada quien lo suyo. Lo que se presta a debatir qué sea lo suyo de cada quien, pero no que cada quien debe tener lo suyo bien definido si se quiere vivir en sociedad, desde que esa definición es lo que hace a la sociedad y a un modo u otro de sociedad. De lo que resulta que la única justicia objetiva que nos queda de esa definición de justicia, es la seguridad jurídica.

Y eso es lo que ahora nos ocupa: Qué es lo suyo de cada inversionista en el sector forestal o qué debe definirse legalmente como lo suyo si queremos que invierta.

Y eso es, precisamente, la seguridad jurídica: Que cada sociedad acuerde a cada quien qué es lo suyo y que lo garantice efectivamente, con medios rápidos, imparciales y eficaces. Y eso es precisamente el Estado, y por eso decía Hans Kelsen en su "Teoría pura del derecho" que Estado y derecho son en buena cuenta lo mismo. Y en efecto lo son, en la medida que el fin del derecho es organizar a la sociedad definiendo qué es lo suyo de cada quien y estableciendo los órganos para arbitrarlo, y el Estado no es otra cosa que la "sociedad jurídicamente organizada", incluyendo sus órganos de arbitraje.

De donde, cuando nos preguntamos si en un Estado hay o no realmente seguridad jurídica, lo que en realidad nos estamos preguntando es si hay o no Estado o hasta qué punto el Estado es realmente Estado. Así de implicante, así de sencillo, así de terrible.

3.1.3 ¿Qué es seguridad jurídica?

Seguridad jurídica es tener claramente establecidas las reglas de juego y que las reglas de juego realmente se cumplan. Lo cual es una función básica de los órganos constituidos del Estado y la razón básica por la que las sociedades constituyen Estado.

De aquí que el verdadero primer valor del derecho no sea la justicia, como tradicionalmente se sostiene, sino la seguridad jurídica. Y la razón es muy simple. La justicia es un valor ético, y cada quien puede tener su propia noción de justicia, siendo que el profesional de la ciencia del Derecho no está habilitado para arbitrar científicamente lo que sea o no justicia, como que la sola posibilidad de un arbitraje objetivo es descartada de antemano por la naturaleza subjetiva del valor. Lo he dicho en otra ocasión y con otro motivo: Es como hablar de la *razonabilidad de un cuadro de Salvador Dalí o la metafísica del "Preludio a la Siesta de un Fauno" de Claude Debussy o de la cientificidad de la "Ética a Nicómaco" o "La Moral a Eudemo" de Aristóteles o la belleza de la ley de la gravedad o la justicia de los logaritmos o la verdad de una nostalgia o, en fin, la lógica formal del color azul o del sabor a salado que tienen tus labios cuando calienta el sol allá en la playa*[7].

Lo que un juez administra no es justicia, es la ley; y la ley es el único referente objetivo de justicia. Y la mayor injusticia de los jueces consiste simplemente en no administrar la ley. Es decir, una vez más, el pecado capital de la inseguridad jurídica.

Para prueba sencilla sobre la arena movediza que son las distintas nociones de justicia, baste este ejemplo: el señor Fidel Castro es un profesional del Derecho y el señor Bill Clinton también, y no necesito insistir en cuán distintas son sus nociones de justicia, y qué cree cada uno de ellos que debe ser lo suyo de cada quien y cómo debe estar organizada la sociedad para lograrlo. El único punto en común, es que ambos se sustentan en la justicia. Lo que demuestra lo poco común que es ese punto, al extremo que nada menos que dos profesionales del Derecho lleguen a sustentar en su nombre dos modelos societales diametralmente opuestos.

Es decir, la justicia da para todo. Y tan cierto como que el señor Hitler no fue hombre de leyes, es que creía estar actuando en justicia. Y digamos que no estuvo poco acompañado. Al menos no tan poco que no requiriese de una alianza mundial para vencerlo. Lo que demuestra que no pocos creían en la mucha justicia de su causa, y por eso precisamente que el señor Hitler se convirtiera en un problema mundial: no por el señor Hitler en sí, sino por los muchos que lo acompañaban, incluyendo otros Estados. Es más, si el señor Hitler hubiese vencido y su imperio milenario del nazismo se hubiera hecho realidad, esa causa habría pasado oficialmente por justa, cuando menos mientras imperaran las pautas oficiales de justicia editadas por el emperador.

