

LUIS FELIPE GUZMÁN JIMÉNEZ*

JUAN DAVID UBAJOA OSSO**

*El pago por servicios ambientales como un instrumento
idóneo para gestionar las aguas y otros recursos naturales,
así como para avanzar en materia socioeconómica*

SUMARIO

Introducción. I. El concepto teórico del PSA. II. El recorrido del marco jurídico colombiano del PSA. A. El primer antecedente normativo y su escaso desarrollo. B. Modificaciones normativas, nuevamente, poco desarrolladas. C. Hacia la construcción del actual marco jurídico del PSA. 1. Ley 1753 de 2015. 2. Documento CONPES 3886 del 8 de mayo de 2017. III. El actual marco jurídico colombiano del PSA. A. El concepto normativo del PSA. 1. Los elementos del PSA. a. Los compradores de servicios ambientales. b. Los vendedores de servicios ambientales. c. El intermediario del PSA. d. El contrato del PSA. e. Los predios susceptibles de ser parte de un proyecto de PSA. f. Control y vigilancia. 2. Reflexiones en torno a los conceptos normativos y modelos del PSA: la necesaria unificación. IV. La importancia del PSA para las áreas protegidas. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

Este trabajo contiene un análisis jurídico del hasta ahora poco desarrollado instrumento del Pago por Servicios Ambientales (PSA). Dicho análisis se ha realizado con base en posturas teóricas sobre el PSA y, especialmente, en el marco jurídico colombiano del PSA, y en todo momento intentará señalarle al lector cuáles son las importantes bondades de esta herramienta en la gestión de las aguas y otros recursos naturales, así como en el progreso socioeconómico de Colombia.

* Abogado y magíster en Derecho con énfasis en Derecho de los recursos naturales de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es investigador del Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: luis.guzman@uexternado.edu.co

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es investigador del Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia y becario de esta Casa de Estudios y la Fundación Carolina de España en sus estudios doctorales en la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: juan.ubajoa@uexternado.edu.co

PALABRAS CLAVE

Pago por servicios ambientales, gestión medioambiental, desarrollo socioeconómico.

ABSTRACT

This work contains a legal analysis of the until now little developed instrument of payment for environmental services (hereinafter PSA). This analysis has been made based on theoretical positions on the PSA and, especially, in the Colombian legal framework of the PSA, and at all times will try to point out to the reader what are the important benefits of this tool in the management of water and other resources natural resources, as well as in the socioeconomic progress of Colombia.

KEYWORDS

Payment for environmental services, environmental management, socioeconomic development.

INTRODUCCIÓN

La actual degradación en gran parte de los ecosistemas acuáticos y del resto de los ecosistemas es un hecho incontrovertible. Asimismo, nadie duda que resulta imperativo ejecutar adecuadamente las herramientas jurídicas que ya se han establecido para combatir esa degradación, así como no habrá quien niegue que es completamente necesario corregir las falencias de esas herramientas y diseñar nuevos instrumentos para luchar contra esa degradación.

Uno de los instrumentos jurídicos que el derecho colombiano ha adoptado para hacer frente a la contaminación de los ecosistemas naturales del país es el PSA. Este instrumento nació en Colombia, como expondremos de manera detallada, en el ámbito de protección del recurso hídrico, y posteriormente fue expandido al amparo de otros recursos naturales como, por ejemplo, la atmósfera. Desde nuestro punto de vista, el PSA es una herramienta muy valiosa para la gestión tanto de las aguas como de otros recursos naturales. Sin embargo, hoy se está viendo seriamente afectada por una larga serie de inconvenientes que impiden que sus objetivos conservacionista y social se materialicen correctamente. Una muestra palpable de esta falta de materialización es el poco

desarrollo práctico que el PSA ha tenido por parte del sector público. Este escaso desarrollo se puede observar, por ejemplo, en los datos proporcionados por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) a través de su respuesta del 7 de febrero de 2018 y con radicado E1-2018-031320, a nuestra petición de información sobre los proyectos de PSA que han sido implementados. Según la citada entidad, en el 2015 tan solo la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca y la Corporación Autónoma Regional de Nariño le reportaron inversiones de las entidades territoriales de sus respectivas jurisdicciones en programas de PSA, la primera con una inversión de \$2.689.278.921 y la segunda con una inversión de \$157.354.000. Y en el 2016 solamente le reportaron inversiones de las entidades territoriales de sus respectivas jurisdicciones en proyectos de PSA la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, con una inversión de \$1.848.505.104; la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare, con una inversión de \$61.200.000; y la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia, con una inversión de \$6.887.142. Así, es viable considerar que las demás autoridades ambientales no suministraron información sobre inversiones en PSA al MADS porque las entidades territoriales de sus respectivas jurisdicciones no habían destinado recursos al diseño y ejecución de programas de PSA, y seguramente hoy tampoco lo están haciendo con la vehemencia que esta cuestión requiere.

La larga serie de inconvenientes que está perjudicando el alcance de los fines del PSA ha emanado de diferentes aspectos estrechamente relacionados con el marco jurídico colombiano del PSA. En consecuencia, hemos decidido estudiar este marco para exponer de manera coherente su origen, su evolución, sus finalidades, sus metas, sus problemáticas y, sobre todo, las oportunidades que el PSA puede implicar para la conservación de las aguas y otros recursos naturales y para el desarrollo social del país. Estamos firmemente convencidos de que el PSA es, siempre y cuando se le reconozca y respete su verdadero sentido y se le ejecute de conformidad con este, una herramienta que puede contribuir a que el Estado colombiano progrese en la protección de sus ecosistemas naturales, así como en la salvaguardia de una parte de su población vulnerable.

Para llevar a cabo el análisis del marco jurídico colombiano del PSA hemos dividido este trabajo en cuatro grandes apartados. En el primero (1) expon-dremos algunas visiones teóricas respecto al concepto de PSA para sentar ideas básicas en torno a este instrumento y, sobre todo, para plantear unas preguntas que nos ayudarán a guiar la explicación de los siguientes apartados. En el

segundo (II) ilustraremos el recorrido del marco jurídico del PSA anterior a su estado actual, pues la comprensión de aquel recorrido es indispensable para que el estado actual del marco se entienda cabalmente. Esto es así debido a la forma desordenada y paulatina en que el régimen jurídico del PSA ha ido avanzando. En el tercer apartado (III) explicaremos el estado actual del marco jurídico del PSA. Este marco comprende, como se verá, dos conceptos normativos y modelos de PSA diferentes que generan varias dificultades. En el último apartado (IV) haremos referencia a la importancia del PSA en las zonas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP) porque, tal y como también se explicará, esa herramienta tiene mucho potencial en esas zonas desde dos perspectivas de protección: medioambiental y social.

I. EL CONCEPTO TEÓRICO DEL PSA

En Colombia se han elaborado dos documentos-guías para desarrollar el PSA en la práctica: la estrategia nacional de pago por servicios ambientales, de julio de 2008, y el Documento CONPES 3886 del 8 de mayo de 2017. Para definir el concepto de PSA, estos documentos-guías se han apoyado en un autor que ha investigado sobre PSA durante varios años: Sven Wunder. Sin embargo, las referencias a este autor han sido sustancialmente diferentes, pues mientras el primer documento-guía adopta de manera absoluta la definición de PSA que él propone¹, el segundo se aparta de ella². Por consiguiente, en esta oportunidad analizaremos el concepto teórico de PSA con base en lo que Sven Wunder ha dicho al respecto, así como también tendremos en cuenta la opinión de otros autores que han trabajado esta cuestión.

Según Wunder (2006), el concepto de PSA no ha sido definido pacíficamente, lo cual ha generado dudas en torno a lo que realmente implica. El citado autor considera que para determinar el mencionado concepto es necesario

1 “Para efectos del desarrollo de esta Estrategia se adopta la siguiente definición basada en Wunder (2006) de esquemas de Pago por Servicios Ambientales: [...]” (MAVDT, 2008, p. 12).

2 “Es habitual encontrar esquemas denominados PSA ampliados, los cuales implican variaciones respecto a los criterios mencionados por Wunder (2005)[...] En este sentido, la política consignada en el presente documento brinda lineamientos para el desarrollo de esquemas de PSA ampliado, que recoge las anteriores características y que ajustado al contexto del país facilitará la implementación de estos esquemas en Colombia” (CONPES, 2017, pp. 20-21).

valerse de cinco criterios que representan los principios innovadores del PSA. Todos los criterios deben concurrir para que estemos frente a un auténtico PSA, de lo contrario estaremos ante una herramienta similar. El primer criterio se refiere a que el PSA es una transacción de carácter voluntario; el segundo hace alusión a que la transacción debe tener como objeto un servicio ambiental bien definido o un uso de la tierra que sea susceptible de asegurar el servicio ambiental respectivo; el tercero consiste en que es menester que exista, por lo menos, un comprador del servicio ambiental o del uso de la tierra; el cuarto es que es indispensable que haya, como mínimo, un vendedor del servicio ambiental o del uso de la tierra, y finalmente, el criterio de condicionamiento, que se refiere a que los pagos que debe hacer el comprador al vendedor solo se realizarán en la medida en que este último provea el servicio ambiental o implemente el acordado uso de la tierra, es decir, si está cumpliendo³.

Los criterios esbozados requieren algo más de precisión. El carácter voluntario del PSA significa que todo PSA debe ser el resultado de una negociación entre el comprador y el vendedor del servicio ambiental respectivo o del uso de la tierra que sea susceptible de asegurarlo. Este aspecto diferencia al PSA de las medidas de mando y control, las cuales han sido, como bien señala Blanco Freja (2004), muy utilizadas por el ordenamiento jurídico-ambiental colombiano y se caracterizan por su carácter impositivo⁴. Además, el carácter

3 La utilidad de esos cinco criterios ha sido reiterada por el autor citado en trabajos colectivos posteriores en los que ha participado. Por ejemplo, cfr. BLANCO FREJA, NAVARRETE y WUNDER (2008, p. 109); MORENO-SÁNCHEZ, WERTZ-KANOUNNIKOFF y WUNDER (2007, pp. 40-41); PROKOFIEVA, VIDALE y WUNDER (2012, p. 4).

4 La diferencia entre el PSA y las medidas de mando y control también ha sido reconocida por el sector público colombiano. Por ejemplo: “Los PSA, al margen de ser un reconocimiento económico en sí mismo, se constituyen en un mecanismo para incentivar acciones para la conservación, a diferencia del enfoque tradicional de comando y control, y el ‘contamina paga’, como ha sido tradicionalmente enfocada la gestión ambiental en el país [...]” (CONPES, 2017, p. 18). Sin embargo, nuestra posición es que dicha diferencia no debe ser entendida en el sentido de que el PSA y las medidas de mando y control son excluyentes entre sí. Todo lo contrario: han de ser mezcladas de manera adecuada para que permitan alcanzar los objetivos de protección de los servicios ambientales que persigue el PSA, ya que este sin control y vigilancia poco o nada puede lograr. Esta es la visión que también adopta el documento estatal que se acaba de citar. Por ejemplo: “[...] Estos esquemas –los de PSA– complementan las estrategias de comando y control de las autoridades ambientales [...]” (CONPES, 2017, p. 18).

voluntario del PSA exige que los potenciales vendedores tengan verdaderas opciones de usar la tierra, es decir, que tengan la tenencia de esta.

