

LA COMPENSACIÓN POR SERVICIOS AMBIENTALES

Un enfoque desde el Derecho Civil

Antonio Andaluz Westreicher
Profesor de Derecho

Sumario: *Consideraciones preliminares – I. El tema de la denominación correcta.- II. El tema de los servicios ambientales como bien en el sentido jurídico.- III. El tema de los términos de la relación jurídica.- IV. El tema de la fórmula inversamente proporcional.- V. El tema del hacer y no hacer del generador en correlato con el dar del beneficiario.- VI. El tema de la constante del largo plazo.- VII. El tema de la parte más vulnerable en la relación jurídica.- VIII. El tema de la naturaleza jurídica.- IX. El tema del contrato.- X. El tema de los requerimientos de administración del vínculo.- XI. Palabras finales: la matriz jurídica.- XII. Referencias bibliográficas.*

LA COMPENSACIÓN POR SERVICIOS AMBIENTALES

Un enfoque desde el Derecho Civil

Sumario: *Consideraciones preliminares – I. El tema de la denominación correcta.- II. El tema de los servicios ambientales como bien en el sentido jurídico.- III. El tema de los términos de la relación jurídica.- IV. El tema de la fórmula inversamente proporcional.- V. El tema del hacer y no hacer del generador en correlato con el dar del beneficiario.- VI. El tema de la constante del largo plazo.- VII. El tema de la parte más vulnerable en la relación jurídica.- VIII. El tema de la naturaleza jurídica.- IX. El tema del contrato.- X. El tema de los requerimientos de administración del vínculo.- XI. Palabras finales: la matriz jurídica.- XII. Referencias bibliográficas.*

Resumen: Salvo el caso de los gases de invernadero, en que es el servicio ambiental es en si el objeto de la relación jurídica (pago por servicios ambientales - PSA), para todos los demás casos parece recomendable pasarse al carril de la compensación por servicios ambientales (CSA), en que la relación jurídica se reduce al reconocimiento de los costos asociados a los supuestos de la generación. La primera modalidad (PSA) requiere de complejas metodologías para establecer las respectivas líneas base, primero, y medir los servicios generados como adicionalidad, después, lo cual se explica (a) por el carácter internacional de las transacciones, que obliga a su conversión en valores (unidades/precio) negociables a esa escala, y (b) porque la fuente legal (Convención Marco sobre el Cambio Climático y Protocolo de Kyoto) tiene por objeto reducir las emisiones globales (decremento en la remoción de depósitos e incremento de sumideros), lo que hace necesaria la medición. Trasladar esa lógica a los demás servicios ambientales conlleva dos problemas: de un lado, complica y encarece el establecimiento y la administración de la relación jurídica (determinar la línea base antes del proyecto y medir la adicionalidad con el proyecto en marcha), y, de otro, es predecible que resulte inatractivo para el generador, habida cuenta que, independientemente de la adicionalidad efectiva que se genere o no en agua, diversidad biológica o belleza escénica, por ejemplo, lo cierto es que por igual incurrirá en los mismos gastos de conservación y costos de oportunidad. Lo que se pacta y monitorea en el primer caso (PSA), es la generación del servicio ambiental, y jurídicamente la relación se mueve en el terreno de la compra-venta (a tanto la tonelada capturada o de emisión evitada). En cambio, en el segundo caso (CSA), lo que se pacta y monitorea son sólo los supuestos de la generación, moviéndose la relación en el terreno de las obligaciones de

hacer y no hacer del generador en correlato con las de dar del beneficiario, así como en el de los derechos reales (servidumbre civil voluntaria). Así, si a instancias del beneficiario el generador conserva un bosque (supuesto de generación), lo natural será que aspire a una compensación por el solo hecho de abstenerse de dar otro uso económico a esa tierra, muy al margen del grado de incremento del servicio ambiental en que ello efectivamente repercuta. Una ventaja adicional es que este carril ya cuenta con la infraestructura jurídica básica en todos nuestros países (legislación civil), mientras que para el otro habría que instalarla legislativamente, siendo que ofrece facetas extremadamente complejas, como se puede apreciar del ejercicio incorporado con fines de cotejo en la segunda parte de esta entrega. Como propuesta para el debate, el trabajo presenta los diez temas clave para moverse por el carril de la compensación por servicios ambientales.

Palabras clave: Compensación por servicios ambientales (CSA). Pago por servicios ambientales (PSA). Ordenamiento territorial. Clasificación de tierras por su capacidad de uso mayor. Servidumbres ecológicas. Restricciones administrativas. Limitaciones legales al derecho de propiedad. La matriz jurídica.

Consideraciones preliminares.

Ante todo debe hacerse notar que la compensación por servicios ambientales (CSA) es una realidad jurídica, como realidad jurídica es todo contrato en que alguien, a cambio de algo, se obliga a algo con otro. Dicho de manera más cabal, la CSA es ciertamente una transacción económica, pero ocurre que en la práctica sólo puede asumirse que existe cuando se la ha revestido de la forma jurídica que la exprese idóneamente en tanto relación creditor-debitor. La exigibilidad jurídica es el factor clave en toda relación que dependa esencialmente de la habilidad legal de las partes para exigirse mutuamente el cumplimiento de sus términos. Cuando Pedro compra a Juan un kilo de tomates, el dinero va del bolsillo de Pedro al de Juan y los tomates del aparador de Juan al bolso de Pedro. Aquí también tenemos una transacción económica, que jurídicamente corresponde al contrato de compra-venta, pero ni Juan ni Pedro se hacen cuestiones en torno a la exigibilidad jurídica, porque las mutuas prestaciones han sido simultáneamente satisfechas. Lo que sucede en el caso de la CSA es, en cambio, una transacción económica en que el cierre del trato entre Pedro y Juan es sólo la bajada de bandera para que las prestaciones empiecen a correr, habida cuenta que deberán ser satisfechas durante un plazo más bien largo, cuando no a perpetuidad. Aquí, por tanto,

como en cualquier otro acto civil de cumplimiento prolongado, el factor exigibilidad jurídica es clave.

Sin embargo, hasta ahora la dimensión jurídica de la CSA ha sido asumida de manera más bien tangencial, y como un componente enteramente secundario, cuando no prescindible. Y no es así, porque, como se verá más adelante, una constante, obligada por sus propios supuestos, es la necesidad del largo plazo de la vinculación, y tanto en esa función, como en función de tutelar los derechos de la parte más vulnerable de la relación, que es otra constante, o la CSA asume la condición de realidad jurídica, o todavía es nada. En efecto, cuando menos en virtud de esas dos constantes, sólo puede asumirse que las partes han llegado a un real entendimiento (acuerdo de voluntades) sobre servicios ambientales, si el mismo ha adquirido la calidad de vinculación jurídica. Dicho en otros términos, sólo de una relación jurídica debidamente trabada cabe esperarse la garantía del largo plazo o la tutela a los derechos de la parte más vulnerable; por lo que la sola existencia de esas dos constantes ya determina: (a) que la CSA no puede darse sino como una relación jurídica, y (b) que por “debidamente trabada” debemos entender que formalizada y clausulada en términos legalmente idóneos para amparar eficazmente los derechos de parte y parte. Mientras no se tenga esto, lo que se tiene es un acuerdo en principio de voluntades, donde “en principio” significa que, al influjo de las conveniencias económicas dictadas por las circunstancias, tal acuerdo podrá ser traicionado en el momento en que traicionarlo sea lo conveniente económicamente para la parte más aventajada en la relación (el titular de la tierra llamada a generar servicios ambientales), en agravio de la más vulnerable (el que a cambio efectúa la erogación y compromete una inversión).

Y si esto tiene que afirmarse enfáticamente y de inicio, es porque en el seno de los propios impulsores de la CSA hay una corriente de opinión no poco difundida en el sentido de que el carácter voluntario de los acuerdos entre partes implicaría su regulación automática por los más elementales mecanismos del mercado, y que, por tanto, sería innecesaria o superflua la regulación contractual. “Pago mientras se me brinda el servicio ambiental, y al que deja de brindármelo sencillamente dejo de pagarle”. Esta sería la supuesta fórmula mágica para olvidarse de todo papelerío legal. Su único defecto es que en la práctica no sirve para ninguna de las hipótesis trabajadas en este ejercicio, pues tanto como en todas una precondición para entrar en un arreglo serio es su estabilidad en el largo plazo, en ninguna es sensato que la parte más vulnerable en la relación —el que paga— siquiera entre al acuerdo bajo esa fórmula, pues, como se verá a su turno, en ningún caso el dejar de pagar al que deja de prestarle los servicios ambientales le resolverá en absoluto los problemas en que se habrá sumido por suponer que tales servicios le serían brindados establemente en el tiempo. Por el momento, sirvan de ejemplos de la utilidad real de esta fórmula

estas dos hipótesis: (a) Sería la “solución” que permite al albergue turístico quebrado dejar de pagar por servicios ambientales a quienes, al traicionar el acuerdo y acabar con la belleza escénica que fue todo el motivo para su construcción, originaron su quiebra; (b) sería la “solución” que permite a la ciudad sedienta hacer lo propio con quienes, al traicionar el acuerdo y deforestar la cuenca de aporte, tornaron en perfectamente inservible la costosa infraestructura de captación y conducción de agua, construida bajo el supuesto de que, conforme al acuerdo, la cobertura boscosa de esa cuenca se mantendría en pie para siempre.

De otro lado, es claro que quienes promueven el pago por servicios ambientales lo hacen en su virtud de herramienta de conservación. Pero no está claro cuándo se debe pagar y cuándo no. Es más, y otra vez bajo la bandera del carácter voluntario de los acuerdos al respecto, muchos de sus promotores parecen estar claros en que eso ni siquiera se debería preguntar. Sin embargo, la decantación es relevante no sólo en términos de no pervertir el orden normativo del relacionamiento social, sino también de evitar que, por efecto colateral, la propia herramienta acabe convertida en una locomotora de la destrucción.

Asimismo, no está claro qué es lo que —cuando proceda— debería pagarse, bajo qué criterios jurídicos ajustar el pago, y en qué institutos calzar las diversas hipótesis que son materia de la vinculación.

De modo que el objetivo de estos apuntes es dejar esbozado un esquema básico sobre las cuestiones que deben considerarse al abordar con una visión jurídica la CSA, también conocida como pago por servicios ambientales (PSA) y últimamente como compensación por servicios ecosistémicos (CSE). Dicho en términos generales, para el tratamiento de la CSA hay dos posibilidades, a saber: (a) la compensación regulada por el Estado mediante una legislación para el efecto, y que, por tanto, sería obligatoria, bajo el principio de que todo el que se beneficie de un servicio ambiental está obligado a compensarlo razonablemente, y (b) la compensación voluntaria convenida entre partes. La primera modalidad es extremadamente compleja y los principales elementos a ser resueltos legislativamente, así como la dificultades que presentan, ya han sido planteados en otro trabajo del autor¹, de modo que en el presente sólo se aborda la segunda modalidad, y a ella están dedicados los diez temas que siguen².

¹ ANDALUZ, Antonio; *Bases conceptuales para un enfoque de los servicios ambientales a partir del estructuralismo normativo* (1^a edición, Santa Cruz, Sociedad Boliviana de Derecho Ambiental, 2005).

² Es ajeno a este análisis el caso de los bonos de carbono (gases de efecto invernadero), por ser una temática regulada por la Convención Marco sobre el Cambio Climático (1992) y el Protocolo de Kyoto (1997), contar con su propia institucionalidad y obedecer a una lógica en que, por transarse en el mercado mundial, la tonelada capturada o de emisión evitada es el referente que se representa en el bono, esquema que también se sigue en el llamado mercado voluntario sobre la materia. En ambos casos esa lógica obedece a que el objetivo es la reducción global calendarizada de gases de invernadero.

Finalmente, a la pregunta de por qué el enfoque desde el Derecho Civil, la respuesta es la siguiente: (a) los casos en que pueda recurrirse a las servidumbres administrativas y las restricciones administrativas (Derecho Administrativo), propiamente dejan fuera de carrera la CSA, dado que ambas son limitaciones legales que, como parte de la función social de la propiedad, el propietario está llamado a soportar en servicio del interés colectivo, siendo que cualquier consideración en torno a ablación patrimonial o lesión al núcleo del derecho dominial debe ventilarse entre el afectado y la Administración (y no entre el afectado y otro particular), y resolverse por el curso de la expropiación y no de la CSA; (b) cualquier consideración en torno a ablaciones o lesiones patrimoniales a propiedades alcanzadas por una declaratoria de área protegida, debe ventilarse entre los afectados y la Administración, y resolverse por el curso de la expropiación; siendo que, en derecho, no hay nada que otro particular deba compensar a dichos afectados, como contraprestación por la generación de servicios ambientales, ahí donde, en servicio del interés colectivo, la declaratoria (restricciones administrativas) ya le tiene aseguradas tales prestaciones al interés individual; (c) para todos los casos no comprendidos en (a) y (b), los medios de vinculación jurídica corresponden netamente al Derecho Civil; y (d) para todos los casos comprendidos en (a) y (b) en que, de manera voluntaria y a solo título de acto de liberalidad, un particular deseara compensar a los afectados, sólo caben los medios de vinculación del Derecho Civil. Ergo, para los casos (a), (b), (c) y (d), sólo cabe la CSA en una vinculación de Derecho Civil³.