Y lo propio se puede decir, por igual, de cuanta causa existe: ya de la causa pía de la Madre Teresa, ya de la nada apiadada de Polpot; ya de la formidable innovación balística del Mahatma Ghandi y su resistencia pacífica para vencer imperios, ya de los bombazos sin

---

[7] Andaluz, Antonio; *El Evangelio Según*, Marea Editores, Santa Cruz, 1993, p. 204.

causa de cualquier movimiento terrorista: todos actúan sinceramente convencidos de la justicia de su causa, y es precisamente esa profunda convicción la que los convierte en causa y les acopia torrentes de conversos. Y todos editarían las pautas oficiales de justicia en caso de salir vencedores.

¿Qué pueden hacer los profesionales del Derecho en este caso? Lo que siempre han hecho: cada quien abraza su propia noción de justicia de acuerdo a los íntimos dictados de su sentido ético, y lo hace con frío profesionalismo, porque eso no tiene nada que ver con su profesión.

Y la historia es por demás elocuente e irónica respecto a la arena movediza que son las nociones de justicia. Pongo sólo dos ejemplos suficientemente ilustrativos.

Platón, el autor de "La República", ideó el modelo societal ideal donde todas las personas debían ser iguales y dedicarse por igual tan sólo a las actividades ennoblecedoras, como el conocimiento, las artes, la expansión espiritual del alma humana. Cuando se le preguntó quiénes harían los trabajos en una sociedad a tal punto igualitaria, contestó que los esclavos. Es decir, que en esta justicia igualitaria no sólo unos resultaban siendo más iguales que otros, sino también otros por igual desigualados. Y es que según la noción de justicia de la época, los esclavos no eran personas, sino cosas, herramientas parlantes.

Algo peor aún: el modelo societal ideal por excelencia, fue el que ideó Tomás Moro en la isla de Utopía, al punto que de ahí quedó la palabra para designar ideales y proyectos virtualmente irrealizables. Pues bien, si repasan "Utopía" verán que el idealismo de Tomás Moro ciertamente llegó a la exquisitez de plantear que ninguna persona haría actividades "degradantes", como limpiar corrales, etc., pero también a lo menos exquisito de plantear, muy suelto de huesos el señor utopista, que eso debería estar relegado a los esclavos. Esa era la noción de justicia del utopista por antonomasia, aunque evidentemente no la de los esclavos.

Con lo que, de paso, se demuestra que las utopías no sólo son realizables, sino que han sido de hecho largamente superadas a lo largo de la historia, y se demuestra que no somos tan malos como se cree, ni lo hemos hecho tan mal, ni nos ha ido tan mal. Hoy, sin ser ningún Tomás Moro, cualquier persona sostiene que el trabajo es digno y dignificante, aunque sea limpiando corrales o recogiendo la basura de las ciudades, y hoy la esclavitud, el colonialismo o el apartheid son actos de lesa humanidad ante la comunidad de las naciones.

Pero todo eso comenzó alguna vez por ser objetivado en alguna ley como la *verbalización social* de un ideal deseable de nueva realidad. Lo que de paso también demuestra que el derecho tiene, en efecto, su faceta futurible; y el dato de realidad es que ese toro existe, y que no por decir que es "irrealista" sus cornadas serán menores. Tal es el caso, hoy en día, de las normas de sostenibilidad, por ejemplo, que para esa verbalización social objetivada en la ley aparece como un ideal de nueva realidad que es de hecho mucho más viable y más ecuménicamente compartido que entonces lo fue acabar con la esclavitud. Y si con menos la faceta futurible del derecho entonces se salió con las suyas de plasmarse en realidad, no se ve por qué esta vez, con más, no lo lograría. Digamos que es pura matemática y cuestión de aceptar las cifras.

En todo caso, el hecho es que la justicia es una arena movediza y que el profesional del Derecho no es quien para dirimirla científicamente, siendo que el único referente objetivo para arbitrarla son las leyes y los principios generales del derecho. Y eso, puede que sea o no justicia, pero es seguridad jurídica, que es la única justicia objetiva que puede arbitrarse.

En efecto, la seguridad jurídica es un hecho objetivo: hay o no reglas de juego claras, y se cumplen o no esas reglas. Y aquí sí el profesional del Derecho puede pronunciarse objetivamente, hay indicadores objetivos, metodologías objetivas, y puede proponer herramientas objetivas para lograrlo. Todo ello, desde luego, sin perjuicio de que tenga su propia noción de justicia y sus acciones estén presididas por ella.