El segundo criterio necesariamente supone cierto grado de incertidumbre. Esto se debe a que es común que no se pueda identificar con total exactitud el servicio ambiental que se generará a través de la implementación del PSA o que el uso de la tierra que se ejecutará en virtud del PSA despierte dudas respecto a si efectivamente es susceptible de generar buenos resultados. Por tanto, lo que realmente pretende este criterio es que este instrumento esté basado en un fundamento científico sólido que permita generar confianza en el comprador en el sentido de que lo pactado es capaz de producir buenos resultados en materia de conservación, pues de esta manera el comprador seguirá pagando por el servicio ambiental o el uso de la tierra de que se trate⁵.

Los criterios tercero y cuarto están íntimamente ligados debido a que significan que en cada una de las partes contractuales debe existir por lo menos una persona. Es preciso mencionar que es usual que entre las partes intervenga un intermediario que se encarga de acercarlas en la etapa precontractual y, una vez firmado el contrato, realizar los pagos al vendedor.

Finalmente, el criterio de condicionamiento conlleva que los pagos se hagan de manera periódica, así como a realizar control y vigilancia sobre el PSA para determinar si se está cumpliendo con la provisión del servicio ambiental o con la ejecución del uso de la tierra. Junto a esto, el comprador debe tener la libertad de rescindir el contrato si se presentan incumplimientos por parte del vendedor, así como este debe tener la libertad de pactar contratos flexibles que se puedan rescindir o modificar ante una mutación importante de las iniciales condiciones contractuales.

Wunder (2006) llama la atención sobre el hecho de que es muy difícil que los programas de PSA que diseñan los países en vía de desarrollo satisfagan los cinco criterios, especialmente el criterio de condicionamiento, considerado de mucha relevancia por el mencionado autor, ya que es el que determina que el PSA sea un mecanismo directo: se paga por lo que se recibe. Este criterio es el que lo distingue de los enfoques holísticos, indirectos y sin condiciones que predominaban cuando surgió el PSA. Una muestra de dichos enfoques se encuentra en los proyectos integrados de conservación y desarrollo. De ahí que el PSA haya sido el resultado de una necesidad de innovación en materia

5 Acerca de la incertidumbre y el rol que han desempeñado la ciencia y la técnica en la generación de aquella, cfr. EMBID TELLO (2010, pp. 43-68).

de conservación (Moreno-Sánchez, Wertz-Kanounnikoff y Wunder, 2007). El condicionamiento es particularmente difícil de acatar porque genera resistencia política ante su espíritu de pagar por lo que se recibe, así como por los problemas que surgen a la hora de monitorear el cumplimiento del contrato por la baja rigurosidad de los controles, sobre todo en las zonas de frontera agrícola en las que el respeto por el orden jurídico es mínimo (Wunder, 2006). Colombia es, como explicaremos, una de las naciones que encaja en el grupo de países en desarrollo que no cumplen con todos los criterios.

Por otro lado, a pesar de que Cordero Camacho (2008) dedica unas líneas a la propuesta conceptual de Wunder (2006: 55), considera que este propone una definición compleja y se conforma con manifestar que “La lógica de los PSA se basa en que los usuarios del servicio hacen un pago a los proveedores, para que estos conserven los ecosistemas que brindan dicho servicio o servicios”. Se trata de una visión un tanto más sencilla y flexible. El PSA de Colombia es más cercano a esta segunda visión, pero tampoco se ubica en ella por completo.

En un sentido similar vemos a Figueroa, Reyes y Rojas (2009), quienes tampoco defienden una posición rígida, sino que sostienen que, si bien es cierto que no hay consenso respecto al concepto de PSA, todos los autores respetan un principio básico; esto es: los vendedores de servicios ambientales deben ser compensados económicamente por el costo que les implica prestar esos servicios. Esta compensación permite reconocer e interiorizar el valor de los servicios ambientales y el bienestar que le brindan a la sociedad en la toma de decisiones individuales y sociales. En consecuencia, el PSA es, ante todo, un incentivo de carácter económico que busca la implementación de buenas prácticas o comportamientos de quienes tienen la posibilidad real de operar la tierra y los recursos naturales que están bajo riesgo, ya que dichas prácticas o comportamientos son susceptibles de garantizar la provisión de los servicios ambientales. En virtud de esa posibilidad real de operar la tierra y los recursos naturales es que las personas pueden ser vendedores de servicios ambientales. Así, Figueroa, Reyes y Rojas (2009) opinan que un PSA solo logra sus objetivos si genera un verdadero cambio en la forma de usar la tierra y los recursos naturales⁶.

6 La vigencia de la última definición expuesta del concepto de PSA ha sido reiterada posteriormente por dos de los tres autores que la plantearon en la publicación citada. Por ejemplo, cfr. FIGUEROA y REYES (s.f.).

Expuestas las posiciones de algunos autores respecto al concepto de PSA, ¿cuál es el concepto de PSA que ha adoptado el ordenamiento jurídico colombiano?, ¿para qué se indaga sobre esto?, ¿por qué consideramos que el PSA tiene mucho potencial en las áreas protegidas del SINAP? Es preciso que ante la primera pregunta se diga que la definición en cuestión ha ido cambiando en la medida en que la implementación del PSA en el país ha ido avanzando. Si bien la implementación de este instrumento no está en su fase inicial, su desarrollo ha sido bastante paulatino, sobre todo en las áreas protegidas. Por esa razón el concepto también ha variado lentamente. Frente al segundo interrogante es necesario mencionar que tener claridad sobre la definición que se ha fijado en Colombia es clave para entender el modelo de PSA que se ha configurado, así como para examinar si el concepto y el modelo son congruentes. Finalmente, respecto de la tercera cuestión solo se puede adelantar que existe compatibilidad entre las finalidades que se persiguen con el PSA y las áreas protegidas. Estos breves comentarios nos permiten observar que es menester acudir al estudio del camino jurídico que el país ha recorrido en materia de PSA, así como al análisis del actual marco jurídico de este instrumento para poder responder las preguntas planteadas.

II. EL RECORRIDO DEL MARCO JURÍDICO COLOMBIANO DEL PSA

Podemos iniciar esta parte del trabajo mencionando un aspecto que, por lo ampliamente conocido, ya ha adquirido la connotación de obvio: el PSA no es una herramienta de invención nacional ni Colombia es líder en su implementación. Aunque en el país hoy se ha vinculado fuertemente el PSA al tema de la paz y el posconflicto, el origen del PSA no se encuentra allí. De hecho, cuando este instrumento nació los colombianos ni siquiera tenían esperanza alguna de paz⁷. El origen tampoco está en el SINAP y sus fines de conservación

7 Afortunadamente, la sociedad colombiana actual alienta algún grado de esperanza, ya que la paz tiene un precio muy alto. De hecho, alcanzarla es mucho más difícil que conseguir el inicio o la continuación de cualquier guerra. Así lo retrata García Márquez (2001 [1967]) en su majestuosa obra *Cien años de soledad*, cuando relata que el coronel Aureliano Buendía decidió buscar la paz en el momento en que se sintió hastiado de la soledad, el vacío y la eternidad de la guerra en la que estaba inmerso el bando que comandaba. Pero al manifestar su intención a uno de sus más cercanos colaboradores no imaginó lo que ello significaría en la práctica: “Al decirlo, no imaginaba que era más

de la diversidad biológica nacional, a pesar de que, como expondremos, allí hay mucho potencial para el PSA. El inicio de este instrumento de mercado en el Estado colombiano se circunscribe al ámbito de protección del recurso hídrico y ha sido en este en el que se ha concretado la mayor parte de la poca implementación que actualmente tiene.

Parece que antes de que se concretara el primer antecedente normativo del PSA hubo algún programa de PSA sin respaldo normativo, toda vez que el Documento CONPES 3886, del 8 de mayo de 2017, menciona que el desarrollo del PSA comenzó:

[...] hace casi dos décadas en el país, promovidos —los proyectos de PSA— por agencias de cooperación internacional, autoridades ambientales, ONG, gremios productivos y beneficiarios del recurso hídrico, y que han sido principalmente financiados con recursos de cooperación internacional y administrados a través de fondos privados [...] (p. 22).

Ucros (2017) se ha manifestado en un sentido similar:

[...] En Colombia la primera experiencia data de 1992, desarrollada en el río Mina en el Valle del Cauca. Esta iniciativa, que más tarde fue ampliada hasta convertirse en el Fondo Agua por la Vida y la Sostenibilidad, pretende coordinar los usos del agua entre cañicultores, otros agricultores, centro urbanos e industria [...] (p. 8).

Lo anterior supondría que Colombia inició su recorrido en materia de PSA en fechas cercanas a aquellas en que Costa Rica lo abordó, ya que en 1996 se convirtió en el primer país de América Latina en legislar dicho pago para lograr la conservación de los servicios ambientales que proveen sus ecosistemas. No obstante, hay una diferencia mayúscula: los costarricenses han logrado desarrollarlo en la práctica y, en consecuencia, se han consolidado como el

fácil empezar una guerra que terminarla. Necesitó casi un año de rigor sanguinario para forzar al gobierno a proponer condiciones de paz favorables a los rebeldes, y otro año para persuadir a sus partidarios de la conveniencia de aceptarlas. Llegó a inconcebibles extremos de crueldad para sofocar las rebeliones de sus propios oficiales, que se resistían a feriar la victoria, y terminó apoyándose en fuerzas enemigas para acabar de someterlos” (p. 137).

gran referente latinoamericano en esta cuestión⁸, mientras que Colombia aún tienen un incipiente PSA⁹.