Tras estas consideraciones preliminares, pasemos a los diez temas centrales para un tratamiento jurídico de la CSA, no sin antes expresar que, en términos generales, esto es aplicable para cualquier país, incluyendo las soluciones propuestas, en que bastará con sustituir los artículos citados por los pertinentes de cada legislación de naturaleza civil⁴.

³ Esto confirma que, en efecto, “aparte de sus sustentaciones doctrinales, principios rectores, metodologías de análisis y diseño normativo-institucional y herramientas de aplicación propios, el resto del Derecho Ambiental es más bien Derecho Internacional Público, Constitucional, Administrativo, Civil, Penal y, entre otros, Tributario, aplicados a su objeto bajo la orientación y dentro de las coordenadas de tales elementos” (ANDALUZ, Antonio; *Derecho Ambiental*, 2^a edición, Santa Cruz, Universidad Privada de Santa Cruz, UPSA, 2003, p 253).

⁴ Recuérdese en esta línea de pensamiento lo que ya en 1852 escribía VON IHERING: “Además de su saber puramente positivo y del conocimiento de tal ó cual derecho determinado, el jurista posee una ciencia más elevada, más general, que no está sujeta á la patria en que vive, un tesoro científico que ningún cambio ni mudanza de leyes pueden aumentar ni disminuir. La posesión de esta ciencia es la verdadera flor de ella y el fruto más noble de una existencia consagrada al derecho. La educación jurídica, elevándose por encima del derecho nacional, concentra en un terreno neutral é internacional á los juristas de todos los pueblos y de todas las lenguas. Los objetos de sus conocimientos, las instituciones y los derechos de los diversos países los separan; pero la manera de considerarlos y de concebirlos es idéntica para todos, porque los verdaderos juristas de todos los países y de todas las épocas hablan el mismo lenguaje” (VON IHERING, Rudolph; *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, 1^a edición, Granada, Comares, 1998, pp. 527-528).

I. El tema de la denominación correcta.

Escoger una denominación implica optar por un concepto. Por las razones que se verán más adelante, la denominación que al parecer debería adoptarse para toda relación no referida a los gases de invernadero, es la de CSA, ya que, en términos de lo jurídicamente manejable en la práctica, expresa con propiedad el concepto. En efecto, la denominación de PSA mienta que son los servicios ambientales generados los que se pagan y, en consecuencia, que son dichos servicios el objeto del negocio jurídico. Con lo cual ingresamos a un túnel de cien años, para ver si al otro lado logramos salir con respuestas idóneas para establecer relaciones jurídicas; en el entendido, desde luego, de que sean tales en la medida que vinculantes, firmes y practicables. El trabajo citado en la nota 1, y que para facilidad de cotejo de ambas líneas de razonamiento se incluye en la segunda parte de este volumen, es precisamente un ejercicio que hace ver las complejidades por demás desafiantes de esta opción, y que por ello debería quedar limitada a los gases de invernadero, por las razones expuestas en el tema 2.

En cambio, la denominación de CSA expresa el concepto de compensar los costos en que el titular de unas tierras incurre por causa de contribuir a la generación de servicios ambientales. Lo que, además de ser perfectamente manejable en la práctica, pues el objeto de la relación jurídica se contrae a parámetros ciertos y verificables, aparece ante el sentido de juridicidad como lo correcto, porque ni conduce a dar visos de mercancía a los servicios ambientales, ni se presta a figuras de extorsión o enriquecimiento sin causa.

En suma, y como se expone en el tema 5, bajo el concepto de CSA la relación jurídica se reduce a un balance entre obligaciones de hacer o no hacer por el lado del titular de la tierra afectada, y, por el lado del beneficiario de los servicios ambientales así generados, obligaciones de dar hasta cubrir los costos del hacer o no hacer: y que es en lo que precisamente consiste la compensación. Para lo cual, por lo demás, la infraestructura jurídica básica ya está en el Código Civil, mientras que el concepto de PSA, para cuya implementación habría que instalar la correspondiente infraestructura normativa, induce a pensar en una contraprestación económica en correspondencia, por ejemplo, con una cantidad de agua efectivamente generada o una determinada tasa de diversidad biológica efectivamente conservada, lo que, de un lado, sumiría el negocio jurídico en la ciénaga de la incertidumbre —y más cuando científicamente aún queda mucho por escudriñar al respecto—, y, de otro, haría excesivamente onerosa la administración del contrato, debido a la necesidad de mediciones que a más de complejas pueden resultar discutibles, con la alta probabilidad de que las partes ni siquiera se animaran a celebrarlo, o de que apenas celebrado

empezaran a violarlo. En conclusión, al optar por la denominación de CSA⁵ ya se estaría optando por un concepto donde, por definición, la contraprestación económica del beneficiario (o de cualquier institución que se constituya en la fuente de erogación) no dice relación con el valor de los servicios ambientales en sí, sino con los costos asociados a su generación. Esto vale por igual para la denominación de compensación por servicios ecosistémicos, pues lo jurídicamente relevante es el concepto de compensación, ya que el resto de la denominación se refiere con nombre distinto a un mismo contenido.

De manera que, tanto en términos conceptuales como operativos, hay un mar de diferencia entre CSA y PSA, pues al conducir lo segundo al pago por los servicios ambientales en sí, de la mano con tornarlos en mercancías —lo cual podría no estar exento de ciertas implicancias éticas—, lleva las cosas a la intrincada jungla de los sistemas de valoración de dichos servicios, primero, y de verificación de su producción, después, lo que importa internarse innecesariamente entre pantanos y marañas, cuando la senda corta y despejada es la razonable compensación de los costos implicados en su generación; lo que, además, no requiere de cambios sustanciales en la infraestructura jurídica existente y aparece ante el sentido de juridicidad como la fórmula sana⁶.

II. El tema de los servicios ambientales como bien en el sentido jurídico.

⁵ Aquí replanteamos lo propuesto en el anterior ejercicio (ver nota 1) precisamente por las razones ahora expuestas como fruto de la reflexión jurídica continuada después de su publicación (2005). De manera que en adelante habría que asignar al término compensación también la acepción jurídica de contraprestación económica por el equivalente de los costos en que incurre el titular de unas tierras con motivo de contribuir voluntariamente a la generación de servicios ambientales.

⁶ Permitiéndonos un estilo distendido como recurso propedéutico para la iniciación en la temática, podría ponérselo así: Si Epifanio no quiere que su vecina Rosaura le siga llenando la casa de humo por cocinar a fuego abierto para los camioneros, por qué Epifanio habría de amarrar la solución a su problema a la previa valoración económica del aire puro —a tanto la unidad de medida de tal calidad—, y no simplemente al costo de instalarle una chimenea casera a Rosaura; y con qué fundamento Rosaura podría esquilmar de por vida al pobre Epifanio, y luego los descendientes de Rosaura a los pobres descendientes de Epifanio, con el cuento de proveerle un aire puro sólo porque no se lo ensucian (vector de extorsión en ruta al enriquecimiento sin causa). No; con que el buen Epifanio le colabore con la chimenea, la tal Rosaura debería quedar dos veces agradecida, a saber, una vez por la chimenea, y otra por no haber sido denunciada por violación de normas ambientales, lo que le habría valido la sanción correspondiente, además de la orden de colocar la chimenea, o se clausura el negocio. Trasladado al ordenamiento territorial, esto se traduciría en la norma hipotética “o cumple usted con la clasificación de las tierras por su capacidad de uso mayor, o se le expropia por incumplimiento de la función social”. Ya desde aquí se ve que una regla general es que si en raciocinio jurídico sólo se puede pretender una compensación por los gastos de mantenimiento del área de generación y los costos de oportunidad, cuando una tierra con cobertura boscosa no puede convertirse a usos agropecuarios por causa de la ley (restricciones administrativas o servidumbres administrativas), los gastos de conservación constituyen de origen una carga connatural a la propiedad, que el titular está llamado a soportar en servicio del interés general, por lo que no hay nada que compensar, y los costos de oportunidad no pueden ser alegados, debido a que mal podría invocarse un costo de oportunidad ahí donde legalmente esa oportunidad no existe.

Desde luego, para hablar de compensación por servicios ambientales, primero el jurista tendrá que saber en qué consisten tales servicios y por qué se constituyen jurídicamente en un bien. Dicho suavemente, son determinadas prestaciones que brindan los bosques (u otros ecosistemas), que repercuten en beneficio del hombre y pueden ser objeto de derechos⁷ (artículo 74 del Código Civil), tales como provisión de agua, conservación de la diversidad biológica, absorción de dióxido de carbono u oferta de belleza escénica⁸.

Esto nos está diciendo que si todo el secreto está en conservar los bosques (lo cual incluye el manejo forestal sostenible), podemos llamar *generador* al que conserva, *beneficiario* al que obtiene un provecho de los servicios ambientales y *área de generación* al bosque conservado.

Fluye de la nota 8 que además de los bosques naturales el área de generación también puede consistir en plantaciones forestales y sistemas agroforestales, a lo que debe agregarse los humedales (pantanos y demás cuerpos someros de agua).

Como se verá más adelante, en la propuesta de tratamiento jurídico que se formula, el tema de los servicios ambientales como bien en sentido jurídico sólo contribuye a entender la racionalidad de la relación establecida entre generador y beneficiario, pues la propuesta consiste precisamente en dar el salto de la idea de venta de servicios ambientales (para lo que es relevante concebirlos como un bien), a la idea de compensar económicamente los costos asociados a su generación (donde tal bien sólo explica la causa final de la relación, como dato que dice del motivo y el fin de la voluntad convencional, pero no es su objeto)⁹. Y tal es, en efecto, un salto, no sólo porque la naturaleza jurídica de la relación generador-beneficiario es enteramente distinta entre una

⁷ “Se suelen llamar bienes jurídicos, como especificación del concepto de bien, aquellas utilidades (patrimoniales y aun no-patrimoniales) que son dadas, ya por porciones del mundo exterior, ya por energías humanas o naturales y para las cuales se dispone una tutela jurídica” (MESSINEO, Francesco; *Manual de Derecho Civil y Comercial* (tomo II), 1^a edición, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971, p. 259). Véanse a propósito de esta glosa los artículo 74 y 76 del Código Civil.

⁸ Tómese en cuenta la siguiente propuesta normativa: “Artículo 1º. Reconocimiento legal de los servicios ambientales. Se reconoce legalmente que los bosques naturales, las plantaciones forestales y los sistemas agroforestales brindan servicios ambientales tales como la conservación y recuperación de los suelos; la protección contra deslizamientos aluviales; la prevención de daños a embalses y vías fluviales originados por sedimentación; la estabilidad climática; la regularidad del ciclo hidrológico y del régimen pluvial y fluvial; la regulación, el mejoramiento y la conservación de la calidad del agua; la purificación del aire; la absorción de dióxido de carbono y su mantenimiento en depósito conjuntamente con otros gases de efecto invernadero; y la conservación de la diversidad biológica y de los ecosistemas en general, incluyendo sus bellezas escénicas y paisajísticas” (En ANDALUZ, Antonio; *Bases conceptuales para un enfoque de los servicios ambientales a partir del estructuralismo normativo*, 1^a edición, Santa Cruz, Sociedad Boliviana de Derecho Ambiental, 2005, p. 15).

⁹ Cfr. BETTI, Emilio; *Teoría general del negocio jurídico* (1^a edición, Granada, Comares, 2000) y LEÓN BARANDIARÁN, José; *Acto jurídico* (2^a edición, Lima, Gaceta Jurídica, 1997).

y otra opción, sino también porque implica pasar de un esquema moralmente discutible y jurídicamente intrincado, a uno incuestionable en el terreno ético y del todo practicable en el legal.

Digamos que al reducir la relación con el feligrés a los gastos asociados a la celebración del rito, el vínculo es limpio y el sacerdote corta por lo sano cualquier incursión escabrosa en la valoración económica de un sacramento. De manera que si cuando se habla de pago por servicios ambientales la figura nunca estará exenta de cierto tufo a venta de indulgencias y siempre será polémica la determinación del precio, lo mejor sería, en efecto, cambiarse al carril de la compensación de los costos de generación, donde la relación fluye transparentemente y la aritmética no se presta a ningún requiebro dudoso. Sin embargo, y como está advertido en la nota 2, no debe olvidarse que el análisis y las propuestas del presente documento dejan al margen el tema de los gases de efecto invernadero, por tener un tratamiento específico en el derecho internacional. Nótese que dicho tratamiento va típicamente por el carril del PSA, pues el negocio jurídico se contrae a un tanto monetario por tonelada secuestrada o de emisión evitada. Ergo, mientras que en la relación entre Juan y Pedro (donde Juan puede ser el conjunto de propietarios de la cuenca de aporte y Pedro todos los habitantes de la ciudad que se surte de agua de dicha cuenca) a todas luces lo recomendable es pasarse al carril de la CSA, al parecer el caso de los gases de invernadero tendrá que seguir en el carril del PSA, dado que, al operar a escala planetaria, es necesario reducir el servicio a un indicador de valor transaccional a la misma escala, como es representar en el bono del carbono las toneladas, por ejemplo, de dióxido de carbono que se retiran de la atmósfera con una plantación forestal, o de metano que se deja de emitir al confinar una laguna de estabilización de aguas cloacales y pasar del venteo a la quema. El hecho es que en este caso la fuente legal (Convención Marco sobre el Cambio Climático y Protocolo de Kyoto) tiene por objeto reducir las emisiones globales (decremento en la remoción de depósitos e incremento de sumideros), lo que hace necesaria la medición.