Ya que de justicia y seguridad jurídica se trata, concluyamos diciendo que no hay injusticia más grande, y para todos, que la falta de seguridad jurídica. Es decir, el no saber a ciencia cierta a qué atenerse. Con lo que la seguridad jurídica es la primera razón de Estado: presupuesto básico para que exista una auténtica sociedad y para que alcance su superior destino nacional. Y es esa la primera razón del derecho. Vale la pena enfatizarlo, para que lo recuerden los estadistas que lo han olvidado, y para que lo aprendan quienes nunca lo aprendieron.

3.2 Seguridad jurídica e incentivos a las inversiones

Desde esta perspectiva, la seguridad jurídica es de hecho el primer incentivo a las inversiones, y si el objetivo estratégico central de cualquier legislación moderna sobre asignación de los recursos naturales a los particulares es, desde luego, el desarrollo, pero con sostenibilidad, tres condiciones básicas para la sostenibilidad del desarrollo son las siguientes: titularidad clara del derecho, plazo suficiente y seguridad jurídica efectiva.

3.2.1 Titularidad clara del derecho

Desde luego, la forma clara por excelencia de titularidad es la propiedad, desde que es el derecho real por excelencia, que insume el plazo suficiente también por excelencia, que es la perpetuidad, y, finalmente, la seguridad jurídica por excelencia, al presuponer, en general, capacidad de oposición a todo otro derecho, así como capacidad plena del titular para activar y agilizar operaciones económicas vinculadas al bien base, como bancar operaciones forestales, constituir una cartera de garantías inmobiliarias, consolidar el propio tráfico patrimonial del bien base o sus productos o derivados, etc.

Ciertamente, algo semejante puede ocurrir con la concesión, si definida como un derecho real inmobiliario de carácter incorporal, pero en este caso la herramienta está limitada por los propios límites naturales del derecho, tales como el solo derecho al vuelo forestal, el plazo limitado, posibles superposiciones con derechos propietarios que lo excluyan o reduzcan, y el hecho que el acreedor no esté respaldado por el bien base ante la eventualidad de reversión del vuelo forestal al dominio del Estado a título de sanción (caducidad).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la propiedad no es una condición suficiente para garantizar la sostenibilidad y que tiene que ser apoyada con el sistema regulatorio, desde que está históricamente demostrado, en las más diversas latitudes, que muchos no han manejado sosteniblemente los recursos naturales, no obstante ser propietarios privados. La solución es sencilla, pues para eso existe una herramienta que no es precisamente nueva: la ley. Para el caso de la entrega en propiedad de los bosques, naturalmente una ley deberá establecer su régimen, prescribiendo inequívocamente el uso exclusivamente forestal a que está destinada la propiedad, así como la expropiación por causa de incumplimiento de la función social en caso de incumplimiento, a cuyo efecto tranquilamente puede establecer que los daños al patrimonio natural serán cuantificados y descontados de la indemnización justipreciada.

Merece comentarse que generalmente lo que inviabiliza la posibilidad de la propiedad forestal suele ser la extensión demandada por los titulares. Para poner por ejemplo el caso boliviano, 185 empresas se habrían quedado con la propiedad del orden de 22 millones de hectáreas. Y esto es políticamente inviable, porque la gente sencillamente no lo acepta, y mientras la gente no lo acepte, no lo aceptarán los políticos. Creo que el ojo de la aguja por donde puede pasar este camello, es que probemos si se puede hacer buen negocio y manejo forestal sostenible en áreas más pequeñas. Desde luego, mi simpatía por la propiedad es que así es más verosímil que el titular compre de verdad el paquete de la sostenibilidad, y de verdad lo implemente, en propio beneficio, porque la sostenibilidad es nomás un buen negocio; con lo que de paso se beneficiaría al interés general de la Nación, que es lo que nos interesa.

El hecho es que, trátese de propiedad, concesión, autorización, permisos o licencias, la titularidad debe ser clara y no estar confrontada o superpuesta con otros derechos. Y este es el primer problema potencial en materia de seguridad jurídica con respecto a la asignación de los recursos naturales a los particulares; y es lo primero que hay que resolver para promover las inversiones.