A. EL PRIMER ANTECEDENTE NORMATIVO Y SU ESCASO DESARROLLO

El primer antecedente normativo del PSA se halla en la Ley 1151 de 2007, Plan Nacional de Desarrollo 2006–2010, que mediante el artículo 106 modificó el artículo 111 de la Ley 99 de 1993. En su primera redacción el artículo 111 de la Ley 99 de 1993 no hacía ninguna referencia al PSA; tan solo hacía alusión a que las entidades territoriales debían comprar las áreas que fueran importantes por lo que representarían para la provisión de agua en sus acueductos. En virtud de esa importancia, dichas áreas fueron declaradas de interés público. También determinaba que para llevar a cabo la mencionada compra había un término de quince años que, entendemos, se debía contabilizar a partir de la promulgación de la Ley 99 de 1993 y que los entes territoriales dedicarían a ello no menos del 1% de sus ingresos. Ahora bien, lo que modificó el artículo 106 de la Ley 1151 de 2007 al artículo 111 de la Ley 99 de 1993 fue que esa mínima cantidad de ingresos se empezó a dedicar ya no solo a la compra de esas áreas, sino también a la financiación del PSA. Es decir, las entidades terri-

8 Sobre el sistema de PSA de Costa Rica, cfr. BUSTILLOS LEMAIRE (2009); SÁENZ FAERRON (2008).

9 Una muestra clara del carácter incipiente del PSA en Colombia es que, según el entonces jefe de la Oficina de Negocios Verdes y Sostenibles del MADS, Mauricio José Mira Pontón, tan solo hasta el 2015 se concretó el primer programa de PSA totalmente financiado con recursos públicos. Las anteriores experiencias de PSA fueron financiadas con recursos privados. El primer proyecto de PSA totalmente financiado por el Estado se llevó a cabo en el marco de la protección del recurso hídrico, específicamente en el de la salvaguardia de la cuenca del río Bogotá, ya que los pagos estaban destinados a personas que viven en terrenos ubicados en municipios ribereños al río Bogotá que se habían comprometido a conservarlas. Esos terrenos fueron incluidos en el proyecto mencionado porque, entre otras razones, cuentan con manantiales, afloramientos y humedales (MADS, 2015). Por otro lado, el sector público ha reconocido expresamente que en Colombia el PSA es incipiente. Por ejemplo, recientemente se ha dicho: “En Colombia existen iniciativas incipientes en la implementación de PSA. Hasta el momento, el país cuenta con un 0,06% del territorio con proyectos de este tipo, promovidos principalmente por agencias de cooperación internacional, autoridades ambientales, ONG, gremios productivos y otros beneficiarios del recurso hídrico [...]” (CONPES, 2017, p. 11).

toriales empezaron a dedicar una cantidad no inferior al 1% de sus ingresos a la compra de zonas de importancia estratégica por ser las que surten de agua a sus acueductos o a la financiación de programas de PSA. No obstante, se prescribió que la compra prevalecería sobre el PSA. En definitiva, lo que en últimas representó la modificación expuesta fue una habilitación legal a los entes territoriales para invertir una parte de sus ingresos en PSA.

Teniendo en cuenta la modificación explicada, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT), hoy MADS, preparó, por medio del Grupo de Análisis Económico de su Viceministerio de Ambiente, el primer documento-guía para desarrollar el PSA en el país: la “Estrategia nacional de pago por servicios ambientales”, de julio de 2008. Esta estrategia fue catalogada como “política nacional” con base en el numeral 1 del artículo 5.º de la Ley 99 de 1993, numeral que determina que una de las funciones del Ministerio es la formulación de la política nacional del medio ambiente y los recursos naturales renovables.

Además de pretender la conservación de los servicios ambientales en los niveles nacional, regional y local, la estrategia citada buscaba contribuir a mejorar la calidad de vida de las comunidades más vulnerables que se encontrasen ubicadas en las zonas en las que se llegara a aplicar el PSA. Estos dos aspectos son los que, en nuestro concepto, constituyen los objetivos más importantes del PSA, y en últimas las verdaderas razones de ser de este instrumento, ya que cuando se habla de PSA no solo se habla de la protección del medio ambiente, sino también del bienestar social y económico de las personas que habitan las áreas que son susceptibles de ser parte de un programa de PSA, lo cual señala un alto nivel de relevancia. Los seres humanos no solo subsisten gracias al medio ambiente, aunque este por sí mismo es un factor de suma importancia, sino que también requieren, a pesar de que para muchos pareciera no ser algo obvio, de medios económicos que permitan subsistir y desarrollar un plan de vida acorde a la dignidad humana¹⁰. Pues bien, la conservación de los servicios

10 Es necesario mencionar que la Corte Constitucional ha adelantado un amplio y profundo desarrollo respecto de la dignidad humana que se encuentra sintetizado en la Sentencia T-881 de 2002. En este fallo, la Corte determinó, con base en dicho desarrollo, que el contenido del relevante concepto de dignidad humana se puede precisar desde dos puntos de vista: a partir de su objeto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. El objeto de protección está ligado a tres ámbitos de custodia del ser humano: la autonomía individual entendida como la libre posibilidad de escoger un plan de vida y de actuar de conformidad con este; las condiciones materiales necesarias para desarrollar el plan

ambientales y la mejora de la calidad de vida de las personas son objetivos que la estrategia en estudio vincula al PSA, los cuales han sido, como explicaremos, una constante de este instrumento en Colombia, y así debe seguir siendo.

La estrategia nacional de julio de 2008 buscó vincular al Estado y también a los particulares en el desarrollo del PSA, a pesar de que la modificación del artículo 111 de la Ley 99 de 1993 por el artículo 106 de la Ley 1151 de 2007 nada estableció respecto del sector privado. Para dicha vinculación se valió de la obligación de proteger el medio ambiente que impone el artículo 8.º de la Constitución Política de Colombia de 1991 (CP) al Estado y a las personas¹¹,

de vida seleccionado, y la integridad física y espiritual requerida para ejecutar el plan de vida escogido. Por su parte, la funcionalidad normativa comprende tres aspectos: la dignidad humana como valor fundacional del ordenamiento jurídico y del Estado social de derecho; la dignidad humana como principio constitucional, y la dignidad humana como un derecho fundamental autónomo. De lo anterior, para este trabajo, interesa resaltar dos puntos: por un lado, el segundo ámbito de protección de la dignidad humana, esto es, las condiciones materiales necesarias para adelantar el plan de vida que libremente se ha seleccionado, toda vez que a este ámbito sería al que aportaría el PSA mediante la retribución económica que, entre otras cosas, busca contribuir a solucionar los problemas socioeconómicos de las personas que habitan las áreas en las que se aplique el instrumento en cuestión; y, por otro lado, los dos primeros aspectos de la funcionalidad normativa de la dignidad humana, es decir, la dignidad como valor fundacional del ordenamiento jurídico y del Estado social de derecho y como principio constitucional, ya que estos aspectos implican que, como bien explica el fallo citado, la dignidad del ser humano es, en muchas oportunidades, el fundamento de la existencia y validez de derechos fundamentales innominados, posición con la cual nos identificamos plenamente. Por tanto, creemos que la aplicación del PSA, al contribuir a la solución de las problemáticas económico-sociales de las personas que viven en las zonas susceptibles de ser parte de un programa de PSA, aporta a la garantía de varios derechos fundamentales que están íntimamente relacionados con la dignidad. Sin embargo, sobre esto último hay que decir que un destacado autor de la doctrina nacional critica que se sustenten los derechos fundamentales a partir de la dignidad humana por la falta de consenso sobre su significado, y propone una fundamentación de estos derechos enteramente formal. Para estudiar dicha fundamentación de manera detenida, cfr. OSUNA PATIÑO (2017).

- 11 “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación” (CP, art. 8.º). GARCÍA PACHÓN (2017) ha entendido, con base en la jurisprudencia constitucional colombiana, que este precepto constitucional contiene el principio de protección del medio ambiente, el cual establece la obligación del Estado y de las personas de salvaguardar el medio ambiente en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Y es el juez quien entrará a solucionar cada uno de los problemas que se presenten entre el citado principio y otros principios constitucionales a través de la ponderación. Para ahondar las consideraciones de la citada

pues una de las manifestaciones de esta obligación es que los particulares deben participar con el aparato estatal en acciones de conservación y restauración. Así, el Estado tiene el deber de diseñar y ejecutar los mecanismos propicios para que los particulares lleven a cabo dicha participación y, según la estrategia citada, el PSA es uno de esos mecanismos. Por tanto, desde que se inició el PSA en Colombia es claro que constituye una herramienta que se creó para que las personas también participaran en la conservación de los servicios ambientales que proveen los ecosistemas.

Otro asunto destacable de dicha estrategia es que dejó claro que el PSA no es aplicable a cualquier área que cuente con un ecosistema estratégico, sino que se debe destinar a ciertas áreas. La estrategia sienta unas directrices para que las autoridades ambientales de los niveles nacional y regional determinen qué áreas son prioritarias para la aplicación del PSA. La directriz principal es la efectividad de la intervención mediante este instrumento, es decir, la determinación de las zonas en que se pueda llegar a generar buenos resultados. Esto habría de determinarse con base en los instrumentos de planeación, las circunstancias específicas de carácter técnico, ambiental, económico y social de cada área y, sobre todo, el nivel de afectación de cada zona. Tan importante es este último aspecto de la afectación que se plantea clasificar las áreas en dos sentidos, de conformidad con las actividades que más se requieran en estas: el primero consiste en agrupar las áreas en las que es necesario hacer énfasis en actividades de rehabilitación y restauración de ecosistemas degradados, mientras que el segundo se refiere a la reunión de las áreas en las que hay que focalizar actividades de conservación y uso sostenible de la biodiversidad, ya que son las que se encuentran en buen estado. Ahora bien, la otra directriz para la selección de zonas prioritarias para la aplicación del PSA es la factibilidad económica de su aplicación. Esto es: si la aplicación despierta la atención e interés de los compradores y vendedores de los respectivos servicios ambientales.

En cuanto a las áreas prioritarias para aplicar el PSA, la estrategia llama la atención respecto del destacado papel de las áreas protegidas frente a la pro-

autora, cfr. GARCÍA PACHÓN (2017, pp. 33-39). En un sentido similar se ha expresado VELASCO CABALLERO (1994: 115): “[...] la introducción de un principio rector (por ejemplo, medioambiental) en una Constitución (normativa) no es cuestión baladí: el principio tiene fuerza normativa, es regla. Un principio rector medioambiental se erige en canon de la actuación de los órganos públicos y exige su ponderación frente a otros bienes constitucionales de igual o mayor rango [...]”.

tección de los servicios ambientales. Así, se recuerda que una de las actividades más significativas para el mantenimiento o mejoramiento de los servicios ambientales es la declaración y administración de áreas protegidas; también que el PSA es una herramienta complementaria para que dichas áreas puedan materializar sus fines de conservación de la biodiversidad. En consecuencia, desde que en el país se empezaron a dar los primeros pasos en materia de PSA se ha tenido claro que existe un vínculo importante entre este instrumento y las áreas protegidas, y como ejemplos de los servicios ambientales que proveen, la estrategia expresa:

[...] incluyen el 12% de los refugios húmedos y secos de Latinoamérica, cuatro de las seis estrellas hídricas más importantes del país, más del 62% de los nacimientos de los acuíferos nacionales, 7% de las lagunas y ciénagas naturales, el 20% de los recursos hídricos que abastecen de energía eléctrica al país y surte de agua a más de 17 millones de personas, que representan el 38% de la población colombiana (MAVDT, 2008: 58).