III. El tema de los términos de la relación jurídica.

Desde que hablamos de compensación voluntaria, pactar sobre CSA implica una negociación entre beneficiario y generador. La idea aquí es establecer los argumentos jurídicos que sirvan de base a tal negociación. En ese orden de ideas, los datos relevantes para un tratamiento jurídico de la CSA son: *quién debería pagar a quién, qué es lo que debería pagarle, y en qué casos*. Lo último significa que no por existir el que se beneficia de un servicio ambiental (Pedro) y el que contribuye a su generación (Juan), en todos los casos el primero debería estar obligado a pagar al

segundo; sin perjuicio, desde luego, y habida cuenta que se trata de una negociación, de que pudiera hacerlo como un acto de liberalidad, es decir, porque quiere hacerlo, y siempre serán muy suyos los motivos que tuviera para ello: “La iniciativa privada es el mecanismo motor de toda conocida regulación recíproca de intereses privados” (BETTI)¹⁰.

Lo que en términos conceptuales debería estar obligado a pagar Pedro es: (a) los costos de conservación, cuando los hubiera (verbigracia cercos y similares), en los casos en que Juan proceda por decisión propia a conservar un área, y no cuando es la ley la que se lo impone como obligación; y (b) algo que razonablemente compense parte del costo de oportunidad en que Juan incurrirá por contribuir a la generación. De donde tenemos que, también sin perjuicio de los actos de liberalidad, es necesario introducir a la relación jurídica un principio de residualidad, y donde lo residual consiste en que sólo parte del costo de oportunidad debería estarse obligado a pagar. Por tanto, y otra vez sin perjuicio de la autonomía de la voluntad, Pedro debería estar obligado a pagar a Juan sólo en los casos en que Juan efectivamente incurra en costos de oportunidad por causa de contribuir voluntariamente a la generación, lo que excluye la contribución por causa de la ley. Ejemplo: Juan es propietario de una tierra con cobertura boscosa legalmente autorizada para conversión a usos agropecuarios, a Pedro le conviene que Juan no deforeste esa tierra porque de ahí se surte de agua o porque requiere ese paisaje para el solaz de los turistas que aloja en su albergue o por cualquier otro servicio ambiental listado en la nota 8. Siendo que en este caso Juan tranquilamente podría proceder a la deforestación del área y hacerse ganadero (dejando a Pedro sin los servicios ambientales que requiere), conceptualmente, no es que Pedro, además de los gastos de conservación, debería pagarle a Juan a que tendido en su hamaca gane como cualquier ganadero, pero sin hacer el trabajo ni asumir los riesgos de cualquier ganadero, sino un monto que compense razonablemente parte del costo de oportunidad implicado en dejar de hacerse ganadero, porque el resto se lo recompensa el hecho de estar ganando desde la hamaca (principio de residualidad)¹¹.

Ahora bien, si esta es la lógica básica para determinar (a) en qué casos Pedro debería compensar a Juan y (b) cuánto debería compensarle (costos de conservación voluntaria más costos de oportunidad según el principio de residualidad), de aquí se desprende que Pedro no tendría que pagarle nada a Juan por las áreas que legalmente estén prescritas como servidumbres ecológicas (franjas de protección ribereña, laderas pronunciadas, etc.), por cuanto ahí es la ley, y no Pedro, quien le dice a Juan que no debe deforestar. Por tanto, en el caso de las servidumbres ecológicas, Juan (a) no incurre en costos de conservación por causa de Pedro, sino de la ley, y (b) no incurre en

¹⁰ BETTI, Emilio; *Teoría general del negocio jurídico* (1^a edición, Granada, Comares, 2000), p. 45.

¹¹ Repárese que una hipótesis distinta es que Juan ya esté destinando esa tierra a ganadería o agricultura, en que lo predecible es que le dirá a Pedro que le pague lo que dejará de ganar al dejar de ser ganadero o agricultor.

costos de oportunidad, ya que, se lo pida o no Pedro, por igual no puede deforestarlas, y si Pedro decide darle algo será como un puro acto de liberalidad de su parte. Llévese esto a que la tierra de Juan esté legalmente autorizada sólo para producción forestal permanente, y se tendrá que sólo por acto de liberalidad Pedro le daría algo para que tal tierra continúe en dicho uso, puesto que, al igual que en las servidumbres ecológicas, la limitación la soporta Juan por causa de la ley y no de Pedro.

IV. El tema de la fórmula inversamente proporcional.

Hasta aquí, podrá colegirse que a mayor nivel de gobierno efectivo sobre los usos legalmente asignados a la tierra, y a mayor resguardo legal efectivo de los derechos sobre la tierra, menos serán los casos en que el beneficiario deberá pagar al generador o menor la cantidad a ser pagada. Ejemplo: en un país en que es la ley la que impide rigurosamente que Juan deforeste sus tierras de producción forestal o las servidumbres ecológicas de sus tierras de uso agropecuario, sólo por una excesiva generosidad —que no corresponde en naturaleza jurídica a la CSA— se explicaría que Pedro le diera algo para que no haga lo que se supone que ya la ley le tiene asegurado al interés colectivo que Juan no hará (deforestar). A su turno, si en ese mismo país la ley asegura firmemente a Juan que su tenencia será mantenida a salvo de despojos o perturbaciones de terceros, es poco o nada lo que tendrá que gastar en medidas de conservación (cercos, puestos de vigilancia, personal), y, por tanto, poco o nada lo que podrá esperar que Pedro le compense¹².

En el caso de Bolivia (similar para el resto de América Latina y El Caribe), la ley no sólo señala los usos de la tierra, sino que también tipifica como delito la deforestación de tierras forestales y servidumbres ecológicas (artículo 42 de la Ley 1700, con remisión al artículo 223 del Código Penal, destrucción o deterioro de bienes del Estado y la riqueza nacional); de manera que en principio Pedro podría decirle a Juan “no se paga para que se cumpla con la ley ni para que se deje de delinquir”; pero sólo en principio, porque el hecho es que hay tan poca gobernabilidad efectiva al respecto¹³, que muy probablemente Juan lo tumbe todo y quede impune, o que impunemente lo

¹² Repárese al paso que esta situación tiene implicancias directas en la teoría general del Estado. HOBBS advertía que el solo desorden meramente potencial (ingobernabilidad) ya origina una fuerte incertidumbre que erosiona todo incentivo para asignar recursos a cualquier emprendimiento. Y ya que sin desarrollo el bienestar de los pueblos es una quimera, un Estado que no gobierna en función del desarrollo no se justifica como Estado. Por lo demás, el tema de la seguridad jurídica y su incidencia en las inversiones y el tema de los costos que la ingobernabilidad transfiere de la Administración a los administrados, son de hecho axiales en el análisis económico del Derecho (*Law and Economics*).

¹³ “Si el ordenamiento territorial es la herramienta clave de gestión ambiental, en la medida que está llamada a evitar los daños ambientales más graves o irreversibles en el patrimonio natural de nuestros países, también nada ha sido hasta ahora más ingobernable en América Latina y El Caribe, que el ordenamiento

tumbe todo un tercero que avasalle a Juan, por lo que, con mucho que de mala gana, Pedro, si lo que quiere es asegurarse efectivamente los servicios ambientales que pretende, acabará conviniendo con Juan en darle algo, para de paso ahorrarle el riesgo, aunque altamente improbable, de tener que purgar condena de 1 a 6 años de prisión¹⁴.

Ahora bien, debe tomarse nota que si bien Pedro es libre de hacer lo que quiera con lo de su bolsillo, tratándose de fondos públicos sí debe tenerse en cuenta lo que Pedro tenía pensado decirle a Juan (no se paga para que se cumpla con la ley ni para que se deje de delinquir), de modo que la asignación de los recursos tendría que hacerse a título de beneficio o incentivo fiscal formalmente sancionado, o para un fin distinto al mero acatamiento por parte del generador de una limitación legal de cumplimiento universal¹⁵.

Este fundamento también tendría que sopesarse cuidadosamente tratándose de la recaudación de fondos colectivos con destino a CSA, como sería el caso de los usuarios de agua de una ciudad que quieran conservar la cuenca de aporte pagando para el efecto a los titulares de las tierras.

territorial. Esto hace ver la real dimensión del problema y del desafío. Lograr el cumplimiento efectivo del ordenamiento territorial es una razón de Estado, porque se encuentra en juego la integridad territorial del Estado. Ello importa que la nueva Constitución debe prever medidas estructurales específicas destinadas a que el ordenamiento territorial sea eficaz, tanto más tratándose de las unidades más estrictas de ordenamiento, a saber, las áreas protegidas y las tierras de producción forestal permanente" (ANDALUZ, Antonio; *Temas ambientales clave para la nueva constitución*, en *Justicia constitucional y Estado de derecho*, 1^a edición, Sucre, Tribunal Constitucional, 2006, p. 303).

¹⁴ En aplicación estricta del derecho, la cosas serían así: 1. Por el hecho de ser propietario, es Juan el responsable ante el interés colectivo (que incluye el de Pedro) de que los avasalladores no le tumben las servidumbres ecológicas o las tierras forestales; 2. Por resultar perjudicado, Pedro podría denunciar penalmente a Juan si tumba sus servidumbres ecológicas o tierras forestales (artículo 100 de la Ley del Medio Ambiente —LMM— 1333 de 22 de abril de 1992) y perseguir la indemnización por los daños y perjuicios que ello le irrogue, al margen de la obligación de indemnizar a la nación por el daño al patrimonio natural (artículo 102 de la LMM), debiendo tenerse en cuenta también que si Juan tumba lo que legalmente le está prohibido, además de delito (artículo 42.IV de la Ley 1700 y 223 del Código Penal), comete abuso del derecho (artículo 107 del Código Civil), y no se paga a nadie por no abusar del derecho, siendo más bien que quien abusa debe responder ante el perjudicado; 3. Para el caso de que terceros le tumbaron las servidumbres ecológicas o las tierras forestales, es Juan quien debería demostrar a Pedro (parte del interés colectivo) que agotó los medios legales para impedir el ilícito, sancionar a los responsables y lograr la recomposición del medio dañado, pues el propietario es el soberano de la tierra y el soberano responde al interés colectivo por lo que ocurra con la tierra dentro de los linderos de su propiedad, de manera que, en derecho, deberá ser Juan quien repare civilmente a Pedro, y es asunto suyo (de Juan) lo que repita o no contra los responsables, incluyendo, en su caso, a la Administración, por omisión de las prestaciones esenciales de Estado a que está obligada con los administrados y son la razón de su existencia.

¹⁵ Por ejemplo, sanearle la titularidad de la tierra, colaborarle en la elaboración e implementación de su plan de ordenamiento predial o su plan de manejo forestal, demarcarle sus servidumbres ecológicas, facilitarle el acceso a créditos, brindarle servicios de extensión agropecuaria y forestal, proporcionarle material genético para plantaciones o crianzas, transferirle paquetes tecnológicos apropiados, facilitarle el acceso al mercado y, en su caso, la certificación de sus actividades/productos, gestionarle el tratamiento tributario de la actividad más favorecida, construir centros de acopio, procesamiento y comercialización, armar las cadenas productivas, mejorar el acceso vial, etc.

El hecho es que con fondos públicos de ninguna manera se podría pagar a los conductores de vehículos para que cumplan con el reglamento de tránsito, y que probablemente ningún colectivo humano toleraría que se hiciera lo propio con sus fondos privados¹⁶.

Además, aquí se impone ser elementalmente juiciosos y considerar con cuidado el efecto pernicioso que puede conllevar una señal contraproducente, como sería introducir un mecanismo del mercado que acabe minando el ordenamiento legal de la materia, pues si en la ciudad “A” se paga para que los conductores respeten el reglamento de tránsito, los conductores de las ciudades “B” a la “Z” se sentirán tanto más autorizados a continuar con sus violaciones, en la medida que no están recibiendo pago alguno. Trasládese esto a que en la cuenca “A” se está pagando institucionalizadamente CSA por conservar tierras de protección y por usar exclusivamente en manejo forestal sostenible (MFS) las tierras clasificadas oficialmente para producción forestal permanente, y habría que preguntarse si no se estaría lanzando una poderosa señal para que los agricultores de las cuencas “B” a la “Z” se sientan autorizados a deforestar ambas clases de tierra, en virtud de que ellos no están recibiendo ningún pago para cumplir con la ley y abstenerse de delinquir.

No se olvide que todo el sentido de la CSA es que se constituya en una herramienta para la conservación, por lo que permitir que adopte el cariz de señal equivocada, que redunde en el debilitamiento del orden legal de la conservación, sería un terrible despropósito. Dicho en corto, si pagar para que no se invada un parque nacional sería encender una luz verde a la invasión de todos los parques nacionales en que no se esté pagando por no invadir, también un barrio que pagara a los malevos por no acuchillar a los transeúntes estaría complicándole feamente la existencia a todos los demás barrios.