3.2.2 Plazo suficiente

Si el plazo no es suficiente para repagar las inversiones y satisfacer razonablemente las expectativas de rentabilidad (reditualidad expectaticia de capital de riesgo más trabajo, versus rentismo ocioso preasegurado), ese solo hecho será una señal perversa que hará tierra arrasada de todo el discurso de sostenibilidad de la ley. Es el caso, por ejemplo, de las legislaciones forestales con plazos inferiores a siquiera dos ciclos naturales de corta, con lo que dejar árboles juveniles de hoy para cosecharlos maduros mañana, además de suponer un costo de oportunidad *vìs-a-vìs* la tasa de redescuento bancario, puede convertirse en el juego de "nadie sabe para quien trabaja", que es muy divertido en los naipes, pero lo que más duele e indigna en la vida real. En el caso de la ley forestal boliviana la opción del legislador fue por la concesión por el plazo de 40 años, con libramientos automáticos de prórroga cada cinco años en caso de obtenerse dictamen favorable de las respectivas auditorías forestales quinquenales.

3.2.3 Seguridad jurídica efectiva

Si la seguridad jurídica no es eficaz para garantizar los derechos formalmente otorgados por el Estado, no tiene ningún sentido hablar ni de un régimen de inversiones ni de un régimen de sostenibilidad. Seguridad jurídica efectiva implica no sólo la declaración formal de los derechos del titular, sino también mecanismos rápidos, eficaces e imparciales para hacerlos cumplir. Como algunos ejemplos del caso boliviano, cabe resaltar: el lanzamiento en 72 horas de cualquier persona que sin título que lo habilite invada o aproveche recursos en tierras o derechos ajenos (el lanzamiento procede bajo simple libramiento administrativo de evacuación emitido por la instancia local de la Superintendencia Forestal y con el auxilio de la policía o, por defecto o previsión de rebasamiento de fuerzas, de la guarnición más cercana de las fuerzas armadas); los libramientos de prórroga quinquenal con carácter automático (para descartar de antemano la eventualidad de extorsiones burocráticas), el silencio administrativo positivo introducido en varias partes de la legislación (para forzar al Estado a ser paradigma del cumplimiento de la ley y los plazos perentorios), y la revocatoria de las concesiones por causa de utilidad pública, en debido proceso, autorizado por Decreto Supremo expreso para cada caso, y previa indemnización justipreciada del daño emergente, conforme a un procedimiento claramente establecido.

3.3 Incentivos

3.3.1 Base doctrinal

Siempre digo que el estadista del futuro será como el José Antonio del valse de Chabuca Granda, que *con finas cintas de seda gobierna a su caballo*. No con riendas implacables, no con latigazos lacerantes, no con bridas de tormento ni con espuelas aceradas. Tampoco con vendas en los ojos. En suma, no "con manos férreas" como tanto gusta decirse para significar buen gobierno y buen gobernante.

Y el símil es entre el sistema de comando y control del Estado —o sistema de órdenes y prohibiciones o simplemente sistema regulatorio—, y el sistema de incentivos y desincentivos o sistema de señales. O entre el jefe de familia mandón y vociferante, que se hace odioso y es temido, pero que de todas maneras es burlado a ocultas; y el jefe de familia bonachón, que es querido, pero que mantiene a todos en vereda y a plena marcha.

En este sentido, lo único que se espera del estadista del futuro, es que aprenda a gobernar el Estado como de hecho lo viene haciendo desde hace rato cualquier jefe de familia moderno.

La diferencia es que el segundo sistema es más eficaz, de menor costo y más productivo.

a) Más eficaz, porque es imposible monitorear el cumplimiento universal del sistema de órdenes y prohibiciones, ni aún reforzando la función de policía del Estado al extremo de establecer un Estado policíaco. Tampoco este tipo de jefe de familia logra que sus hijos no hagan de las suyas a escondidas o tan pronto como estén fuera de su alcance. En cambio, el sistema de incentivos y desincentivos implica gobernar por señales, haciendo que la gen-

te vaya por donde el gobernante quiere que vaya y no vaya por donde él no quiere, y que todos vayan y no vayan sin saber siquiera que están siendo gobernados. Lo que se llama *con finas cintas de seda*.

b) De menor costo, no sólo porque implica menor capacidad instalada de monitoreo —aunque altamente tecnificada— y menos burocracia y función de policía —aunque altamente profesionalizadas—, sino también menor costo social, incluyendo el estado anímico de la sociedad.