Finalmente, la estrategia también determinó la necesidad de reglamentar la modificación realizada por el artículo 106 de la Ley 1151 de 2007 al artículo 111 de la Ley 99 de 1993 para establecer los componentes fundamentales del PSA. La estrategia pretendía que se regularan temas indispensables para la creación de un verdadero sistema de PSA en el país como, por ejemplo, los tipos de PSA que dicho sistema tendría; la financiación internacional del sistema por gobiernos extranjeros, organizaciones no gubernamentales, fundaciones y fondos internacionales; la financiación nacional del sistema por las autoridades ambientales, las entidades territoriales, el presupuesto general de la Nación y los particulares¹²; la articulación del PSA con instrumentos de planeación e instrumentos económicos existentes; los fondos que adminis-

12 En cuanto a la financiación nacional del sistema de PSA debemos resaltar un aspecto importante: la estrategia objeto de análisis tuvo en cuenta que la reglamentación de dicha financiación es necesaria para que los diferentes entes públicos llamados a aportar recursos a la financiación del sistema tuvieran claridad y seguridad jurídica al respecto, lo cual es indispensable para que las autoridades públicas participen activamente en cualquier causa. Además, la estrategia llamó la atención sobre la necesidad de que las autoridades ambientales adelantaran actividades de socialización y asesoría sobre financiación de PSA con las entidades territoriales de su jurisdicción territorial para incitarlas a colaborar en esta cuestión.

trarían los recursos financieros recaudados de fuentes internacionales y nacionales. Sin embargo, el MAVDT no adelantó la reglamentación en cuestión durante el periodo en que estuvo vigente la modificación del artículo 106 de la Ley 1151 de 2007 al artículo 111 de la Ley 99 de 1993; motivo por el cual la estrategia analizada, calificada por el mismo MAVDT como “política nacional”, no estuvo acompañada de un gran desarrollo práctico del entonces naciente PSA. La primera reglamentación del PSA no llegó sino hasta después de la segunda modificación del artículo 111 de la Ley 99 de 1993, introducida por el artículo 210 de la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. La primera reglamentación del PSA está en el Decreto 953 de 2013, que más adelante estudiaremos¹³.

B. MODIFICACIONES NORMATIVAS, NUEVAMENTE, POCO DESARROLLADAS

Como anticipamos, la primera reglamentación del PSA llegó después de que se modificó por segunda vez el artículo 111 de la Ley 99 de 1993 a través del artículo 210 de la Ley 1450 de 2011. Esta segunda modificación no fue de gran calado. Tanto así que lo más importante se dejó intacto: los municipios y departamentos destinarían una cantidad, que no puede ser inferior al 1%

13 El Decreto 953 de 2013 ha sido subrogado por el inmanejable y, por ello, pésimo Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, que lo recogió desde su artículo 2.2.9.8.1.1 hasta su artículo 2.2.9.8.2.9. Hemos usado el verbo “subrogar” para señalar lo que ha hecho el Decreto 1076 de 2015 con el Decreto 953 de 2013 porque al observar los artículos de aquel que contienen el Decreto 953 de 2013 hemos advertido que las modificaciones efectuadas son minúsculas y superficiales, toda vez que solo reformó los artículos 1.º, 3.º, 9.º, 10.º, 11 y 14, y ante cuestiones que no afectan el sentido de las normas. En los artículos 1.º, 3.º, 10.º y 11 se cambió la expresión “presente decreto” por la expresión “presente capítulo”, pues el Decreto 953 de 2013 quedó subsumido en uno de los tantos capítulos del Decreto 1076 de 2015; en el artículo 9.º se sustituyó la expresión “criterios establecidos en el artículo 5.º” por la expresión “criterios establecidos en el artículo 2.2.9.8.1.5”, sustitución que no es ninguna modificación sustancial debido a que los criterios a los que se refiere son los mismos; y en el artículo 14 se reemplazó la expresión “a partir de la publicación del presente decreto” por la expresión “a partir del 17 de mayo de 2013”, esta fecha corresponde al día de promulgación del Decreto 953 de 2013 y, por tanto, se refiere a lo mismo. En consecuencia, a lo largo de este trabajo haremos alusión directa al Decreto 953 de 2013 para facilitar la explicación del PSA y la correcta comprensión.

de sus ingresos corrientes, a la compra de áreas que se consideren de importancia estratégica por lo que representasen para la provisión de agua en sus acueductos o a la financiación de programas de PSA, y se reiteró la prevalencia de la compra sobre el PSA. Lo novedoso fue que esa segunda modificación del artículo 111 de la Ley 99 de 1993 determinó que las autoridades ambientales deben definir cuáles son esas áreas de importancia estratégica, bien sea para la adquisición estatal o para aplicarles el PSA.

Nótese que lo que en la nueva redacción del artículo 111 de la Ley 99 de 1993 resulta “innovador” no es nada diferente a lo que establecía y desarrollaba la ya estudiada estrategia nacional de PSA de julio de 2008. Por tanto, creemos que hubiera sido mucho más rápido y provechoso reglamentar el PSA con los elementos que ya existían para ello: el artículo 111 de la Ley 99 de 1993, con la primera modificación que le introdujo el artículo 106 de la Ley 1151 de 2007, que habilitaba legalmente a las entidades territoriales a destinar una parte de sus recursos a la financiación de programas de PSA; y la estrategia citada, que sentó unos buenos parámetros para desarrollar el PSA, tanto para llevar a cabo la reglamentación que no se hizo como para determinar las áreas prioritarias para su aplicación. Sin embargo, como no ocurrió, fue necesario que se adelantara otra modificación al artículo 111 de la Ley 99 de 1993 para que se hiciera la reglamentación, lo que causó que se perdieran varios años de desarrollo práctico del instrumento, si se tiene en cuenta que durante los primeros años del PSA en Colombia no se concretaron muchos proyectos. No entendemos por qué no se hizo antes la reglamentación necesaria. Parece que, como suele suceder en los temas de protección medioambiental, estamos ante un caso de falta de voluntad política, puesto que el ordenamiento jurídico-ambiental ya contaba con los elementos necesarios para hacer la reglamentación y, en consecuencia, seguir impulsando en la práctica el PSA.

Por otro lado, además de imponer a las autoridades ambientales el deber de determinar las áreas prioritarias para la compra estatal o la aplicación del PSA, la nueva redacción del artículo 111 de la Ley 99 de 1993 establece, en su parágrafo 2, que el MAVDT, los diferentes institutos de investigación adscritos o vinculados a este y las autoridades ambientales pueden realizar aportes técnicos, financieros y operativos para consolidar el PSA. Se trata, pues, de otra habilitación legal encaminada a que se destinen mayores esfuerzos al desarrollo de esta herramienta. Pero es una habilitación más amplia, toda vez que se especifica que ya no solo serán los entes territoriales los que podrán aportar dinero, sino también el MAVDT, los institutos de investigación adscritos

o vinculados a este y las autoridades ambientales. Además, se deja claro que los aportes ya no solo serán dinerarios, sino también de carácter técnico y operativo. Se aumenta entonces el espectro del PSA con nuevos aportadores de recursos, así como con nuevos tipos de recursos.

Teniendo en cuenta la nueva redacción del artículo 111 de la Ley 99 de 1993, el MADS por fin reglamentó el PSA por medio del Decreto 953 de 2013^[14], de forma que ahora gira alrededor de la protección del recurso hídrico¹⁵. No obstante, ¿será que la nueva redacción del artículo 111 de la Ley 99 de 1993 —que, recuérdese, es la que proviene de la modificación introducida por el artículo 210 de la Ley 1450 de 2011 y la que actualmente está vigente, porque la continuación de su vigor ha sido determinada por el inciso 3 del artículo 267 de la Ley 1753 de 2015, Plan Nacional de Desarrollo 2014–2018— sólo permite la implementación del PSA en el campo de la protección del agua? Consideramos que no y, por tanto, lo ideal hubiese sido reglamentar el PSA para proteger el agua y otros recursos naturales que también son relevantes como, por ejemplo, la atmósfera.

El fundamento de la anterior consideración tiene dos aspectos. El primero se refiere a que los servicios ambientales hidrológicos son importantes para Colombia y, en general, para el mundo; lamentablemente, la relevancia de este aspecto aumenta si se tiene en cuenta el complejo panorama actual de falta de acceso a agua potable a nivel universal, el cual ha llevado, junto a otros motivos, a que se razone seriamente respecto al derecho humano al agua y sus

14 Algunos de los autodenominados “conservacionistas” manifestaron haber esperado esta reglamentación durante mucho tiempo. Por ejemplo, cfr. RUIZ SOTO (2013).

15 Esto se puede inferir sin ningún problema interpretativo del mismo articulado del Decreto 953 de 2013. Por ejemplo: “Para efectos de lo dispuesto en el presente decreto, cuando se mencione áreas de importancia estratégica entiéndase que se refiere a áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua a los acueductos municipales, distritales y regionales” (Dcto. 953 de 2013, art. 1.º, parág. único). Tan claro es el mencionado decreto ante esta cuestión que cuando define los conceptos básicos para su correcta interpretación y aplicación no determina qué es el PSA en términos generales, sino el PSA exclusivamente relacionado con el agua: “Es el incentivo, en dinero o en especie, que las entidades territoriales podrán reconocer contractualmente a los propietarios y poseedores regulares de predios ubicados en las áreas de importancia estratégica, en forma transitoria, por un uso del suelo que permita la conservación o recuperación de los ecosistemas naturales y en consecuencia la provisión y/o mejoramiento de los servicios ambientales asociados al recurso hídrico” (Dcto. 953 de 2013, art. 3.º).

implicaciones¹⁶. Sin embargo, los servicios ambientales hidrológicos no son los únicos que requieren de una vehemente protección, también deben ser destinatarios de esta salvaguardia otros servicios que están amenazados por el desmedido actuar humano, por ejemplo, el mantenimiento de la biodiversidad, el secuestro y almacenamiento de carbono y la belleza escénica.

El segundo aspecto consiste en que la nueva redacción del artículo 111 de la Ley 99 de 1993 no es estrecha y, por tanto, permite inferir que los posibles destinos de esa mínima porción de los ingresos corrientes de los entes territoriales son dos muy diferentes: el primero es la adquisición y el mantenimiento de las áreas de importancia estratégica por lo que representan para la provisión de agua en acueductos municipales, distritales o departamentales, y el segundo la financiación de programas de PSA. Y la citada norma en ninguna parte circunscribe este último destino a las áreas de importancia estratégica por lo que implican para la provisión de recurso hídrico en acueductos municipales, distritales o departamentales¹⁷. Por consiguiente, la norma permite financiar proyectos de PSA en áreas que son estratégicamente importantes para la provisión de dicho servicio ambiental o de cualquier otro. Así, el MADs hubiera podido reglamentar el PSA ante otros servicios ambientales.

El modelo de PSA que establece el Decreto 953 de 2013 sigue vigente. Aunque recientemente se ha ampliado la normativa sobre este instrumento a través del Decreto ley 870 de 2017 —el cual permite aplicar esta herramienta a la protección de servicios ambientales diferentes a los de carácter hídrico—, el Decreto 953 de 2013 no ha sido derogado¹⁸. No obstante, este no es el

16 Acerca del derecho humano al agua y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico colombiano, cfr. GARCÍA PACHÓN (2017, pp. 144-196); UBAJOA OSSO (2016, pp. 37-90).

17 “Declárense de interés público las áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua los acueductos municipales, distritales y regionales. // Los departamentos y municipios dedicarán un porcentaje no inferior al 1% de sus ingresos corrientes para la adquisición y mantenimiento de dichas zonas o para financiar esquemas de pago por servicios ambientales. // Las autoridades ambientales definirán las áreas prioritarias a ser adquiridas con estos recursos o dónde se deben implementar los esquemas por pagos de servicios ambientales de acuerdo con la reglamentación que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expida para el efecto [...]” (art. 111 Ley 99 de 1993).