De modo que no parece nada prudente presentar la CSA como una alternativa al ordenamiento legal sobre los usos de la tierra (sistema de comando y control del Estado), debiendo más bien ser concebida y aplicada como un mecanismo de apoyo al mismo.

De lo que se trata es de construir sociedad, no de barbarizarla. Y si construir sociedad es construir ciudadanos, porque el acatamiento de las leyes es inherente a la conducta ciudadana, para conservar los valores del territorio nacional, como elemento esencial del Estado, el incumplimiento de las leyes sobre los usos de la tierra no se resuelve institucionalizando el soborno a los usuarios de la tierra, sino creando sentido de ciudadanía ambiental para que acaten las normas que dicen

¹⁶ En este ejemplo, asignar los fondos a campañas de educación vial importa apuntar a crear ciudadanía a ese respecto, es decir, que lejos de pretender sustituir la ley por el estímulo económico, se aspira a generar una cultura de acatamiento de las reglas de tránsito. En el caso de la CSA, todo estímulo económico debería mantenerse siempre en el marco general de propiciar el acatamiento del ordenamiento legal de la conservación.

relación con un interés colectivo definitivamente básico para el pleno nacional, como es la conservación de su territorio¹⁷.

Civilización o barbarie: esto es lo que está en cuestión cuando alegremente se presenta el falso dilema “o sistema de comando y control del Estado o mecanismos del mercado”. Siempre que lo segundo no apunte a fortalecer lo primero, la apuesta es a sembrar y fertilizar la semilla de la barbarie, donde la relación chantaje-soborno, y no la decencia, sea el eje de la convivencia social. Ahí tendríamos, entonces, en ruta a un gangsterismo estandarizado, el escenario ideal para posturas tipo “cuánto me pagas por no enturbiarte el agua y cuánto por no llenarte de humo los pulmones”.

En último análisis, ciudadanía es decencia, civilización es decencia, democracia es decencia, Estado de derecho es decencia; porque el respeto a los demás, como precondición para la existencia de una sociedad civilizada, no es más que decencia; y si cuando se exige el respeto a las leyes todo lo que se está exigiendo es el respeto a los demás, es decir, decencia, cuando se exige el cumplimiento de las leyes que tutelan el más básico interés general de la nación, como es la administración del territorio nacional en función de su conservación, todo lo que se está exigiendo es respeto elemental al colectivo nacional, incluyendo a las futuras generaciones; es decir, decencia elemental¹⁸.

Si no acatar las leyes que dicen relación con el interés general es un acto de lesa civilización, es decir, una conducta radicalmente sinvergüenza, pagar para que sean acatadas importaría institucionalizar la desvergüenza como patrón de conducta social. Y no hay que ser muy avisados para percibirse que una sociedad de sinvergüenzas no sería muy sociedad que se diga; como no sea tomándola en el sentido de asociación para delinquir.

¹⁷ “Nunca será sostenible una gobernabilidad sustentada fundamentalmente en la fortaleza de los mecanismos compulsivos del Estado, ni es deseable alcanzarla a ese costo. El auténtico Estado de derecho descansa en el acatamiento y la observancia general de las leyes por parte de la población, y la aplicación compulsiva como entera excepción. Eso importa construir a marcha forzada auténtica ciudadanía, para que todos actúen respetuosa y responsablemente con el patrimonio natural de la nación. Esa marcha debe comenzar con la incorporación a la nueva Constitución de señales potentes al respecto. La institucionalización constitucional del Bloque Forestal de la República y del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, así como de sus respectivos Custodios Nacionales, aparte de su propia eficacia, conlleva una poderosa convocatoria a despertar el sentido ciudadano con respecto al patrimonio natural del país” (ANDALUZ, Antonio; *Temas ambientales clave para la nueva constitución*, en *Justicia constitucional y Estado de derecho*, 1^a edición, Sucre, Tribunal Constitucional, 2006, p. 303).

¹⁸ Si en sociedades como las nuestras la consigna debe ser construir ciudadanía a marcha forzada, se debe a que es la precondición para el desarrollo. La línea base del comportamiento ciudadano y, por tanto, de la decencia, es el acatamiento de las leyes, porque el respeto a las leyes es la línea base del respeto a los demás. Y no se puede ni soñar con ir hacia el desarrollo mientras la pauta de normalidad sea la conducta irregular, y quienes respetan las leyes constituyan apenas la “minoría tonta” que debe cargar con ejércitos enteros de gorreros o *free-riders* que disfrutan al máximo de todos los beneficios de vivir en sociedad, pero no contribuyen con su parte a la vida social y, encima de minar la convivencialidad, desmedran el patrimonio colectivo.

De manera que si las relaciones jurídicas en torno a la CSA no se construyen en el marco de la decencia —que reclama el cumplimiento de la ley, la buena fe y el sano propósito como supuestos primigenios de toda relación en derecho—, la CSA, como herramienta de conservación, conseguirá preservar mucho en muy pocas áreas, en base a la prebenda, a cambio de sembrar la devastación en todo el resto del territorio nacional, al arriar para todos las banderas del ordenamiento legal de la conservación, por izar para algunos el estandarte de la extorsión democratizada.

De ahí que el ejercicio del punto siguiente pretende discriminar las distintas hipótesis en que las tierras de Juan pueden generar servicios ambientales a favor de Pedro, siendo que no en todos los casos Pedro debería estar obligado a compensar a Juan, pues parte de la función social son las servidumbres administrativas y las restricciones administrativas, y la clasificación oficial de las tierras según su capacidad de uso mayor no es más que un elenco de restricciones administrativas. Ambas —servidumbres y restricciones—, como parte de la función social, constituyen un presupuesto para la existencia en sociedad, y ya que por ello no se cobra, por ello no se paga. O cuando menos no debe pagarse institucionalizadamente, pues, como se lleva dicho, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad Pedro puede finalmente hacer lo que quiera con lo de su bolsillo (acto de liberalidad), pero cosa muy distinta es lo que se haga con lo del tesoro público o con fondos colectivos.

La aprensión es por demás fundada: el ordenamiento territorial es la madre de las herramientas de gestión ambiental, de manera que no se la puede petardear alegremente en nombre de los problemas de eficacia que aún tienen las leyes de la materia, porque aquí lo que nos estamos jugando a los dados es el patrimonio natural de nuestros países y la viabilidad ecológica del planeta¹⁹. Una cosa es que en el terreno de los hechos más de una vez, por consideraciones sociales, habrá que ser tolerantes con infracciones al ordenamiento territorial, y otra muy distinta hacer del atractivo de los mecanismos del mercado doctrina para el desmantelamiento sistemático del imperio de la ley. Que un hijo sea anémico no es argumento para matarlo, sino para alimentarlo y vitaminizarlo. Aceptado que el ordenamiento territorial es la herramienta madre de la conservación y el desarrollo sostenible, sabido es que en nuestros países esa herramienta padece de una crónica anemia perniciosa. Pero lo que ahora algunos nos quieren hacer saber es que ese no es argumento para fortalecerla, sino para matarla. Como ciertamente el buque insignia de la débil

¹⁹ “Cada día que sigamos tardando en hacer del ordenamiento territorial el eje de la gestión ambientalmente sana del desarrollo nacional, hipotecamos más la integridad territorial del Estado, la soberanía nacional y la seguridad alimentaria de nuestros pueblos” (ANDALUZ, Antonio; *Temas ambientales clave para la nueva constitución*, en *Justicia constitucional y Estado de derecho*, 1^a edición, Sucre, Tribunal Constitucional, 2006, p. 304).

armada que trata de mantenernos a flote está plagado de agujeros, la solución habría consistido en abrirle boquerones²⁰. No; en la misma medida que la conservación del territorio nacional es un *desideratum* irrenunciable, también lo es el ordenamiento territorial, y la solución no es seguirlo perforando, sino seguir ajustando las piezas de su maquinaria con una ingeniería jurídico-institucional que lo ponga a punto²¹.

V. El tema del hacer y no hacer del generador en correlato con el dar del beneficiario.

²⁰ “El enfoque fresco: facetas. 1. Como una primera faceta de un enfoque fresco sobre el ordenamiento territorial, quede como postulado de sentido común que no debemos más contentarnos con sólo ordenar los distintos espacios para las distintas actividades, pues si no ordenamos (regulamos) también las segundas, de todas maneras se producirá la degradación, y que es lo que trata de evitar o mitigar el ordenamiento territorial. 2. La segunda faceta es la referida al papel de las políticas de Estado como un factor determinante para la asignación de determinados usos a determinados espacios —por ejemplo, la producción forestal permanente y la prestación de servicios ambientales—. Se trata de salirle al frente a la trampa conceptual constituida por el criterio histórico de la vocación natural de los diversos espacios como único factor decisivo, ya que la creciente capacidad de enmienda tecnológica va demostrando, en distintas latitudes del planeta, que virtualmente no hay espacio que no pueda dedicarse a los usos agropecuarios. Lo que implicaría aceptar de antemano que sólo las tierras marginales deben destinarse a los usos forestales y la prestación de servicios ambientales, y que aún esas tierras pueden acabar siéndoles disputadas por las actividades agropecuarias. Aquí el postulado de sentido común es que un Estado tiene no sólo el perfecto derecho, sino también el deber fundamental, de decidir políticamente los usos de los distintos espacios del territorio nacional, obedeciendo a razones de interés general. Consecuencia práctica: si un espacio es legalmente clasificado para producción forestal permanente obedeciendo a una política de Estado basada en el interés general, no es necesario ningún otro fundamento para respetar escrupulosamente dicho uso, y está por demás cualquier demostración de la aptitud de los suelos para actividades agropecuarias, por cuanto no habiendo sido el fundamento determinante para la clasificación legal, tampoco lo es para variarla. 3. Una tercera faceta consiste en cerrarle el paso a un lugar común tan irreflexivo como irresponsable, repetido mecánicamente por muchos planificadores del territorio, y consistente en la recurrida doctrina del carácter dinámico del ordenamiento territorial. Dicha doctrina sólo ha servido para encubrir y justificar sistemáticamente la histórica ingobernabilidad sobre los usuarios que irregularmente han ido atropellando y devastando las tierras forestales y las áreas protegidas, para convertirlas a usos agropecuarios. De hecho, es difícil encontrar un aspecto de mayor ingobernabilidad en América Latina y El Caribe, que el referido al respeto de las tierras fiscales y el respeto al ordenamiento territorial. De donde resulta que los hechos consumados en flagrante violación de la ley, han constituido, con contadas excepciones, el real gobierno territorial, desde que, con contadas excepciones, siempre acaban siendo legalizados por los Estados: aceptando con naturalidad nuevas y nuevas sustracciones o mermas a los bosques, en nombre de una doctrina sobre el carácter dinámico del ordenamiento territorial que ignora un dato de puro sentido común, a saber, que una ley económica de rentabilidad condiciona la migración unidireccional de las manchas verdes (tierras forestales y de protección) hacia las manchas rojas y marrones (agricultura y ganadería), y que si una ley jurídica no le sale al encuentro a esa ley económica, a la larga el carácter dinámico del ordenamiento territorial podría llevarnos a ser países desérticos, poblados por puros refugiados ambientales” (ANDALUZ, Antonio; *Temas ambientales clave para la nueva constitución*, en *Justicia constitucional y Estado de derecho*, 1^a edición, Sucre, Tribunal Constitucional, 2006, pp. 301-302).

²¹ Un esfuerzo al respecto es la “*Propuesta técnica de articulado del régimen de los bosques y las tierras forestales en la nueva Constitución*” (ANDALUZ W., Antonio et al, Santa Cruz, 29 de marzo de 2007, auspiciada por la Cámara Forestal de Bolivia con la financiación de la Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria), conformada por diez artículos (dos para la parte dogmática y 8 para la programática).

Para un ejercicio en puro raciocinio jurídico que sirva de marco para derivar consecuencias prácticas, supongamos que Juan se compromete con Pedro al siguiente elenco de obligaciones:

- a. Conservar efectivamente sus servidumbres ecológicas de ley²² (es propiamente una obligación de no hacer, consistente en no deforestar, a cuyo efecto pueden ser necesarias ciertas obligaciones accesorias de hacer, como cercar para que no ingrese el ganado).
- b. Reforestar las orillas de los cuerpos de agua y las laderas pronunciadas de su predio, o bien permitir el proceso de regeneración natural por sucesión ecológica (obligación de hacer en el primer caso y de no hacer en el segundo —como no labrar la tierra ni ingresar animales a pastar, siendo el último caso un no hacer que se logrará óptimamente sólo con un hacer accesorio, a saber, cercar las áreas para impedir que los animales ingresen).
- c. Dedicar al manejo forestal sostenible (MFS) 5 hectáreas de bosques en tierras legalmente asignadas a producción forestal permanente (obligación de hacer, aunque en realidad todo lo que le interesa a Pedro es más bien un no hacer de Juan, a saber, que no deforeste esa área, y donde el hacer MFS sería el vehículo facilitado a Juan para que cumpla con el no hacer esperado por Pedro).
- d. Dedicar al manejo forestal sostenible 5 hectáreas de tierras con cobertura boscosa legalmente autorizadas para conversión a usos agropecuarios (obligación de hacer, otra vez sólo como vehículo para el no hacer realmente esperado por Pedro y consistente en que Juan no deforeste esas 5 hectáreas).