c) Más productivo, porque gobernar una familia no es sólo ver que los hijos no cometan infracciones, sino fundamentalmente encaminar, propiciar, alentar, auspiciar, el desarrollo al máximo de sus potencialidades, en la perspectiva de un superior destino individual y familiar. Y no necesito insistir hasta dónde llegan, en perspectiva de futuro, las familias tipo A y las familias tipo B. Lo propio ocurre, con el mismísimo sistema, pero llevado esta vez al nivel de Estado. Y de ahí que ciertamente no sólo tiene un costo menor, sino que es más productivo. Dicho de otra forma, el costo mayor del sistema A no es sólo el diferencial que pierde en la implementación del sistema, sino lo que deja de ganar con el sistema ya implementado.

En suma, para cerrar la base doctrinal y entrar a los problemas prácticos, quedemos en que el esquema teórico del buen gobierno del futuro, debe ser simplemente como el esquema práctico que cualquier moderno jefe de familia ya viene aplicando, a saber: el encaminamiento racional de sus miembros en función de una perspectiva de futuro, estimulando lo positivo y desestimulando lo negativo, pero manteniendo siempre los reglamentos sobre la mesa y el látigo en la pared, por si surge alguna oveja descarriada para quien no bastan las buenas maneras. Y manteniéndolos no sólo como recurso correctivo de última instancia, sino también como permanente herramienta admonitoria y disuasiva, como cualquier jefe de familia sabe, como sabe que el látigo es la metáfora de ciertas privaciones.

Esto, llevado a nivel de Estado, significa: sistema de incentivos y desincentivos como eje central de gobierno, pero apoyado por el sistema de comando y control del Estado, que ciertamente debe tener siempre los reglamentos sobre la mesa y el látigo en la pared. Lo que nos lleva a que el planteamiento "o sistema de incentivos o sistema regulatorio" es en realidad un falso dilema.

En efecto, ya hemos quedado en que, como en cualquier familia, los reglamentos y el látigo son indispensables en cualquier Estado. El verdadero dilema es, como en la familia A y en la familia B, si debe confiarse tanto en la eficacia del sistema regulatorio, al extremo de que se llegue a la sobreregulación, subestimando casi por completo la efectividad de las buenas maneras; o si se debe confiar un poco más en la anciana sabiduría de la conseja popular que dice que *más moscas se atrapa con una gota de miel que con un litro de hiel*; pero manteniendo la hiel siempre a mano.

En otros términos, no es que están demás los reglamentos y los látigos, sino que están de menos los incentivos y los estímulos. Los verdaderos términos de la polémica son: sobreestimación de la regulación versus subestimación de los estímulos.

En torno a la sobreregulación, creo que para todos está claro que poner las cosas en su sitio significa hacer que los Estados —que no pueden con sus funciones esenciales— no

metan sus narices en lo que deben resolver las leyes económicas y los mecanismos del mercado.

La cosa no está igualmente clara en torno a los que claman por una subregulación. A estos hay que recordarles, primero, que el mercado es bueno si existe, y, segundo, que para que exista debe existir Estado, y que Estado y regulación son lo mismo. En pocas palabras, nadie se atrevería a sostener que los términos del debate son "o mercado o Estado", pero quienes claman por una sub-regulación o una total desregulación, no se han dado cuenta que es eso lo que están planteando.

3.3.2 Problemas prácticos

Las principales herramientas universales de estimulación son las tributarias, las crediticias y el direccionamiento de la inversión pública, además de las cuestiones básicas de titularidad clara, plazo suficiente y seguridad jurídica plena.

Siempre en términos de base doctrinal, lo del direccionamiento de la inversión pública pasa por un posicionamiento o *up-grading* del tema forestal en la agenda de los decisores políticos. Para simplificar, aquí lo más notable es que sencillamente el sector forestal no está todavía en la lista del mercado de esa ama de casa que es el gobernante, y que, por tanto, no tiene todavía valor de mercadeo político. Digamos que en la lista de los factores de poder, está entre los postres prescindibles o, para ser más alusivos al sector, es el palito de dientes. Esto cambiará sólo cuando el colectivo nacional y la clase política entiendan que la verdadera importancia de los actores forestales regulares está en que son los custodios de la auténtica integridad territorial del Estado: la que incluye como elemento esencial a los recursos naturales renovables, incluida la diversidad biológica, sin los cuales, y sin sus servicios ambientales, ya de poco vale un territorio. Y esto sólo lo van a entender cuando el sector se los haga entender. Mientras el sector permita que se lo siga midiendo por su aporte al PIB o sus exportaciones, seguirá tragándose el anzuelo de la trampa conceptual, y en la gran cena de los factores de poder seguirá siendo el palito de dientes.