18 Recuérdesse que, como hemos dicho, el Decreto 953 de 2013 hoy está inmerso en el Decreto 1076 de 2015. Por tanto, desde el punto de vista formal se encuentra derogado, y en esto es claro el artículo 3.1.1 del Decreto 1076 de 2015, que estatuye: “Este decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad

momento apropiado para explicar de manera minuciosa el modelo de PSA que ha configurado el Decreto 953 de 2013 —por ahora basta con que se tenga claro lo que se ha dicho en torno a los servicios ambientales que pretende proteger—, debido a que durante el lapso que transcurrió entre la promulgación de este decreto y la del Decreto ley 870 de 2017 se concretaron dos puntos importantes que debemos examinar para terminar de exponer el panorama general del recorrido del marco jurídico colombiano del PSA: la Ley 1753 de 2015 y el Documento CONPES 3886 del 8 de mayo de 2017. Hecho lo anterior, podremos pasar a explicar el modelo de PSA que ha diseñado el Decreto 953 de 2013, así como el que ha configurado el Decreto ley 870 de 2017, que son los dos modelos con los que hoy cuenta el ordenamiento jurídico.

C. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DEL ACTUAL MARCO JURÍDICO DEL PSA

I. LEY 1753 DE 2015

La Ley 1753 de 2015 es importante para nuestro estudio porque a través de su artículo 174 modificó el artículo 108 de la Ley 99 de 1993, incluyéndole referencias al PSA que anteriormente no tenía. Es más, antes no hacía ninguna referencia a ese instrumento. La primera redacción del artículo 108 de la Ley 99 de 1993 estatuyó que las autoridades ambientales regionales debían, con el apoyo de las entidades territoriales, elaborar y ejecutar planes de cofinanciación destinados a la adquisición de áreas estratégicas para la conservación, preservación y recuperación de recursos naturales. El objeto de compra de esta norma no ha sido reformado por el artículo 174 de la Ley 1753 de 2015. Todo lo contrario: se ha dejado intacto. Esto es destacable porque estamos ante un objeto de compra mucho más amplio que el que ha tenido el artículo 111 de la Ley 99 de 1993 desde su redacción inicial hasta la actual, pues aquel no se limita a las zonas que son importantes por lo que representan para el abastecimiento de agua en los acueductos de los entes territoriales, sino que puede

con el artículo 3.º de la Ley 153 de 1887, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al Sector de Ambiente y Desarrollo Sostenible que versan sobre las mismas materias [...]”. Pero desde el punto de vista material, que es el más importante, el Decreto 953 de 2013 sigue vigente, porque el Decreto 1076 de 2015 no realizó modificaciones sustanciales a su contenido, sino que lo subrogó.

comprender zonas que sean estratégicamente importantes en virtud de otras razones ambientales: por cualquier motivo de conservación, preservación y recuperación de cualquier recurso natural. Ahora bien, lo que ha ocasionado el artículo 174 de la Ley 1753 de 2015 con la modificación que efectuó en el artículo 108 de la Ley 99 de 1993 es una amplitud superior a la que este ya tenía gracias a su generoso objeto de compra.

Desde nuestro punto de vista, la generación de esa mayor amplitud se debe a cuatro razones: la primera se refiere a que el destinatario de la norma se ha extendido, pues ahora se trata de las autoridades ambientales en general, es decir, las de los niveles nacional y regional; la segunda consiste en que los planes de cofinanciación que elaboren las autoridades ambientales nacionales y regionales con las entidades territoriales ya no solo se destinarán a la compra de áreas, sino también a la implementación de PSA, lo cual reafirma nuestra posición relativa a que este instrumento también se debe aplicar a servicios ambientales diferentes a los de carácter hídrico porque con esto se ha vinculado expresamente el PSA al generoso objeto de compra que ya tenía, y sigue teniendo, el artículo 108 de la Ley 99 de 1993, esto es, áreas estratégicamente importantes por razones diferentes a la provisión de agua en acueductos municipales, distritales o departamentales; la tercera razón es la más significativa de todas, ya que hace alusión a la habilitación de cinco fuentes públicas concretas para la financiación del PSA, completamente diferentes a la única fuente pública precisa que existía hasta el momento, la cantidad no menor al 1% de los ingresos corrientes de las entidades territoriales que se encuentra en el artículo 111 de la Ley 99 de 1993. Las cinco fuentes públicas que se habilitaron son las tasas por utilización de aguas (art. 43 Ley 99 de 1993), la transferencia del sector eléctrico (art. 45 Ley 99 de 1993), la destinación forzosa de no menos del 1% del valor total de la inversión en el proyecto de que se trate, que está obligado a aportar el ejecutor de todo proyecto que requiera algún uso de agua para su desarrollo y licencia ambiental para poder operar (art. 43, parág. 1 Ley 99 de 1993), las compensaciones por pérdida de biodiversidad que se deban adelantar en el marco de la licencia ambiental, y el certificado de incentivo forestal con fines de conservación (Ley 139 de 1994; art. 253, párrafo único Dcto. ley 624 de 1989, modificado por el art. 250 Ley 223 de 1995, y el Dcto. 900 de 1997, subrogado por el Dcto. 1076 de 2015). Finalmente, la cuarta razón es que se estableció que el MADS tenía que preparar y presentar un proyecto de ley al Congreso de la República respecto de todo lo necesario para la

implementación del PSA y otros incentivos económicos a la conservación. Sin embargo, el MADS jamás cumplió esa orden¹⁹.

2. DOCUMENTO CONPES 3886 DEL 8 DE MAYO DE 2017

El Documento CONPES 3886 es relevante para nuestro análisis porque empieza por vincular el PSA al tema de la paz y el posconflicto, y porque es el segundo documento-guía que se ha elaborado para desarrollar este instrumento en Colombia. La mencionada vinculación se puede inferir, y sin necesidad de hacer ningún esfuerzo interpretativo, del título del documento citado: *Lineamientos de política y Programa Nacional de Pago por Servicios Ambientales para la construcción de paz*. Posteriormente, sus líneas también permiten deducir dicha vinculación. Asimismo, tanto el título como el contenido permiten concluir con facilidad que estamos ante unos lineamientos de política dirigidos a los sectores público y privado, la sociedad civil y la cooperación internacional. Estos lineamientos pretenden que todos sus destinatarios puedan generar la articulación de un completo sistema de PSA que permita implementar ordenadamente proyectos de PSA encaminados a proteger diferentes clases de servicios ambientales. La implementación del sistema de PSA se hará por medio del denominado Programa Nacional de PSA, cuya ejecución será coordinada por el MADS con base en el plan de acción que establece el Documento CONPES 3886 para materializarlo. Dicho programa cuenta con un objetivo cuantitativo ambicioso para el 2030: incorporar un millón de hectáreas del territorio nacio-

19 Resulta curioso que en el Documento CONPES 3886 se manifiesta que el artículo 108 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 174 de la Ley 1753 de 2015, determina “[...] que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible deberá presentar un proyecto de decreto de ley –entendemos que el documento citado se refiere a un decreto ley, que fue el tipo de norma jurídica al que finalmente se acudió para ampliar la normativa sobre PSA: Decreto ley 870 de 2017– que contenga los términos, condiciones, procedimientos y fuentes de financiación para la implementación de PSA, y otros incentivos a la conservación” (p. 17). Pero después se expresa que lo que establece la norma citada es que se debe presentar un proyecto de ley: “[...] el artículo 174 de la Ley 1753 de 2015 estableció que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible debía presentar al Congreso de la República un proyecto de ley para los PSA. Es necesario que esta ley se articule con la presente propuesta de política y así se genere uniformidad en los criterios y objetivos que se persiguen [...]” (p. 30).

nal a programas de PSA, para lo cual se ha estimado que se requiere alrededor de un billón de pesos colombianos²⁰.

Además de esta ambiciosa meta cuantitativa, el segundo documento-guía contiene, al igual que el primero —la estrategia nacional de PSA de julio de 2008—, dos objetivos sustanciales que constituyen lo más destacable del PSA: por una parte, la conservación de los servicios ambientales que proveen los ecosistemas estratégicos, y por otra, la generación de oportunidades de desarrollo local y de reducción de la pobreza en las comunidades que viven en las áreas en las que se aplique el instrumento, esto es, el mejoramiento de la calidad de vida.

Sin embargo, hay que resaltar que dichos objetivos se amplían en el segundo documento-guía, porque es mucho más explícito que el primero respecto de la diversidad de servicios ambientales que busca proteger. Se refiere de manera directa a tres modalidades distintas de PSA que buscan amparar diferentes clases de servicios ambientales: los hidrológicos, relacionados con la conservación de la biodiversidad y aquellos relacionados con la conservación de los sumideros de carbono, y determina que es necesario avanzar en la investigación de los servicios ambientales que prestan los ecosistemas del país para incluir otros servicios en los programas de PSA, especialmente los que tienen que ver con la conservación de los ecosistemas marino-costeros. Además, el segundo documento-guía menciona que los proyectos de PSA también serán aplicados en las áreas protegidas del SINAP con el ánimo de salvaguardar los servicios ambientales, por supuesto, pero también con el propósito de fortalecer la gestión de dichas áreas mediante la generación de alternativas económicas que ayuden a solucionar los problemas socioeconómicos de las personas que

20 La implementación del sistema de PSA se hará de forma progresiva con base en los objetivos fijados en el Documento CONPES 3886, los próximos planes nacionales de desarrollo, las condiciones fiscales del país y los desarrollos técnicos, operativos e institucionales. Se han establecido tres etapas para ello: en la primera (2017-2019), denominada *piloto*, se buscará constituir una buena base técnica, operativa y jurídica para el desarrollo del instrumento, así como cubrir 150.000 hectáreas del territorio nacional con programas de PSA; en la segunda (2020-2025) se pretende ampliar la cobertura del PSA a 350.000 hectáreas, y en la tercera (2026-2030) se quiere que esta cobertura llegue al citado objetivo cuantitativo ambicioso, esto es, un millón de hectáreas. Este objetivo final es tan ambicioso que el día en que se dio a conocer llamó la atención de algunos medios de comunicación del país. Por ejemplo, cfr. Blu Radio (2017); *El Tiempo* (2017).

las habitan sin que se ponga en duda la vigencia del régimen restrictivo de las áreas del SINAP y, por tanto, su debido acatamiento.

Respecto del otro objetivo sustancial, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas que viven en las áreas susceptibles de ser parte de un programa de PSA, se debe resaltar que el segundo documento-guía adopta una visión más propicia que la del primero para lograr ese objetivo: una visión más social y humana. Aunque esto en parte se debe a las circunstancias que lo han rodeado. El segundo documento-guía aumenta el tinte social y humano del PSA porque pretende ligarlo al tema de la paz y el posconflicto como una herramienta de desarrollo socioeconómico que contribuya a evitar que nuevamente se generen conflictos en los territorios que han sido afectados por la guerra colombiana. Con esto ya no solo se pretende progresar en materia de bienestar socioeconómico de las personas, pretensión que ya estaba incluida en el primer documento-guía que estudiamos, sino también garantizar la seguridad de las comunidades ante un probable y peligroso renacer de un segmento del conflicto armado. Esto en Colombia implica una fortísima carga social y humana sobre el PSA que debe ser muy bien atendida por la administración pública, el sector privado, la sociedad civil y la cooperación internacional. Tanto así, que estimamos que debe tener el mismo nivel de atención del fin ambiental del instrumento.