²² Las servidumbres ecológicas (administrativas) listadas en el artículo 35° del Reglamento General de la Ley Forestal (DS 24453 de diciembre de 1996), son las siguientes:

“a) Laderas con pendientes superiores a 45%, salvo los casos en que el profesional responsable de elaborar el plan de ordenamiento predial determine porcentajes inferiores debido a factores específicos de vulnerabilidad o porcentajes superiores siempre que se apliquen técnicas especiales de manejo y conservación de suelos, como surcos a nivel, terrazas y sistemas agroforestales o agrosilvopastoriles.

b) Los humedales, pantanos, curichis, bofedales, áreas de afloramiento natural de agua y de recarga, incluyendo 50 metros a la redonda a partir de su periferia. Se exceptúan las áreas de anegamiento temporal tradicionalmente utilizadas en aprovechamiento agropecuario y forestal.

c) Las tierras y bolsones de origen eólico.

d) Las tierras o bolsones extremadamente superficiales.

e) Las cortinas rompevientos.

f) En terrenos planos: 10 metros por lado en las riberas de quebradas y arroyos de zonas no erosionables ni inundables; 20 metros por lado en las quebradas y arroyos de zonas erosionables o inundables; 50 metros por lado en las riberas de los ríos en zonas no erosionables o inundables; 100 metros por lado en las riberas de los ríos en zonas erosionables o inundables; 100 metros a la redonda en lagunas y lagos; 10 metros por lado al borde de las vías públicas, a partir del área de retiro, incluyendo las vías férreas;

g) En terrenos ondulados o de colinas de las zonas montañosas: 50 metros a partir del borde de los ríos; 10 metros a parir del borde de los arroyos, quebradas o terrazas, para favorecer la deposición de los sedimentos acarreados y la disminución de la velocidad de las aguas.

h) Las demás servidumbres ecológicas legales o voluntarias que se establezcan”.

e. Conservar sin ninguna intervención 5 hectáreas de bosques legalmente asignadas a producción forestal permanente (obligación de no hacer consistente en abstenerse del aprovechamiento forestal).

f. Conservar sin ninguna intervención 5 hectáreas de tierras con cobertura boscosa legalmente asignadas a usos agropecuarios (obligación de no hacer consistente en abstenerse tanto de deforestar como de aprovechar recursos forestales).

g. Dedicar exclusivamente a uso agroforestal 5 hectáreas de tierras legalmente asignadas a dicho uso (obligación de hacer, de la que Pedro, por los servicios ambientales que pretende, espera una cobertura similar a la del bosque natural).

h. Dedicar exclusivamente a uso agroforestal 5 hectáreas de tierras legalmente autorizadas para cultivos intensivos en limpio o pastos (obligación de hacer, como vehículo facilitado a Juan para el no hacer esperado por Pedro, a saber, que no despeje el área).

Como ahora toca el turno al elenco de obligaciones de dar que, a cambio de las prestaciones positivas o negativas de Juan, debe asumir Pedro, lo relevante es el marco conceptual en que Pedro debería conversar con Juan, y tal es el que sigue.

En cuanto a las obligaciones “a”, “b” y “c”, en principio Pedro no tendría que darle nada a cambio, porque es la ley la que se las impone a Juan, y no Pedro. Para que entienda Juan, se llaman “limitaciones legales” (en este caso, restricciones administrativas impuestas por la legislación sobre los usos de la tierra) e integran lo que universalmente se conoce como “función social de la propiedad”, aplicable por igual a cualquier titular de tierras²³. Pero ya que Pedro es dueño de hacer lo que quiera con su plata y como política de buen vecino es de su interés ayudar a Juan, a título de acto de liberalidad respecto a las obligaciones “a” y “b” le colabora con el alambre para el cercado y Juan corre con los postes, y respecto a la obligación “c” le cubre el plan de manejo.

En cuanto a la obligación “d”, Juan sí podría sostener que incurre en un costo de oportunidad, porque tal vez ganaría más haciendo agricultura que manejo forestal, así que ahí Pedro le apoya con el plan de manejo y una motosierra.

En cuanto a las obligaciones “e” y “f”, obsérvese que son cosas distintas, pues aunque en los dos casos Juan debe conservar la misma extensión absteniéndose de toda intervención, el costo de oportunidad es diferente, porque los ingresos por productos forestales que dejaría de percibir

²³ Con mucho que impropiamente en Bolivia se haya disgregado la denominación en “función social” y “función económico social”, cuando las dos se refieren al mismo concepto jurídico, sólo con distintos elencos de limitaciones legales según se trate de pequeña propiedad, propiedad comunaria y tierras comunitarias de origen, en un caso, y de mediana propiedad y empresas agropecuarias en otro caso. Esto está analizado extensamente en ANDALUZ W., Antonio – ANDALUZ V., Horacio; *El caso de la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria. Crítica de juridicidad de un cuerpo normativo*, Santa Cruz, El País, 2007, 64 pp.

Juan por causa de la obligación “e” son muy inferiores a los que dejaría de percibir por causa de la obligación “f”; pero tampoco Juan debe pretender que Pedro le cubra todo lo que dejaría de percibir en ambos casos, pues a ello hay que restarle que Juan se llevará una paga sin hacer nada y que también él resultará beneficiándose de los servicios ambientales por los que Pedro está dispuesto a pagarle, así que quedan en 5 y 10 dólares/hectárea/mes, respectivamente.

En cuanto a las obligaciones “g” y “h”, por la primera Pedro no tendría que darle nada a Juan, porque, como parte de la función social, es la ley la que le impone ese uso, pero, otra vez, por acto de liberalidad Pedro decide colaborarle con el 20% del costo de los plantines, en tanto que para la segunda sí le colabora con el 20% del costo total de instalación del proyecto agroforestal, porque en este caso Juan podría dedicar esa tierra a cultivos intensivos en limpio y probablemente ganar más.

Dentro de ese marco conceptual, depende de Pedro cómo negocie con Juan. En el ejemplo, salvo los 5 y 10 dólares/hectárea/mes, como obligación permanente, todas las demás obligaciones de dar se agotan en una única entrega (con lo que, dicho sea de paso, volvemos a tener problemas con la “fórmula mágica”, pues aquí no funciona lo de dejar de pagar al que deja de prestar el servicio, porque anteladamente ya fue pagado todo, y es esto lo que en muchos casos se dará en la práctica, como el aporte de material genético, asistencia técnica e insumos para una plantación forestal, la entrega de material de cercado, el arreglo de vías de acceso, la construcción de infraestructura, etc.).

VI. El tema de la constante del largo plazo.

Conjeturemos los distintos motivos por los que Pedro podría tener interés en que Juan conserve sus bosques (por lo demás, ya está dicho que Juan puede jugar por todos los propietarios o poseedores de una cuenca y Pedro por todos los beneficiarios de sus servicios ambientales):

- a. Quiere asegurarse agua en cantidad suficiente y calidad adecuada para su despulpadora de café, su hogar y su campamento.
- b. Va a construir un albergue turístico y necesita el paisaje para el disfrute de sus alojados.
- c. Se dispone a instalar una pequeña turbina hidráulica para abastecer energía a su hogar, su campamento y su centro de producción industrial de baja escala.

- d. Quiere garantizar la estabilidad de sus carreteras, previniendo torreneras y deslizamientos.
- e. Quiere asegurarse un grato paisaje para su sola delectación.

Pues bien, se podrá observar que la regla general es que en todos los casos Pedro requerirá que la relación jurídica con Juan sea tan estable y de larga duración, cuan estable y de larga duración será cualquiera de los motivos que cause dicha relación.

En suma, nadie instala una despulpadora, una vivienda o un albergue por un día. Extrapólese esto a que en vez de Pedro se trate de una ciudad requerida de agua, de un hotel cinco estrellas necesitado de belleza escénica, de una central hidroeléctrica de cuyos megavatios depende toda una región, de obras mayores de infraestructura que no pueden ser expuestas a torreneras y deslizamientos en masa, etc., y se verá que con mayor razón la relación jurídica debería ser clara, firme, estable y de largo plazo. Y la mejor prueba de esto es que, volviendo a Pedro, esta regla rige inclusive para el motivo “e”, aparentemente trivial, pues el propio hecho de que esté dispuesto a pagar a Juan con el único fin de asegurarse un grato paisaje para su sola delectación, dice de suyo cuánto le vale ese paisaje y cuánto quisiera que le dure. Moraleja: este dato es determinante para que el vínculo entre generador y beneficiario se construya a prueba de exigibilidad jurídica en el largo plazo.

VII. El tema de la parte más vulnerable en la relación jurídica.

De lo que hasta aquí se lleva visto, se desprende que en la relación jurídica sobre CSA el riesgo de resultar perjudicado por una traición a lo pactado corre con mucho más peso contra el beneficiario que contra el generador.

En efecto, repásense las hipótesis de los puntos 5 y 6 y se verá que, en términos generales, el incumplimiento de las obligaciones de dar por parte del beneficiario no conlleva mayor drama para el generador, puesto que, también en términos generales, puede imprimir a su propiedad el curso que le convenga; en cambio, el incumplimiento de las obligaciones de hacer o no hacer por parte del generador, puede implicar un grave desmedro para la inversión del beneficiario o prácticamente acabar con ella, del mismo modo en el que el paso de la nueva carretera torna a los restaurantes, posadas y surtidores de la ruta antigua en construcciones fantasma.

Ejemplos: el albergue de ecoturismo construido por Pedro no tendría mucho sentido si, violando el contrato de CSA, Juan hace tierra arrasada de sus bosques; la gran presa de los muchos

megavatios para sus muchos usuarios, sin posibilidad de reubicarse como quien muda una tienda de campaña, puede ver reducida a menos de la mitad su vida útil, vía sedimentos, por culpa de los mismos Juanes que resquebrajan toda la matriz de provisión de agua a la gran ciudad, en perjuicio de todos los Pedros que de ella se surten, etc.

En consecuencia, si a diferencia de la rumba, que se puede bailar suelto, para bailar un tango se necesitan dos, el contrato de CSA que represente el tango a bailarse entre el beneficiario y el generador debería considerar que si una trastada del generador le quita el piso, al beneficiario puede írsele la vida en el empeño, mientras que ante una trastada del beneficiario el generador seguirá con su piso de siempre para, salvo uno que otro traspie, seguir bailando la rumba que bailaba antes de entrar a bailar el tango. Moraleja: la parte más vulnerable en la relación es, en efecto, el beneficiario, y eso determina que el contrato se construya atendiendo a su debida tutela.

VIII. El tema de la naturaleza jurídica.

La determinación de la naturaleza jurídica de la CSA reviste importancia medular, por cuanto es sobre dicha base que debe elaborarse la vinculación en derecho entre Pedro y Juan. El objetivo aquí es generar un modelo ideal, es decir, cómo es que debería ser si fuera un ejemplo de solidez jurídica. Como en la práctica no será inusual encontrar, por ejemplo, que los predios no están titulados ni inscritos, el modelo serviría para aplicarse hasta donde pueda ser aplicado, pues ciertamente una cosa es oficial de teólogo del Vaticano y otra muy distinta estar de misionero en la jungla, pero de todas maneras el segundo nunca debería hacerse a sus faenas de campo sin contar cuando menos con un manual de mochila que le provea el marco teórico general al respecto.

Al tema. Además de la constante del largo plazo (tema 6), se ha visto ya que la parte más vulnerable en la relación es el beneficiario (tema 7). Dos datos a tenerse en el banco de trabajo al empezar a construir el modelo. Pero del segundo se desprende un tercero: no se olvide que la CSA fue concebida como una herramienta de conservación, y resulta que los intereses del beneficiario son a su vez los de la conservación, lo que se traduce en que sirviendo bien al interés de Pedro se sirve bien al interés colectivo. El método es, por tanto, que funjamos de abogados de Pedro y le elaboremos un contrato que nos permita sentir que profesionalmente hemos hecho lo más que se podía, con la infraestructura jurídica disponible, para cubrirle las espaldas; con lo que de paso le habremos cubierto las espaldas a la conservación. Al respecto, adviértase que aquí no se trata de sesgarse hacia uno de los sujetos de la relación jurídica, sino más bien de proceder con entera neutralidad en términos de no desnaturalizar lo que de origen y por finalidad es la CSA. El cuarto

dato clave para construir el modelo es el tema del objeto y el contenido de la relación, y ya se ha visto en el tema 1 que al sólo optar por la denominación de CSA se ha optado por el concepto de compensar los costos asociados a la generación (en vez de sumirse en las aguas casi siempre procelosas y casi nunca cristalinas del pago por los servicios ambientales en sí), lo que ha quedado resuelto en el tema 5 reduciendo la relación a un correlato entre obligaciones de hacer y no hacer por parte del generador, con obligaciones de dar por parte del beneficiario (compensación).