En cuanto a las herramientas tributarias y crediticias, la cosa es tan simple como un tratamiento diferencial en función de lo que se quiere y no se quiere incentivar, y donde la idea no es siquiera que el Estado subsidie, sino más bien que el Estado arbitre la política tributaria y crediticia para que unos, las actividades desincentivadas, subsidien a otros, las actividades incentivadas, sin alterar el universo de caja.

Y aquí el problema es que de ahí venimos y que hemos cometido tantos abusos, que de hecho dejamos quebradas nuestras bancas de fomento y nuestras arcas fiscales, y nuestros Estados se han quedado tan escarmentados que, a partir de los programas de reajuste estructural, se ha tomado como axioma de Estado que no hay exención impositiva que no se preste a la evasión tributaria sistemática, ni hay subsidio que no se preste al sistemático drenaje de los recursos fiscales. Y es así como hemos pasado al principio de caja única, la eliminación de impuestos destinados y de tratamientos tributarios diferenciados, etc., a la vez que en cuanto respecta a los créditos de fomento la política es estítica a rajatabla,

salvo uno que otro líquido que logre infiltrarse por entre las rendijas. Fue como decir *de aquí en adelante que cada quien baile con su propio pañuelo y sálvese quien pueda.*

En principio estuvo bien, para ordenar la casa y purgar el organismo nacional de parásitos abusivos. Pero, si se observa, eso es precisamente el anti-Estado: dejar que cada quien baile con su pañuelo y que se salve sólo quien pueda. En otros términos, constituimos Estado para que alguien dirija la orquesta y para ser orquesta, y el hecho es que no podemos seguir indefinidamente con cada quien soplando como quiera o como pueda.

Y este es el problema. Que cada vez que hacemos una ley para promover algo, por ejemplo una ley de turismo o una ley forestal, todo va bien hasta que se llega al capítulo de los incentivos —que es la ley en sí o el corazón y el motor de la ley—, donde nos chocamos con lo que en Bolivia yo llamo *la muralla infranqueable de la Ley 843*, de reordenamiento tributario, y que tiene sus homólogas en todos nuestros países; a la vez que nos precipitamos en el *salto al vacío de los créditos promocionales* que, por el momento, lo único que son, es que no son. Y entonces uno, que hasta ahí ha llevado la pluma con mucho entusiasmo, llega a la conclusión de que no tiene ningún sentido hacer ninguna ley promoviendo nada, cuando las herramientas promocionales por antonomasia están descartadas de antemano.

Y ese es el problema práctico: comprender que las políticas del programa de reajuste estructural tuvieron su razón de ser y no fueron gratuitas, pero que, una vez cumplido su cometido coyuntural meramente ordenador y sanitario, sería un despropósito del estadista perpetuarlas como políticas de Estado, por ser precisamente negatorias de su capacidad de gobierno, en función de los objetivos a largo plazo del Estado. Y si se comprende que tuvieron su razón de ser y no fueron gratuitas, se comprenderá que la tarea ahora es hacer toda una reingeniería del Estado, para volver a poner en manos del estadista tan elementales instrumentos de gobierno, pero cuidando esta vez de no dar pábulo a la evasión tributaria sistemática ni al sistemático drenaje de los recursos fiscales, que nos vuelvan a llevar a la bancarrota.

Y hacer esa reingeniería será tarea nada fácil, teniendo en cuenta que quienes están al otro lado del mostrador ya se acostumbraron a lo rutinario y mecánico que es manejar sistemas tributarios y crediticios simplificados, y de hecho no les simpatiza para nada la idea de renunciar a sus sencillos hábitos de domésticos recaudadores, para complicarse la vida convirtiéndose en manejadores de instrumentos de desarrollo.

Mientras tanto, es mejor que no sigamos descubriendo que las leyes sólo dan palos y no zanahorias, porque el producto depende de los insumos, y por ahora los únicos insumos que están en la mesa son palos y palos. Y ya es bastante que a uno le pidan que haga cantar a un burro, pero que encima ni siquiera le den el burro, ya es demasiado.