En definitiva, se puede afirmar que en Colombia el PSA es una herramienta de mercado que no solo persigue la protección de servicios ambientales, como ocurre en otros países, sino también la protección socioeconómica de las personas que habitan las áreas en las que ha de aplicarse el instrumento. Creemos que esto es bastante significativo porque, desafortunadamente, en el país es usual que tales personas sean muy vulnerables desde el punto de vista económico, incluyendo las que viven en las áreas protegidas del SINAP. Colombia es un país con innumerables carencias, y jamás se podrá hablar de una verdadera protección medioambiental –ni de ningún otro tipo de protección– si de manera simultánea no se busca la salvaguarda social de las gentes. Por tanto, estimamos que la implementación del PSA, entendido como un instrumento de mercado con fuertes caracteres ambiental y social, se debe expandir de manera poderosa. No obstante, solamente bajo dicho entendimiento será posible que la gran expansión de esta herramienta pueda llegar a buen puerto²¹.

21 En Colombia hay quienes también han llamado la atención sobre el importante componente social del PSA, por ejemplo, RUIZ SOTO (2017); ZULUAGA (s.f.).

El segundo documento-guía reconoce que la expansión del PSA no se ha concretado, así como que en el país ya existían elementos para buscarla que no han permitido que el instrumento se desarrolle en la práctica debido a cuatro problemáticas, con base en las cuales establece sus cuatro objetivos específicos y, de conformidad con estos últimos, cuatro estrategias para avanzar en el desarrollo práctico del PSA mediante la reducción de los problemas que lo han obstaculizado.

El primer problema se refiere a la existencia de vacíos técnicos y operativos que dificultan la estructuración, implementación y seguimiento de los proyectos de PSA. Dichos vacíos tienen varias manifestaciones: no están bien determinados los objetivos que se persiguen con el PSA, lo cual ocasiona que los proyectos se realicen de manera dispersa, es decir, sin que exista ningún tipo de correlación teleológica entre ellos; no hay precisión en cuanto al ciclo de inversión de los proyectos, lo que implica que las entidades territoriales, a pesar de contar con recursos habilitados para PSA, tengan debilidades a la hora de estructurarlos; no existen avances técnicos e investigativos que permitan desarrollar servicios ambientales diferentes a los de carácter hídrico; y no hay un sistema sólido de control y vigilancia de los programas de PSA que arroje resultados que generen confianza y, por tanto, no se puede establecer si las inversiones han conseguido los objetivos ambientales y sociales que persiguen.

La segunda problemática consiste en que no hay instrumentos que permitan una articulación institucional entre los sectores público (en todos los niveles) y privado, y la sociedad civil, lo que genera varias dificultades: debilidades técnicas de la institucionalidad del PSA para diseñar y ejecutar proyectos, y los altos costos de inversión inicial y, en consecuencia, la poca inversión, pues debido a la falta de articulación institucional se gasta mucho dinero en tareas que podrían adelantar las entidades públicas si existiera una clara distribución de competencias como, por ejemplo, la clarificación del estado de la tierra o de su tenencia, o la asistencia técnica en materia de agricultura o de prestación de servicios públicos domiciliarios. Teniendo en cuenta lo anterior, sería conveniente que el MADS estableciera una unidad técnica dentro de su estructura con personal calificado y suficiente que se encargue de velar por la correcta implementación del PSA en los niveles nacional, regional y local.

El tercer aspecto problemático es la falta de un esquema financiero para el PSA que permita conseguir y articular los recursos de los sectores público (en todos los niveles) y privado, de la sociedad civil y de la cooperación internacional. La citada ausencia ha llevado a que las fuentes públicas de financiación

habilitadas para el PSA no hayan sido utilizadas, así como a que el Gobierno nacional no haya destinado recursos suficientes para desarrollar ese instrumento. Esto último envía una muy mala señal a la cooperación internacional y a los niveles regional y local del sector público, en la medida en que les genera desconfianza inversionista. Además, se requieren más fuentes de financiación de las que actualmente existen. Finalmente, se llama la atención respecto de la inexistencia de un mecanismo financiero que articule los recursos de origen nacional para PSA con los de los otros orígenes: regional, local, internacional y privado. Por consiguiente, se establece que el mecanismo financiero de orden nacional debería ser el Fondo Colombia en Paz²², y se propone que este trabaje tres formas diferentes de financiación de proyectos de PSA: la primera es aquella que solo se basa en recursos nacionales; la segunda es la que mezcla dinero nacional con dinero regional, local, privado o internacional, en esta forma las entidades territoriales, las autoridades ambientales, las organizaciones internacionales interesadas en la materia o los particulares interesados podrían diseñar programas de PSA y presentarlos al Fondo Colombia en Paz para conseguir cofinanciación nacional; y la tercera es la que solo se apoya en recursos de las entidades territoriales, en la que también podrían participar organizaciones internacionales o privados interesados.

El cuarto problema son las deficiencias del marco jurídico del PSA respecto de las directrices generales para el desarrollo del instrumento: las competencias de los diferentes partícipes en los proyectos de PSA, los mecanismos de articulación institucional, las fuentes de financiación, el control y la vigilancia, el reporte de la información, entre otros aspectos. Ante esa importante traba, se define que el MADs debe preparar y presentar un proyecto de decreto ley sobre PSA que trate todos los aspectos mencionados, y otros, así como que este se encuentre perfectamente alineado con los lineamientos de política sobre PSA.

22 Este fondo fue creado por el Decreto ley 691 de 2017 como un patrimonio autónomo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República con el fin de que administre, coordine, articule, focalice y ejecute los diversos recursos recaudados para materializar las acciones necesarias para la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, del 24 de noviembre de 2016, pactado entre el Estado colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo. Dicho fondo no cuenta con estructura administrativa propia y, por tanto, su administración ha sido asignada a una(s) sociedad(s) fiduciaria(s) de carácter público.

Nótese que a pesar de que la cuarta problemática es la única que directamente se refiere al marco jurídico del PSA, todas tienen repercusiones en él, así como necesitan que el marco las incluya. Es decir, se requiere que el derecho regule de manera ordenada todos los temas que tienen relación con los cuatro problemas explicados para que en la práctica se puedan solucionar con base en sus disposiciones. Por consiguiente, el primer paso para expandir la implementación del instrumento es que el ordenamiento jurídico reglamente apropiadamente todos los tópicos relativos a los cuatro problemas para darles solución desde el punto de vista normativo (o teórico). Esto gestaría la seguridad jurídica necesaria para generar confianza en los sectores público y privado, la sociedad civil y la cooperación internacional. Y la confianza llevaría al segundo paso, esto es, que gracias a la confianza producida en los actores del PSA, estos acatan correctamente el marco jurídico relativo al instrumento y, en consecuencia, diseñan y ejecutan proyectos destinados a proteger diferentes clases de servicios ambientales²³.

Sin embargo, lo anterior no es nada fácil. El segundo documento-guía sobre PSA plantea un panorama un tanto amplio y complejo. En consecuencia, para completar adecuadamente el marco jurídico del PSA se requiere adelantar muchas actividades, y por diferentes actores. Han de participar varios entes del Estado mediante el cumplimiento de un nutrido abanico de funciones. De hecho, el vínculo que se ha empezado a forjar entre el PSA, la paz y el posconflicto ha llevado a que necesariamente se deban incluir entes que no forman parte del sector administrativo de ambiente y desarrollo sostenible ni son muy cercanos a este por afinidad temática como, por ejemplo, la Alta Consejería Presidencial para el Posconflicto, Derechos Humanos y Seguridad. Así, es mucha la tarea que han de realizar las administraciones públicas para imprimir un verdadero y potente impulso al PSA. Y no hay que olvidar que en el desarrollo de ese instrumento también deberán participar el sector privado, la sociedad civil y la cooperación internacional. Abordar el análisis

23 En un sentido similar se ha manifestado SANCLEMENTE ZEA (2008: 185): “[...] la naturaleza misma del esquema –de PSA– y su relación con la naturaleza de los recursos naturales renovables, la función ecológica de la propiedad, el deber de protección ambiental, el derecho al medio ambiente sano, su relación con los usos del suelo, entre otros. Estos aspectos son solo algunos, de los que desde el punto de vista jurídico generan mayores dudas y que en mi concepto, deberán ser abordados de manera profunda, con la finalidad de generar seguridad jurídica a en (*sic*) la implementación de este tipo de esquemas”.

TABLA I
CRONOGRAMA EN MATERIA DE PSA, PRIMERA ESTRATEGIA: DEFINICIÓN DE ELEMENTOS TÉCNICOS,
OPERATIVOS Y OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL PSA

Ente(s) responsable(s)	Actividad	Plazo
MADS, con el apoyo técnico de las autoridades ambientales	Elaboración de lineamientos para la identificación, delimitación y priorización (<i>sic</i>) de las áreas estratégicas susceptibles de ser parte de un programa de PSA	Hasta diciembre de 2017
UAEPNNC	Elaboración del consolidado de la caracterización de uso, ocupación y tenencia dentro de las áreas protegidas	Hasta el 31 de diciembre de 2019
MADS	Elaboración de lineamientos técnicos, operativos y estrategias de financiación para las tres modalidades de PSA que contiene el Documento CONPES 3886	Hasta octubre de 2017
MADS	Iniciación de la reglamentación de las tres modalidades de PSA que contiene el Documento CONPES 3886	A partir de octubre de 2018
MADS, mediante la Dirección de Ordenamiento y Coordinación del SINA, y con el apoyo de todas sus direcciones, los institutos de investigación del SINA, las entidades adscritas al sector agropecuario y de desarrollo rural, los centros de investigación gremial, el IGAC, el SGC, la UAEPNNC, las ONG y las universidades	Elaboración de una agenda de investigación sobre los servicios ambientales que proveen los ecosistemas de Colombia	A partir de julio de 2017
MADS, con el apoyo del DNP y las entidades territoriales	Estructuración de un proyecto que se presentará al Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalías y estará destinado a obtener recursos para que cada uno de los actores pueda investigar sobre PSA y otros incentivos a la conservación	Hasta diciembre de 2019
MADS	Elaboración de metodologías y protocolos para monitorear los proyectos de PSA	Hasta octubre de 2018

Tabla I. Continuación

Ente(s) responsable(s)	Actividad	Plazo
MADS e IDEAM	Elaboración de una estrategia de articulación de la información generada en los PSA con los sistemas de información ambiental de Colombia	A partir de la aprobación del Documento CONPES 3886 (8 de mayo de 2017)
DNP	Evaluación sobre la necesidad de incluir los lineamientos de política pública sobre PSA en la agenda de evaluaciones de políticas públicas para definir la línea base y, en caso de que se incluya, para el 2020 evaluar sus resultados	Durante el 2018
MADS	Elaboración de una propuesta que permita analizar las posibilidades de estandarización de proyectos de inversión pública y generación de un proyecto tipo de PSA, la cual será presentada al DNP	Durante el 2018

Fuente: elaboración propia, con base en el Documento CONPES 3886 del 8 de mayo de 2017.