A trabajar. Comencemos por lo más fácil, a saber, por lo que ya tiene una entidad jurídica explícitamente determinada por la ley: las servidumbres ecológicas. Las servidumbres ecológicas son administrativas (no civiles) pues son impuestas por la ley²⁴ en servicio del interés colectivo (y no de un predio dominante respecto al sirviente). De manera que aquí lo que hacemos es que Pedro pueda servir a sus intereses vía el servicio al interés colectivo. Se trata de las obligaciones “a” y “b” que según el punto 5 asume Juan (*a. Conservar efectivamente sus servidumbres ecológicas de ley; b. Reforestar las orillas de los cuerpos de agua y las laderas pronunciadas de su predio, o bien permitir el proceso de regeneración natural por sucesión ecológica*). En este caso, le cubrimos suficientemente las espaldas a Pedro si hacemos que, con su Plan de Ordenamiento Predial (POP) como título, Juan inscribe en la partida registral de su predio las servidumbres ecológicas que soporta. Para el cuaderno de trabajo: “*Ya que estamos trabajando un modelo ideal, asumimos que las tierras de Pedro y Juan están tituladas e inscritas. Pero no debe olvidarse que queda en el tintero el tema de la mejor solución que pueda lograrse para el caso de predios sin titulación saneada*”.

Sigamos. Legalmente, es competencia atribuida a la Superintendencia Forestal el control, además de las áreas forestales, de las servidumbres ecológicas, estando reservado a la Superintendencia Agraria el control de las áreas agrícolas, pecuarias y agroforestales. Sin embargo, como no está demás ser prolíjos en la tarea de cubrirle las espaldas a Pedro, respecto de las obligaciones “a” y “b” pondremos en el contrato, a título recordatorio de las obligaciones legales de Juan que son causa de los actos de liberalidad de Pedro, una cláusula pormenorizando lo que Juan debe hacer o no hacer en esas áreas, a cambio del dar a que voluntariamente se aviene Pedro. Ahí podríamos poner que en caso de incumplimiento de Juan, Pedro dará cuenta a la Superintendencia

²⁴ La base legal de las servidumbres ecológicas en el caso de Bolivia es la siguiente: Ley 1700 de 12 de julio de 1996 (Ley Forestal), artículos 5.1, 13 y 16; Decreto Supremo 24453 de 21 de diciembre de 1996 (Reglamento General de la Ley Forestal): artículos 30, 35-43, 49-52, 69, 86-89; Resolución Ministerial 130/97 de 9 de julio de 1997 (Normas técnicas sobre planes de ordenamiento predial); Ley 1715 de 18 de octubre de 1996 (con las modificaciones introducidas por la Ley 3545 de 28 de noviembre de 2006): artículo 2.IX; Decreto Supremo 29215 de 2 de agosto de 2007 (Reglamento de la Ley del Servicio de Reforma Agraria): artículo 174.

Forestal (SF), con lo que sería aplicable el sistema progresivo y acumulativo de multas²⁵. Pero esto maltrataría la relación entre vecinos, así que para impersonalizar el seguimiento y control del contrato, de la mano con abonar la solemnidad del mismo en beneficio de ambas partes, mejor sería registrar el contrato ante la SF y someter el seguimiento y control a un agente auxiliar²⁶ que será pagado por Pedro para efectuar, digamos, inspecciones semestrales con informe a las partes y a la SF; con lo cual la maquinaria de monitoreo es automática e impersonal, y cuando a Juan le caiga el garrote sabrá entender que no tiene por qué mirar feo a Pedro ni mucho menos quitarle el saludo²⁷. En consecuencia, apuntemos en el cuaderno de trabajo: “*Objetivo: que los contratos de CSA se registren en la SF. Ventajas: abona solemnidad al arreglo; impersonaliza el control; poner en medio a la maquinaria institucional es el mejor mecanismo disuasivo de violaciones; para el caso extremo de tener que litigar, ya habría prueba instrumental preconstituida sobre violaciones. Requerimientos: gestionar con SF directriz sobre la materia con base en potestad implícita, pues si legalmente le corresponde controlar servidumbres y áreas forestales, es competente para hacer todo lo que conduzca al ejercicio efectivo de dicha competencia*”.

Sigamos adelante. Obligación “c” (*Dedicar al manejo forestal sostenible 5 hectáreas de bosques en tierras legalmente asignadas a producción forestal permanente*). Aquí se trata de una tierra que soporta una restricción administrativa impuesta por la legislación de la materia, de modo que bastaría con hacer explícita esa condición en la cláusula respectiva del contrato, siendo la mejor garantía para Pedro que en dicha cláusula se recuerde lo que al respecto establecen los artículos tal y

²⁵ El artículo 13. III de la Ley 1700 (12 de julio de 1996) establece: “El reglamento establecerá un sistema de multas progresivas y acumulativas, a fin de garantizar el no uso de las tierras de protección, así como el cumplimiento de la reforestación protectora obligatoria. Esta obligación se reputará satisfecha mediante el acto ex profeso de promover el establecimiento de la regeneración natural en dichas tierras”. Este artículo fue reglamentado por los artículos 43 y 44 del Reglamento General (Decreto Supremo 24453 de 21 de diciembre de 1996).

²⁶ El artículo 27.II de la Ley 1700 instituyó la ficción jurídica por la que los profesionales que elaboran y supervisan los planes de manejo y similares son agentes auxiliares de la autoridad competente, lo que está desarrollado en el artículo 69 del Reglamento General. Los informes de estos funcionarios producen fe pública y, por tanto, para el caso de litigios constituyen prueba instrumental preconstituida. El artículo 42.II de la Ley 1700 establece como circunstancias agravantes de los delitos tipificados en los artículos 198, 199, 200 y 203 del Código Penal cuando la falsedad material o ideológica o la falsificación de documentos son cometidos por los agentes auxiliares. La lógica de la agravación es que traicionan la confianza depositada por la ley al conferirles potestades de funcionarios públicos.

²⁷ Por lo demás, con esto se reconduce la relación contractual entre Pedro y Juan a lo que en sus términos originales es la relación entre el Estado Administrador y el ciudadano administrado, en que el primero impuso al segundo limitaciones al derecho de propiedad con base en el interés colectivo, y que Pedro acabe pactando liberalidades con Juan para que respete tales limitaciones, equivale a decirle “ya que no obedeces al Estado porque es el Estado, quiero que lo obedezcas porque te pago”. Si sólo se recuerda que el Estado establece esas limitaciones en nombre del interés colectivo, se tendrá que convenir en que un manejo de la CSA como alternativa al ordenamiento legal, y no como apoyo al mismo, es impartir cátedra sobre una conducta ciudadana en que el respeto no es a la sociedad, sino al pago.

tal de la legislación forestal y los artículos tal y tal de la agraria²⁸. Al registrarse en la SF todo el contrato de CSA, esta obligación, como cada una de las demás, también se beneficia de la interposición entre las partes de la maquinaria institucional.

Sigamos. Obligación “d” (*Dedicar al manejo forestal sostenible 5 hectáreas de tierras legalmente autorizadas para conversión a usos agropecuarios*). Lo interesante de esta obligación, al igual que la obligación “h”, es que, siempre en términos de cubrirle eficientemente las espaldas a Pedro y a la conservación, al parecer exhorta a lo que podría denominarse “un diestro manejo de la plástica del derecho”, donde lo aconsejable sería invertir la fórmula a una prestación negativa, a fin de poder configurar la servidumbre civil voluntaria (verbigracia: *No dedicar a uso alguno que conlleve la destrucción o alteración sustancial de la cobertura arbórea 5 hectáreas de tierras legalmente autorizadas para conversión a usos agropecuarios*). En efecto, como aparece originalmente formulada según lo expresado por Pedro, se trataría de una obligación y no de una servidumbre, y es de data tan antigua como el latín el aforismo que advierte que “la servidumbre nunca puede consistir en hacer algo” (*servitus in faciendo consistere nequit*), que MESSINEO precisó introduciéndole las palabras clave *objeto principal*: “no puede ser objeto principal de la servidumbre un hacer impuesto al propietario del fundo sirviente”²⁹, pues, por ejemplo, hacer y conservar el camino proporcionalmente, no desdice en nada de la servidumbre de paso, porque ambas obligaciones son enteramente accesorias a la carga real. Y en los casos “d” y “h” es evidente que el hacer es el objeto principal, con lo que, salvo conversión a un correlato en prestación negativa, se quedarían en el terreno de las obligaciones y no pasarían al de los derechos reales. COLIN y CAPITANT sostenían que “una carga perpetua sólo puede ser impuesta sobre un fundo cuando dicha carga no necesita una intervención personal, un gasto de actividad por parte del propietario sometido a ella; porque esta sumisión de una personalidad humana al servicio de otra persona corresponde al dominio de las obligaciones, el cual se caracteriza por rasgos muy diferentes, y, sobre todo, por la regla de que la obligación crea un vínculo jurídico esencialmente temporal”³⁰. En resumen, si la regla básica al construir la relación entre Pedro y Juan es respetar la entidad jurídica de las instituciones, y si estamos en que para el mejor servicio al interés de Pedro y,

²⁸ El artículo 2 de la Ley 1715 determina como parte de la función social y la función económico-social el aprovechamiento conforme a la capacidad de uso mayor de la tierra. El 2.XI establece que “Los desmontes ilegales son contrarios al uso sostenible de la tierra y no constituyen cumplimiento de la función social ni de la función económico social”. El artículo 42.IV de la Ley 1700, por remisión al artículo 223 del Código Penal, sanciona con prisión de 1 a 6 años la tala o quema de la cobertura arbórea en tierras de protección, producción forestal, inmovilización o áreas protegidas.

²⁹ MESSINEO, Francesco; *Manual de Derecho Civil y Comercial* (tomo III), (1^a edición, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971), p. 995.

³⁰ COLIN, Ambrosio – CAPITANT, Henry; *Curso elemental de Derecho Civil* (tomo III), (1^a edición, Madrid, Reus, 1922), p. 794.

por ende, al interés colectivo implicado en la conservación, aquí sería beneficioso si pudiera considerarse esta obligación como una servidumbre civil voluntaria que ha de soportar el predio de Juan (sirviente) a favor del predio de Pedro (dominante), el “diestro manejo de la plástica del derecho” estaría diciéndonos que el desafío consiste en ingeníárselas para dar el salto del terreno de las obligaciones (derechos personales) al de la servidumbre (derechos reales), lo que, además de redundar en la mayor solidez del compromiso, agregaría valor de cambio al predio de Pedro, habida cuenta que, llegado el caso, podría ofrecerlo con esa ventaja adicional, pues las cargas, si son reales, se transfieren con la cosa (*res transit cum suo onere*). Pues bien, si las cosas son lo que son según su naturaleza, independientemente de cómo se las llame, se supone que si hay correlato entre peso, carga o gravamen por el lado de un predio y una ventaja real (efectiva) que de ello se deriva para otro, cambiando la fórmula a una prestación negativa tendríamos una servidumbre civil. En el caso que nos ocupa, lo cierto es que Juan podría destinar esas 5 ha a ganadería o cultivos, y al venirse al pedido de Pedro de restringir esa área sólo al manejo forestal sostenible, pero cambiando la fórmula a *No dedicar a uso alguno que conlleve la destrucción o alteración sustancial de la cobertura arbórea 5 hectáreas de tierras legalmente autorizadas para conversión a usos agropecuarios*, objetivamente estaría imponiéndole una carga a su propiedad; y esa carga repercute, en efecto, en una ventaja cierta para el predio de Pedro, como son las hipótesis del punto 6. En consecuencia, esa restricción dejaría configurada, en entidad jurídica, una servidumbre civil voluntaria. Para el caso de que el único objeto de la restricción fuese conservar la diversidad biológica, en algunas situaciones de la vida práctica la ventaja real para el predio dominante está constituida por el beneficio de observar la vida animal, especialmente pájaros, por parte de los alojados del albergue turístico afincado en el predio dominante, donde el constituir un atractivo para captar alojados, que a su vez se traducirá en captura de ingresos, es, en efecto, una ventaja real (sin embargo, para la acabada configuración de la servidumbre debería clausularse que el objeto esencial del predio es sostener tal albergue turístico, ver nota 31). De manera que cuando el objeto fuese la sola conservación de diversidad biológica en sí y por su valor intrínseco, habría que configurar la servidumbre aduciendo alguna ventaja real para el predio dominante, como podría ser polinización, control biológico de plagas y enfermedades, etc., siendo que para lograr el mismo objeto bastaría con aducir cualquier otro servicio ambiental del bosque, para lograr de paso lo que realmente se pretende, habida cuenta que al conservar el ecosistema se conserva la biodiversidad³¹. Esto nos lleva a que cuando no se

³¹ Esta es una finura de “prueba ácida” para determinar si una carga es real o personal: “Cuando se trata de saber si la carga impuesta a un comprador presenta el carácter de una obligación personal o el de una servidumbre real destinada a pesar perpetuamente sobre el fundo vendido, se debe, en efecto, preguntar si esta carga está establecida en interés de una industria o de una explotación cualquiera, considerada en sí misma y separada del fundo en que funciona entonces, o si, por el contrario, la carga debe aumentar el valor económico

pueda resguardar la relación en la servidumbre civil, por no producirse entre predio dominante y sirviente —como sucederá en los casos en que es una organización la que canaliza recursos para la conservación de una cuenca—, la alternativa sería resguardarla en la servidumbre administrativa, y aquí sí hay que apuntar en el cuaderno de trabajo que debe evaluarse hasta dónde da la infraestructura normativa existente y, en su caso, la tareas legislativas pendientes (abogacía de *lege ferenda*). En todo caso, debe tenerse presente que la ley permite el cambio benigno de usos (migración de tierras agrícolas o pecuarias a producción forestal o protección, pero nunca al revés)³², por lo que una forma de cubrirle las espaldas a Pedro (y a la conservación) sería que en su POP Juan realice tal afectación, y que así conste en una cláusula del contrato de CSA, en la misma que debería considerarse el plazo mínimo por el que Juan mantendrá invariable la afectación. Finalmente, a propósito de la posibilidad de resguardarse tanto en el terreno de las obligaciones como en el de la servidumbre, debe tenerse en cuenta que siempre que una misma situación jurídica pueda constituirse como una relación personal (obligaciones) o como una real (servidumbre), será la común intención de las partes la que finalmente determine la calificación, en el entendido que la naturaleza jurídica de ambos tipos de relación permite cobijar el asunto. En consecuencia, llegado el momento el juzgador debiera inclinarse por la naturaleza que la común intención de las partes dio a la relación, pues en esta materia las normas civiles son de carácter dispositivo³³.

de un fundo determinado teniendo en cuenta su disposición que hace de él el sitio de una industria, o de un comercio, o de cualquier otro medio de explotación. En el primer caso existe una simple obligación personal; en el segundo, una servidumbre" (COLIN, Ambrosio – CAPITANT, Henry; *Curso elemental de Derecho Civil*, tomo III, 1^a edición, Madrid, Reus, 1922, p. 797).