TABLA 2
CRONOGRAMA EN MATERIA DE PSA, SEGUNDA ESTRATEGIA: DEFINICIÓN DE MECANISMOS DE ARTICULACIÓN INSTITUCIONAL Y FORTALECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL PSA (PRIMERA PARTE)

Ente(s) responsable(s)	Actividad	Plazo
MADS	Establecer una instancia de articulación institucional como órgano consultivo que busque la correcta coordinación de acciones y recursos de las entidades que participen en la implementación del PSA. Esta instancia estará conformada por el DNP; los ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural, de Vivienda, Ciudad y Territorio, de Minas y Energía, y de Industria, Comercio y Turismo; la Alta Consejería Presidencial para el Posconflicto, Derechos Humanos y Seguridad; la Agencia Presidencial para la Cooperación Internacional de Colombia; la UAEPNNC; la Unidad de Planificación Rural Agropecuaria; la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres; la Agencia de Desarrollo Rural; la Agencia de Renovación del Territorio; la Agencia Nacional de Tierras; la Asociación de Corporaciones Autónomas Regionales; la Federación Nacional de Departamentos, y la Federación Nacional de Municipios	Hasta diciembre de 2017

Tabla 2. Continuación

Ente(s) responsable(s)	Actividad	Plazo
MADS	Elaborar los lineamientos para incorporar el PSA en los planes de gestión ambiental; en el plan general de ordenación forestal; en el plan de manejo ambiental de páramos, humedales y manglares; en los planes de ordenación y manejo de cuencas hidrográficas, y en los planes de manejo de áreas protegidas	A partir de julio de 2017
MADS	Modificar la Resolución 1526 de 2012, por la cual se establecen los requisitos y el procedimiento para la sustracción de áreas en las reservas forestales nacionales y regionales. Para desarrollar las actividades consideradas de utilidad pública o interés social se deben establecer las actividades sometidas a sustracción temporal y adoptar otras determinaciones. Dichas modificaciones deben estar encaminadas a permitir que los PSA sean usados como medidas de compensación en los procesos de sustracción que se realicen para proyectos de interés social	Hasta noviembre de 2018
MADS	Incorporar acciones relacionadas con el PSA en el Programa Nacional de Promotoría Ambiental Comunitaria, con el fin de permitir la capacitación y formación de la ciudadanía en servicios ambientales y su importancia, así como en la existencia de instrumentos de manejo y conservación ambiental, como el PSA	A partir de la aprobación del Documento CONPES 3886 (8 de mayo de 2017)
MADS y DNP	Elaborar una propuesta de incorporación de metas de PSA en los planes nacionales de desarrollo	A partir de 2018
MADS y DNP	Como el MADS y el DNP presiden la Comisión Intersectorial de Cambio Climático y ejercen su Secretaría Técnica, el primero deberá elaborar una propuesta para incorporar el PSA como herramienta que facilite la implementación de la política de cambio climático, y el segundo debe incluir el PSA como herramienta de adaptación en las acciones de implementación del Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático	A partir de 2018
Alta Consejería Presidencial para el Posconflicto, Derechos Humanos y Seguridad, con el apoyo del DNP	Incorporar el PSA en los vehículos de implementación de las estrategias de paz y posconflicto, como los planes de desarrollo con enfoque territorial y los contratos plan para la paz	A partir de la aprobación del Documento CONPES 3886 (8 de mayo de 2017)

Fuente: elaboración propia, con base en el Documento CONPES 3886 del 8 de mayo de 2017.

TABLA 3
CRONOGRAMA EN MATERIA DE PSA, SEGUNDA ESTRATEGIA: DEFINICIÓN DE MECANISMOS DE ARTICULACIÓN INSTITUCIONAL Y FORTALECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL PSA (SEGUNDA PARTE)

Ente(s) responsable(s)	Actividad	Plazo
DNP y Alta Consejería Presidencial para el Posconflicto, Derechos Humanos y Seguridad	Incorporar el PSA en la política pública para la sustitución de cultivos de uso ilícito	Hasta noviembre de 2018
Dirección para la Atención Integral de la Lucha contra las Drogas de la Alta Consejería Presidencial para el Posconflicto, Derechos Humanos y Seguridad, MADS y UAEPNNC	Elaborar una estrategia financiera, técnica y operativa que permita alcanzar los objetivos de sustitución de cultivos de uso ilícito, teniendo en cuenta que el PSA se debe aplicar como instrumento para restaurar las áreas de importancia ambiental y con regulación de usos que se encuentren afectadas por cultivos de uso ilícito, como las áreas protegidas del SINAP y las áreas en zona tipo A de las reservas forestales de la Ley 2. ^a de 1959	Hasta noviembre de 2018
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	Elaborar los lineamientos destinados a que en todos los modelos de asistencia técnica o de extensión agropecuaria existan criterios y procedimientos que permitan a la población beneficiaria de PSA acceder a dichos servicios para mejorar su actividad agropecuaria	A partir de mayo de 2017
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	Elaborar los lineamientos necesarios para la Comisión Nacional de Crédito Agropecuario con el fin de que a partir de 2018 se incluyan los mecanismos en el Plan Anual de Crédito de Incentivo de Capitalización Rural, y en las Líneas de Crédito Especial que faciliten a los beneficiarios de PSA el acceso a créditos	No está definido
Comisión Nacional de Crédito Agropecuario	Implementar medidas encaminadas a facilitar el acceso de los beneficiarios de PSA a los recursos del Fondo de Microfinanzas Rurales para proyectos productivos de menor escala	A partir de 2018
DNP, en coordinación con los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Agricultura y Desarrollo Rural	Elaborar un mecanismo que permita articular el Programa Nacional de PSA con la estrategia para la reconversión pecuaria sostenible con el fin de promover, entre otros, los sistemas agroforestales, agrosilvícolas y silvopastoriles	A partir de junio de 2017
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	Elaborar una estrategia que facilite a las actividades y las inversiones requeridas para obtener certificaciones ambientales acceder al financiamiento	A partir de 2017

Fuente: elaboración propia, con base en el Documento CONPES 3886 del 8 de mayo de 2017.

TABLA 4
CRONOGRAMA EN MATERIA DE PSA, SEGUNDA ESTRATEGIA: DEFINICIÓN DE MECANISMOS DE
ARTICULACIÓN INSTITUCIONAL Y FORTALECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD PARA LA
IMPLEMENTACIÓN DEL PSA (TERCERA PARTE)

Ente(s) responsable(s)	Actividad	Plazo
Agencia de Desarrollo Rural	Incluir los territorios con PSA en los procesos de focalización de sus intervenciones y promocionar la formulación, estructuración y co-financiación de proyectos	A partir de junio de 2017
DNP y Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	Elaborar una propuesta que permita orientar a los Fondos Parafiscales Agropecuarios en el desarrollo de programas de inversión en PSA	Hasta mayo de 2019
Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio	Elaborar lineamientos para que los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado participen en la financiación de proyectos de PSA	No está definido
Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio	Prestar apoyo a la inclusión del PSA como instrumento para la gestión de las áreas estratégicas en el marco de los planes ambientales departamentales de agua	Hasta 2019
Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia	Incluir el PSA en la estrategia para la consecución de recursos internacionales	A partir de 2017
Prosperidad social	Elaborar una propuesta para articular la oferta programática con los actuales o potenciales proyectos de PSA	A partir de 2017
MADS	Establecer una unidad técnica, con personal suficiente y calificado que vele por el cumplimiento de los objetivos y lineamientos de la política pública sobre PSA. Para lo cual tendrá como funciones coordinar el Programa Nacional de PSA, elaborar lineamientos para la identificación, delimitación y priorización de las áreas estratégicas susceptibles de ser parte de un programa de PSA, prestar de apoyo técnico a los proyectos de PSA y promover propuestas técnicas y financieras para mejorar la implementación del PSA, entre otras	Hasta diciembre de 2017

Fuente: elaboración propia, con base en el Documento CONPES 3886 del 8 de mayo de 2017.

de esa tarea de manera profunda sería rebasar los propósitos de este escrito, por consiguiente, solamente ilustraremos, con base en el segundo documento-guía, algo de lo que ella implica para dar luces sobre su futuro, así como nos limitaremos a mencionar que el segundo documento-guía objeto de análisis establece un mecanismo que coordinará el Departamento Nacional de Planeación (DNP) para el control y la vigilancia que ha de tener el cumplimiento de la mencionada tarea: el Plan de Acción y Seguimiento.

El MADS ya ha empezado a completar el marco jurídico del PSA a través del cumplimiento de la tarea que le encomendó el segundo documento-guía respecto de la preparación de un proyecto de decreto ley sobre PSA. El resultado es el Decreto ley 870 de 2017, que será objeto de estudio en el siguiente apartado, junto con el Decreto 953 de 2013.

III. EL ACTUAL MARCO JURÍDICO COLOMBIANO DEL PSA

El estudio del marco jurídico colombiano del PSA realizado nos permite concluir que hoy sus principales normas son la Ley 99 de 1993, los artículos 108, modificado por el artículo 174 de la Ley 1753 de 2015, y 111, modificado por el artículo 210 de la Ley 1450 de 2011; el Decreto 953 de 2013, y el Decreto ley 870 de 2017. Estos dos últimos son los cuerpos normativos que tratan el PSA de manera sistemática. Como hemos dicho, el Decreto 953 de 2013 pretende proteger los servicios ambientales de carácter hídrico y constituye la primera, y por ahora la única, reglamentación del PSA. Por su parte, el Decreto ley 870 de 2017 que busca amparar diferentes clases de servicios ambientales, es resultado del estudiado segundo documento-guía sobre PSA y, en consecuencia, ha avanzado en la vinculación de este instrumento con la paz y el posconflicto.

La diferencia en torno a la clase de servicios ambientales que los citados cuerpos normativos buscan salvaguardar es importante en la medida en que hace del Decreto 953 de 2013 una “norma exclusiva” de la protección del agua y del Decreto ley 870 de 2017 una “norma general” que sirve para todos los tipos de servicios ambientales. En virtud de esto último, el MADS deberá reglamentar el Decreto ley 870 de 2017 ante cada tipo de servicio, terminando de desarrollar todos los elementos necesarios para implementarlos adecuadamente en la práctica.

La diferenciación expuesta podría llevar a pensar que, debido a que el Decreto ley 870 de 2017 es una norma general que fue diseñada a partir del segundo documento-guía sobre PSA, tanto aquél como este excluyen los servi-

cios ambientales hidrológicos, lo cual sería un error imperdonable. Creemos que en el país se debe avanzar en el desarrollo del PSA ante diferentes clases de servicios ambientales, incluyendo los de carácter hídrico. Además, el mismo Decreto ley 870 de 2017 permite afirmar que ello es así porque al establecer las modalidades de PSA, que están determinadas por la clase de servicios ambientales que protegen, incluidos los servicios relacionados con el agua, los servicios culturales y espirituales, los que tienen que ver con la conservación de la biodiversidad y aquellos relacionados con la conservación de los sumideros de carbono.