³² Artículo 12 de la Ley Forestal: "Las tierras deben usarse obligatoriamente de acuerdo a su capacidad de uso mayor, cualquiera que sea su régimen de propiedad o tenencia, salvo que se trate de un cambio de uso agrícola o pecuario a uso forestal o de protección". Artículo 6 del Reglamento General: "El nivel predial o de concesión constituye la unidad de análisis y gestión que determina los usos definitivos. De conformidad con el artículo 12 de la Ley, en dicho nivel de ordenamiento no se pueden cambiar los usos de protección y forestal asignados a nivel macro por los planes de uso del suelo a usos agrícolas y/o pecuarios". Dado que los planes de ordenamiento predial (POP) instrumentan el artículo 13.II de la Ley 1700 (servidumbres ecológicas), los artículos 27 y 29 del Reglamento General establecen que sólo el POP determina los usos definitivos, es decir, luego de delimitadas las servidumbres ecológicas, zonificadas las áreas de producción y, en su caso, efectuados los cambios benignos de uso permitidos por los arriba citados artículo 12 de la Ley y artículo 6 del Reglamento General.

³³ Por esta solución se inclinan COLIN y CAPITANT al comentar el caso de las convenciones que estipulan un derecho de caza o un derecho de pesca. Ya la jurisprudencia (1907) se había inclinado por la naturaleza personal de estas convenciones, sobre lo que ellos dicen: "Opinamos que la cuestión debiera ser resuelta (...) según las circunstancias de hecho y la intención de las partes. Si, en efecto, los derechos de caza o de pesca se estipulan para el placer personal de un individuo, sólo pueden ser objeto de arrendamiento o de un derecho de uso personal, temporal e intransmisible. Pero no vemos por qué no podrá ocurrir otra cosa, y por qué, si las partes lo quieren, el derecho de caza o de pesca no puede ser establecido a título de servidumbre. Razonablemente, basta para que pueda ser así que la carga estipulada presente una utilidad para el fundo dominante, que aumente su valor económico y sea susceptible de ser transmitida como un accesorio del fundo, como un anejo que se haya convertido en inseparable de él" (COLIN, Ambrosio – CAPITANT, Henry; *Curso elemental de Derecho Civil*, tomo III, 1^a edición, Madrid, Reus, 1922, p. 798).

Sigamos. Obligaciones “e” y “f” (*e. Conservar sin intervención alguna 5 hectáreas de bosques legalmente asignadas a producción forestal permanente; f. Conservar sin intervención alguna 5 hectáreas legalmente asignadas a usos agropecuarios*). Independientemente de que en el primer caso de trate de tierras para uso forestal y en el segundo de tierras para usos agropecuarios, lo jurídicamente relevante es que (a) ambas son de propiedad de Juan, (b) para ambas Juan se aviene a la restricción de conservarlas sin uso alguno —peso, carga o gravamen—, y (c) en ambos casos ello conlleva una ventaja real para el predio de Pedro —los servicios ambientales listados en el punto 6—, de modo que, al igual que en el caso “d”, aquí estamos frente a una servidumbre civil voluntaria, y al formalizarla como tal se habría cubierto al máximo las espaldas de Pedro y, por tanto, de la conservación. Además, obsérvese que para la obligación “f” también cabe la alternativa de que en su POP Juan afecte esas tierras a protección, debiendo tenerse en cuenta que la servidumbre ecológica consiste en “conservar sin intervención alguna”, lo que claramente constituye un no hacer respecto del hacer de la producción forestal.

Finalicemos. Las dos últimas obligaciones de Juan son la “g” y la “h” (*g. Dedicar exclusivamente a uso agroforestal 5 hectáreas de tierras legalmente asignadas a dicho uso; h. Dedicar exclusivamente a uso agroforestal 5 hectáreas de tierras legalmente autorizadas para cultivos intensivos en limpio o pastos*). En el caso “g”, es la ley la que le impone esa restricción administrativa a Juan, de modo que bastaría con dejar constancia de ello en la cláusula correspondiente del contrato de CSA, del mismo modo en que se hizo respecto de la obligación “c”. En cambio, la obligación “h” es por entero una restricción que voluntariamente se obliga a soportar Juan. Otra vez, como en el caso “d”, tal como está formulado sería abusivo hacer pasar el caso “h” por servidumbre civil voluntaria, pues la literalidad del texto confiesa a gritos que es un hacer lo principal, a saber, dedicar a uso agroforestal esas 5 hectáreas, y tal es indudablemente una prestación positiva que demandará gastos de instalación y mantenimiento, lo que no condice con la naturaleza jurídica de una servidumbre. Sin embargo, es obvio que en esta relación lo que a Pedro realmente le interesa no es que Juan incursione en determinados cultivos, sino que conserve un determinado paisaje, que a su vez redundará en la conservación de los recursos suelo, agua, fauna, etc., para lo cual el medio es que dedique esa área a cultivos compatibles con el mantenimiento en pie de parte sustancial del bosque (sistema agroforestal). De manera que quedarían dos vías: (a) tratar de convertir a prestación negativa la obligación de Juan (verbigracia: *No dedicar la tierra a ningún uso que suponga una intervención a la cobertura arbórea mayor a la limpieza del sotobosque y el raleo moderado del bosque*); y (b) que Pedro pacte con Juan que para el caso “h” éste procederá, en su POP, a afectar esa extensión a usos agroforestales (debiendo convenirse tanto

el plazo por el que no podrá levantarla como las penalidades civiles aplicables por la violación del plazo).

Se comprenderá que con deliberada intención el ejercicio ha consistido en explorar la posibilidad de llevar hasta el terreno de la servidumbre la mayoría de las obligaciones de Juan, en el entendido que sería la forma óptima de cubrirle las espaldas a Pedro y a la conservación. Empero, ello no desdice en absoluto de la posibilidad de construir una sólida relación jurídica en el solo terreno de las obligaciones, sujetándolas a cláusulas disuasorias de incumplimientos o violaciones, o, para el caso llegado, de reparación de los daños y perjuicios conforme a cánones de ajuste claramente estipulados. Para casos colectivos (verbigracia todos los generadores de una cuenca), socializar los compromisos sería un medio eficaz para garantizar su cumplimiento, pues la presión moral puede ser más eficaz que la propia presión jurídica, lo que de paso alivia el problema de la falta de titulación en regla. Ejemplos: el formato de los contratos es aprobado por la comunidad; cada contrato es visado por la organización local, con el compromiso de supervisarlo; los vecinos del obligado intervienen como testigos y garantes; interviene el gobierno local designando un fedatario/inspector, etc.

IX. El tema del contrato.

Repasando, los datos que fluyen de los puntos 5 (hacer y no hacer contra dar), 6 (constante del largo plazo),⁷ (la parte más vulnerable en la relación) y 8 (naturaleza jurídica de la relación), son los factores determinantes para la construcción del contrato de CSA entre Pedro y Juan. Lo primero está diciendo que habrá que detallar de manera clara e inequívoca qué se obliga en cada caso a hacer o no hacer Juan, contra qué obligaciones de dar de Pedro; el resto obviamente dice que habrá que considerar un plazo mínimo de, digamos, diez años, pero también que las prestaciones positivas o negativas de Juan deben ceñirse a las reglas básicas de efectividad, continuidad y permanencia, lo que lleva a pensar en la necesidad de una cláusula de resarcimiento del daño para el caso de incumplimiento por causa imputable al deudor (artículos 339-350 del Código Civil). Esto lleva a que, precisamente en el marco de una relación de confianza sustentada sobre los pilares de la buena fe y el sano propósito de las partes, una prudente vinculación contractual debería revestirse de las formalidades legales idóneas para el caso (escritura pública para el de Juan y Pedro). Habida cuenta de la patrimonialidad de las prestaciones, para el caso de Bolivia la base legal del contrato está constituida por los artículos 292 y siguientes del Código Civil, siendo inscribible en virtud del artículo 1541 del mismo.

En cuanto a la naturaleza de servidumbre civil de las obligaciones de hacer y no hacer que libremente asuma el generador, la base legal es el artículo 255 del Código Civil³⁴, teniendo el carácter de servidumbres voluntarias (artículo 274), cuya extensión y ejercicio se regulan por el título constitutivo (artículo 280). Como elemento referencial, nótese que también la Ley de Municipalidades establece que las servidumbres públicas constituyen obligaciones de hacer o no hacer (artículo 121)³⁵.

Por último, no está demás recordar que no es indispensable la colindancia entre el predio sirviente y el dominante, pues los elementos jurídicamente relacionales entre ambos están comprendidos en el correlato entre peso, carga o gravamen que está llamado a soportar el primero, con alguna ventaja real que ello reporte al segundo. Así, el predio de Juan puede distar diez kilómetros del predio de Pedro, pero estar aguas arriba y de todas maneras servir al segundo con la provisión de agua (ventaja real). En todo caso, para los servicios ambientales en que no estuviera claro el tema de la ventaja real para el predio del beneficiario, quedarían dos recursos: (a) acomodar formalmente la cláusula con un servicio que claramente importe esa ventaja cierta, en el entendido que al lograr la conservación por esa vía, por igual se logran los demás servicios pretendidos; y (b) hacer que el generador declare el área como Reserva Privada del Patrimonio Natural (servidumbre ecológica voluntaria), cuya base legal figura en la nota 24.

X. El tema de los requerimientos de administración del vínculo.

En las relaciones como las de Juan y Pedro, el vínculo tranquilamente pueden administrarlo las partes, lo que también rige para el caso de pluralidad de generadores y singularidad de beneficiario; pero tratándose de pluralidad de beneficiarios y de generadores es necesario establecer un mecanismo de intermediación que cumpla con las obligaciones de dar de los beneficiarios a

³⁴ El artículo 255 del Código Civil dice: “En virtud de la servidumbre el propietario de un fundo puede, para utilidad o beneficio propios, realizar actos de uso en fundo ajeno o impedir al propietario de este el ejercicio de algunas de sus facultades.” Respecto a la segunda parte del precepto no se vislumbra problema alguno, porque las obligaciones de no hacer que asuma el generador calzan en la prescripción. Respecto a la primera parte, no se trata de que el beneficiario realice actos de uso en el fundo del generador, sino de que el propio generador use ciertos espacios de su predio de acuerdo a ciertas condiciones convenidas con el beneficiario, y eso, otra vez, implica “impedir al propietario el ejercicio de algunas facultades”, por lo que también las obligaciones de hacer calzan en la segunda parte del precepto.

³⁵ Ley 2028 de 28 de octubre de 1999, artículo 121: “Se entenderá por servidumbre pública al derecho real que se impone a determinados bienes inmuebles a efecto del interés público. Constituyen obligaciones de hacer o no hacer que afectan solamente el uso de la propiedad y no comprometen al Gobierno Municipal al pago de indemnización alguna. Los casos en que constituyan una desmembración del derecho propietario, se considerarán como expropiación parcial. El Gobierno Municipal está obligado a inscribir en el Registro de Derechos Reales, sin ningún costo, todas las servidumbres públicas”.

cambio de garantizarles que los generadores están cumpliendo con sus obligaciones de hacer o no hacer. Es el caso, por ejemplo, de la relación entre los beneficiarios de agua de una ciudad y los generadores de la cuenca de aporte, o del servicio ambiental de captura y fijación de carbono. Ejemplos del primero son: (a) El Programa PROCUENCAS para el Pago del Servicio Ambiental por Agua montado por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia (Costa Rica), que a la fecha financia 1.190 ha de bosque natural y reforestación en áreas estratégicas de infiltración y recarga; (b) En Quito, el Fondo para la Protección del Agua —FONAG— es un fideicomiso mercantil privado destinado a cofinanciar actividades para rehabilitar, proteger y conservar las cuencas hídricas que abastecen de agua al Distrito Metropolitano de Quito, y donde el FONAG es el mecanismo institucional instalado por la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, conjuntamente con una organización no gubernamental internacional, una empresa cervecera, una eléctrica y una agencia de cooperación internacional, para administrar el vínculo entre beneficiarios y generadores; (c) En Santa Cruz, un ejemplo es el caso de Mairana, en que se han coaligado, mediante el Convenio para la Conservación de los Recursos Hídricos de la Cuenca del Chape, la Municipalidad, la cooperativa de provisión de agua para consumo humano y una fundación, estableciendo la Reunión de las Partes Signatarias como instancia de dirección, y donde la Municipalidad contribuye con una partida presupuestaria³⁶, la fundación con asistencia técnica y aporte económico, y la cooperativa cargando a la factura de agua una tarifa ambiental hídrica y manejando operativamente el vínculo entre beneficiarios y generadores³⁷.

XI. Palabras finales: la matriz jurídica.

Hay la tragedia del bajo sentido de juridicidad, como género, y hay, como especie, el drama de la endeblez jurídica. Lo primero se da cuando en un Estado todavía no se ha llegado a entender que el derecho es la línea base de una vida civilizada y la precondición para el desarrollo de la sociedad. Como una manifestación de lo primero, lo segundo se da en diversos proyectos y acciones ajenos a la matriz jurídica, incluyendo en no pocos casos su propia legislación.

³⁶ De la Resolución de Alcaldía reza: “Artículo 3.- La partida presupuestaria para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Gobierno Municipal será destinada exclusivamente al financiamiento de actividades, obras o proyectos, o componentes de los mismos, que estén enmarcados en los fines y las competencias municipales, sin sustituir las obligaciones que en razón del interés colectivo son impuestas universalmente a los administrados, ni resignar las potestades normativas, ejecutivas y coercitivas acordadas por la Constitución y las leyes a los Gobiernos Municipales.” Esta Resolución fue a su vez aprobada por Ordenanza Municipal, quedando así perfectamente formada la voluntad social municipal.

³⁷ Este esquema también está avanzado en la Municipalidad de Comarapa y lo probable es que se reproduzca en Pampa Grande, Samaipata, Los Negros, Quirusillas y Saipina.

En países de bajo sentido de juridicidad, la vergüenza que cargamos los juristas es que todavía no hayamos logrado hacer entender a gobernantes y gobernados lo que cualquier equipo de fútbol callejero hace rato que ya tiene perfectamente claro, a saber, que sin las reglas es imposible que haya partido. Es más, siendo que una de las reglas es que debe haber un árbitro que las administre y jueces de línea que lo asistan en su tarea, los futbolistas callejeros hace rato que ya han entendido que si quieren que haya partido todos deben erigirse a su vez en árbitros y jueces de línea, es decir, en voceadores constantes de las reglas. Esto significa que los futbolistas callejeros hace rato que ya tienen claro que lo jurídico es lo primero e imprescindible, no lo último o dispensable. Por eso, lo primero que hacen es rayar la cancha y poner las piedras o los ladrillos que harán de arcos, y luego no paran de ir voceando las reglas a lo largo de todo el partido, para mantener a raya cualquier intento de infracción, o aplicar la regla a quien la infringió. En consecuencia, en los países con bajo sentido de juridicidad el gran desafío de la comunidad jurídica se reduce a conseguir que los Estados se eleven al nivel de juridicidad de los equipos de fútbol callejero; pero esta vez, desde que se trata de Estados, con árbitro y jueces de línea: sistema de contrapesos institucionales y controles cruzados, comúnmente conocido como división de poderes.

Como el tablero de puntos y circuitos de un artefacto electrónico, la matriz jurídica es una red de instituciones y canales procesales. Las instituciones son los botes y los canales las vías de navegación. Lo que no se acomode en la debida institución, equivale a un plan de navegación sin bote, y lo que no se canalice debidamente, a un plan de navegación con el bote en tierra.

Adecuarse al tablero de puntos y circuitos es proceder en derecho. Todo lo que no se adecue al tablero, es un acto arbitrario; siendo que la razón de ser del tablero es, precisamente, evitar el acto arbitrario. El tablero es, así, la línea base de una sociedad civilizada. La construcción del tablero — la matriz jurídica — es el empeño conjunto de establecer el ordenador básico de la vida social. El acto arbitrario implica, por tanto, socavar las bases más elementales del proceso civilizatorio. En esa medida, es una conducta primaria, bárbara, tribalizante.

La regla general es que sólo las propuestas prefiguradas bajo un esquema jurídicamente sólido acaban plasmándose en la práctica y durando en el tiempo. Sólo de lo prefigurado bajo tal esquema cabe esperarse el fenómeno deslumbrante de la propuesta teórica que edita realidad. Si en el diseño de cualquier plan para el desarrollo de un país lo jurídico no es el condimento final, sino la precondición para que los ingredientes trabajen, lo propio rige para desarrollar cualquier proyecto. En el caso de la CSA, lo primero que debe aceptarse es que se trata de un negocio jurídico³⁸, y que, por tanto, sus términos deben incardinarse en las correspondientes instituciones de derecho, lo que

³⁸ “Es el acto jurídico integrado por una manifestación de voluntad dirigida a fines que el derecho ampara y reconoce” (FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo; *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, ECM, 1972).

conlleva respetar la entidad jurídica de dichas instituciones. Cuando tal negocio jurídico se realiza entre dos particulares (Juan y Pedro), no se ve cómo podría ser calzado en la matriz jurídica, como no sea acudiendo al derecho civil; dentro del derecho civil, al derecho de las obligaciones y a los derechos reales; dentro del derecho de las obligaciones, a las de hacer y no hacer por parte del generador, en correlato con las de dar por parte del beneficiario; y dentro de los derechos reales, tratándose de propiedades inscritas, a las servidumbres voluntarias. Bajo el principio de que a nadie se paga por acatar la ley ni por abstenerse de delinquir, pretender colocar la CSA en los casilleros de las servidumbres administrativas y las restricciones administrativas, equivale a ponerse los zapatos por guantes: donde lo fácil es hacer entrar los zapatos en las manos; el problema está, por un lado, en que con semejantes guantes esas manos dejarán de servir como manos (desnaturalización de las instituciones jurídicas), y, por otro, en que el flamante enguantado no llegará muy lejos caminando descalzo y sin manos con que agarrarse de algo (falta de incardinación en las instituciones jurídicas).

En suma, la matriz jurídica es el mapa de carreteras que contiene las rutas para llegar desde el punto “a” hasta cualquiera de los puntos entre la “b” y la “z”. Toda salida de ruta y todo atajo, sólo terminan en ningún lado o en el despeñadero.

Es por ley de necesidad que la matriz jurídica se ha ido estructurando históricamente. Es por ley de necesidad que tiene un carácter orgánico, y, por tanto, coherente y jerarquizado. Toda innovación jurídica debe conformarse a la matriz, por ley de necesidad. Si mil veces mil revoluciones destruyeran mil matrices, las mil veces, por ley de necesidad, concluirían en una matriz. Porque, inexorablemente, donde hay sociedad hay derecho —*ubi societas ibi jus*—, y ello se debe a que sin derecho sencillamente no puede haber sociedad. Y el derecho no puede ser sino una matriz orgánica, por ley de necesidad. De manera que toda forma de desorganización de la matriz jurídica es un acto de lesa sociedad, en la medida que importa socavar el andamiaje básico de la organización social.

Plantear la CSA como alternativa al comando y control del Estado, es ilusorio y distractivo. Ilusorio, porque, de un lado, lo cierto es que la CSA nunca alcanzará a cubrir más que un segmento marginal de todo el universo cubierto por el orden legal de la conservación, y, de otro, porque aún para la exigibilidad de las obligaciones en ese segmento, así como para combatir el efecto fuga³⁹,

³⁹ Un caso típico de efecto fuga es cuando alguien conserva el bosque en un lado a cambio del PSA o la CSA, y pasa a deforestar en otro lado. Manejados con prescindencia del sistema de comando y control, aquí el PSA y la CSA pueden más bien fungir como habilitación financiera para la ocupación de otras áreas boscosas. En el caso de la erradicación de la coca, los campesinos recibieron un pago por hectárea a fin de que mudaran a cultivos lícitos, pero muchos de ellos volvieron a sembrar en otro lado, a la par que otros campesinos incursionaron en la siembra, con el resultado de que tras muchos años de programas de erradicación acompañados por compensaciones directas y bien financiados proyectos globales de desarrollo alternativo, el

finalmente se requiere del brazo de la ley y del aparato institucional del Estado. Y distractivo, porque confiados en tal planteamiento se dejará de presionar a que el Estado finalmente cumpla con lo que, de origen y por finalidad, es su primera obligación de gobierno, a saber, regular el uso del territorio nacional en función de la conservación y el aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, puesto que es el presupuesto necesario para el desarrollo y el bienestar de las presentes y las futuras generaciones. De manera que si en esta materia jamás cabe darse por vencidos, es porque el respeto al orden legal de la conservación conlleva la pregunta: ¿Somos Estado o no somos Estado? Es decir: ¿Somos o no una comunidad jurídicamente organizada? Y verdad como es que todavía no lo somos del todo, lo es que ello no constituye argumento para retroceder en lo avanzado, sino para redoblar esfuerzos hasta lograrlo. Desideratum.

Tanto como la matriz jurídica es una herencia histórica, sólo lo realizado en términos jurídicamente sólidos tiene una espontánea vocación de permanencia histórica: trátese de las más revolucionarias innovaciones de Estado, o de la incorporación de la CSA en la economía jurídica del Estado. *Nemo potest sine juris*. Y ya que nada se puede sin el derecho, la CSA debe insertarse en la matriz jurídica; donde el término insertarse ciertamente dice de incardinación en sus respectivas instituciones, o de innovaciones institucionales que se incardin en la matriz, pero también de no colisionar con otras instituciones, como las del ordenamiento legal de la conservación, y que incluye la asignación de los usos de la tierra como limitaciones legales de cumplimiento universal.

Si hay cuestionamientos a un punto del tablero electrónico, lo procedente es modificarlo, o inclusive retirarlo; pero en modo alguno se puede introducir un punto de signo contrario sin apostar a quemar el tablero. Si la matriz jurídica abomina la antinomia, es porque las normas que se niegan entre si constituyen el foco incendiario que puede dejarla en cenizas. E introducir en el tablero la CSA sin cuidar que no acabe en una posición encontrada con el ordenamiento legal de la conservación, sería apostarle a terminar con un reluciente punto verde en medio de un mar de ceniza.

área total sembrada a la fecha es superior al área inicial. Lo que esto indica es que la aplicación de compensaciones económicas debe ser concebida no como una alternativa a la aplicación de la ley, sino como un medio de legitimación para que la ley pueda ser aplicada sin contemplaciones. Y si no hay que salvar distancias con el PSA o la CSA es porque si bien en el caso de la coca excedentaria el abastecimiento al narcotráfico es un poderoso incentivo para violar la palabra empeñada y la ley, también su persecución legal es mucho más severa y, por tanto, la incursión mucho más riesgosa. De manera que en un escenario en que históricamente la deforestación irregular ha sido seguida de la legalización de los hechos consumados, no se ve por qué habría de suponerse que en este caso el campesino que recibe una compensación no haría lo mismo que el cocalero, siendo que el punto común a ambos es que la pauta de conducta la dicta la misma cultura de irrespeto a la ley y a la palabra empeñada.

XII. Referencias bibliográficas.

ANDALUZ, Antonio; *Bases conceptuales para un enfoque de los servicios ambientales a partir del estructuralismo normativo*, 1^a edición, Santa Cruz, Sociedad Boliviana de Derecho Ambiental, 2005.

ANDALUZ, Antonio; *Derecho Ambiental*, 2^a edición, Santa Cruz, Universidad Privada de Santa Cruz, UPSA, 2003.

ANDALUZ, Antonio; *Temas ambientales clave para la nueva constitución*, en *Justicia constitucional y Estado de derecho*, 1^a edición, Sucre, Tribunal Constitucional, 2006.

ANDALUZ, Antonio; *Los conceptos clave de Estado y los planes de ordenamiento predial*, Santa Cruz, BOLFOR, 1998.

ANDALUZ W., Antonio et al, *Propuesta técnica de articulado del régimen de los bosques y las tierras forestales en la nueva Constitución*, Santa Cruz, CFB/FBDM, 2007.

ANDALUZ W., Antonio – ANDALUZ V., Horacio; *El caso de la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria. Crítica de juridicidad de un cuerpo normativo*, Santa Cruz, El País, 2007.

BETTI, Emilio; *Teoría general del negocio jurídico*, 1^a edición, Granada, Comares, 2000

LEÓN BARANDIARÁN, José; *Acto jurídico*, 2^a edición, Lima, Gaceta Jurídica, 1997.

COLIN, Ambrosio – CAPITANT, Henry; *Curso elemental de Derecho Civil*, tomo III, 1^a edición, Madrid, Reus, 1922.

FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo; *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, ECM, 1972.

MESSINEO, Francesco; *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo II, 1^a edición, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971.

VON IHERING, Rudolph; *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, 1^a edición, Granada, Comares, 1998.