Ya hemos manifestado que desde hace mucho tiempo se hubiera podido reglamentar el PSA, concretamente, desde que el artículo 106 de la Ley 1151 de 2007 modificó el artículo 111 de la Ley 99 de 1993 para habilitar a las entidades territoriales a invertir una parte de sus recursos en la financiación del PSA y, con base en esta modificación, el entonces MAVDT, hoy MADs, elaboró el primer documento-guía para desarrollar esta herramienta que, recuérdese, fue catalogado como “política nacional”. A pesar de que en ese momento el panorama del PSA era más oscuro que ahora, creemos que una buena reglamentación, con base en la citada modificación normativa y el primer documento-guía, hubiera podido impulsar la implementación práctica de ese instrumento y, de esta manera, evitar que se perdieran años de desarrollo. También hemos expresado que a partir de la segunda modificación que se hizo al artículo 111 de la Ley 99 de 1993, a través del artículo 210 de la Ley 1450 de 2011, se hubiera podido reglamentar el PSA no solo para proteger servicios ambientales hídricos, como se hizo, sino varios tipos de servicios ambientales y, por tanto, progresar en el desarrollo práctico del PSA.

En consecuencia, a pesar de que resulta afortunado que hoy se haya ampliado la normativa sobre PSA a través del Decreto ley 870 de 2017 —pues es necesario avanzar en la implementación práctica de este instrumento y es indiscutible que un aspecto vital para ello es el establecimiento de un marco jurídico completo y sólido sobre la materia—, vale la pena preguntarnos: ¿era necesario vincular el PSA al tema de la paz y el posconflicto para expandir su normativa por medio de un decreto ley, teniendo en cuenta que dicha vinculación es la que ha permitido que se amplíe la mencionada normativa mediante ese tipo de norma jurídica, ya que el Congreso de la República concedió, mediante el artículo 2.º del Acto Legislativo 2 de 2016, facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar normativamente el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y

Duradera (AFTCCPED), del 24 de noviembre de 2016, pactado entre el Estado colombiano y las FARC-EP?, ¿realmente se requería esperar más tiempo para expandir el marco jurídico del PSA y, por tanto, perder más años de desarrollo práctico de este instrumento?

Nótese que la cuestión no es si el PSA tiene o no relación con la paz y el posconflicto, pues en últimas todo termina teniendo algún grado de conexión con la anhelada paz de Colombia²⁴, sino cuál es el porqué de la inactividad del sector administrativo de ambiente y desarrollo sostenible ante el PSA. No entendemos por qué ha tardado tanto en ampliar la normativa sobre un tema que es vital para la protección ambiental y el beneficio económico-social de las gentes que habitan las áreas que son susceptibles de ser parte de un proyecto de PSA. Consideramos que se hubiera podido reglamentar el instrumento objeto de análisis con base en los elementos que ya estaban en las leyes que lo tratan y el primer documento-guía sobre PSA, en vez de esperar hasta que se concretara el AFTCCPED para ampliar el marco jurídico de esta herramienta por medio de un decreto ley.

A. EL CONCEPTO NORMATIVO DEL PSA

Según el Decreto 953 de 2013, el concepto de PSA se refiere a un incentivo económico, en dinero o en especie, que las entidades territoriales reconocen de forma transitoria a los propietarios y poseedores regulares de los predios en los que se aplique el PSA. Dicho incentivo siempre se transfiere en el marco de un contrato pactado entre quien lo reconoce y quien lo recibe. Para que se

24 Los aspectos jurídico-ambientales no son la excepción. Para consultar un análisis sobre la importante relación que existe entre el Derecho del medio ambiente y el tema de la paz y el posconflicto, cfr. AMAYA ARIAS (2016). Ahora bien, en caso de que se quiera profundizar el estudio de la conexión temática entre el PSA y la paz y el posconflicto, sería pertinente que se tuviera en cuenta que la Corte Constitucional estableció, mediante las Sentencias C-699 de 2016, y C-160 y C-174 de 2017, los criterios de validez constitucional que debían cumplir los decretos con fuerza de ley que fuesen expedidos en el marco del desarrollo normativo del AFTCCPED y, por tanto, se podría entrar a analizar si el PSA constituye una temática que satisface esos criterios. También sería útil que se tuviera presente que, como todos los decretos con fuerza de ley que fuesen dictados en desarrollo del AFTCCPED estaban sujetos al control de constitucionalidad automático posterior a la entrada en vigor, la Corte ya estudió la constitucionalidad del Decreto ley 870 de 2017 y, por medio de la Sentencia C-644 de 2017, lo declaró ajustado a la CP.

aplique el PSA a un predio es indispensable que este sea parte de alguna de las áreas que han sido catalogadas como de importancia estratégica en virtud de lo que representan para la provisión de agua en los acueductos que surten este líquido a los entes territoriales. La aplicación del PSA necesariamente supone la implementación de un determinado uso del suelo, por quien recibe el incentivo, que sea susceptible de permitir la conservación de los servicios ambientales hidrológicos que proveen los ecosistemas naturales del respectivo predio. El Decreto ley 870 de 2017 establece un concepto de PSA bastante similar al que fija el Decreto 953 de 2013. Por tanto, solo detallaremos las diferencias. El citado decreto ley estatuye que quienes reconocen el incentivo económico pueden ser no solo las entidades territoriales sino cualquier interesado en la conservación de los servicios ambientales. Asimismo, se amplían los posibles receptores del incentivo: propietarios, poseedores regulares u ocupantes de buena fe de predios que hayan sido clasificados como de importancia estratégica por lo que implican para la conservación de servicios ambientales.

Cada definición normativa del PSA supone un modelo de este instrumento, pero todos los modelos cuentan con los mismos elementos; la diferencia está en el contenido de cada uno e imprime una mayor particularidad a los modelos de PSA, si se tiene en cuenta que la explicada distinción en torno a la clase de servicios ambientales que pretenden proteger, por sí misma, ya les da bastante peculiaridad. Estudiaremos cada uno de los elementos de los modelos, pero agrupándolos para facilitar su comparación y, por tanto, su explicación, así como para exponer la forma en que una definición del PSA termina por establecer un modelo de esa herramienta y, finalmente, si existe coherencia entre los conceptos y modelos.

I. LOS ELEMENTOS DEL PSA

a. LOS COMPRADORES DE SERVICIOS AMBIENTALES

Los compradores de servicios ambientales son quienes pagan el incentivo económico. A pesar de que la definición de PSA del Decreto 953 de 2013 solo se refiere a las entidades territoriales, el mismo permite ver la posibilidad de que los diferentes actores privados sean compradores, lo cual se debe interpretar con flexibilidad, de tal manera que también puedan serlo las personas jurídicas privadas; las organizaciones, fundaciones o fondos de carácter internacional; los gobiernos extranjeros, y cualquier miembro de la sociedad civil. Asimismo,

es necesario interpretar de forma flexible la articulación de recursos entre los entes territoriales y otros del sector público. A pesar de que cuando se habla de dicha articulación solo se menciona la compra de áreas de importancia estratégica, es necesario entender que también incluye al PSA para que otras entidades públicas puedan ser compradores de servicios ambientales, lo cual sería más provechoso para la implementación del instrumento.

Ante esa cuestión el Decreto ley 870 de 2017 es mucho más claro que el Decreto 953 de 2013, porque en la misma definición de PSA establece que cualquier interesado en los servicios ambientales puede ser comprador, esto es: las autoridades ambientales de los niveles nacional, regional o local; las entidades territoriales; cualquier otra entidad del sector público; las personas jurídicas privadas o mixtas; las organizaciones, fundaciones o fondos de carácter internacional; los gobiernos extranjeros, y todo integrante de la sociedad civil.

b. LOS VENDEDORES DE SERVICIOS AMBIENTALES

Los vendedores de servicios ambientales son los acreedores del incentivo económico. En el Decreto 953 de 2013 se habla de propietarios o poseedores regulares, y en el Decreto ley 870 de 2017 de propietarios, poseedores regulares u ocupantes de buena fe. El último cuerpo normativo es mucho más amplio, pues dentro de la categoría “ocupantes de buena fe” pueden estar cobijadas varias personas: aquellas que habitan predios sin la intención de llegar a ser dueños, o que ni siquiera tienen consciencia de que existe una vía legal para ello; también se hace referencia específica al caso de quienes ocupan bienes baldíos con el cumplimiento de las exigencias normativas para ser adjudicatarios; además, menciona directamente a quienes viven en las áreas protegidas, caso en el cual se debe tratar de personas que eran ocupantes de esas áreas antes de que fuera promulgado el Decreto ley 870 de 2017.

Respecto de la exigencia de que se debe tratar de personas que ya vivían en las áreas protegidas al momento de ser expedido el Decreto ley 870 de 2017, vale la pena mencionar que su fundamento es evitar la generación de incentivos perversos para esas áreas. Es decir: se busca impedir que nuevas personas lleguen a ocupar las áreas protegidas del SINAP con la expectativa de ser vendedores de servicios ambientales. La exigencia es congruente con la visión proteccionista de parque natural sin habitantes que, según un sector de la doctrina con el que en este concreto punto nos identificamos (Burgos Guzmán, 2002; Corzo Virviescas, 2005, 2007; Jiménez Larrarte y Yunis Me-

barak, 2000), el ordenamiento jurídico colombiano ha adoptado. Para dicha visión, el ser humano es enemigo de las áreas protegidas. No obstante, si bien la mencionada visión se encuentra en la normativa, no se ha concretado de manera absoluta porque en Colombia una buena parte de los parques naturales y del resto de las áreas protegidas tienen habitantes: comunidades indígenas, comunidades negras y campesinos mestizos²⁵. Y por eso se ha posibilitado la aplicación del PSA en las áreas protegidas del SINAP, pero con la intención de que esta aplicación no se torne contraproducente. Esto ocurriría si en virtud del PSA empiezan a llegar nuevos ocupantes a esas áreas.

Finalmente, un aspecto muy importante es que tanto el Decreto 953 de 2013 como el Decreto ley 870 de 2017 hacen énfasis en que quienes priman a la hora de seleccionar a los vendedores de servicios ambientales son las personas con bajos ingresos económicos. El primer cuerpo normativo se refiere a estas sin más, mientras que el segundo los incluye en el principio de posconflicto, construcción de paz y equidad para especificar que en dicha selección se deberá tener en cuenta los indicadores del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisbén), y los resultados del Censo Nacional Agropecuario que realiza el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

C. EL INTERMEDIARIO DEL PSA

Frente a este elemento los modelos de PSA funcionan igual. El intermediario del PSA es la entidad que se encarga de acercar a las partes contractuales para que celebren el contrato de PSA, así como de estar a su disposición para ayudarles con cualquier asunto que surja durante el desarrollo del contrato. Puede ser una entidad pública, privada o mixta, así como también puede ser el mismo comprador de los servicios ambientales y, de esta manera, tener doble calidad en el negocio. Sus principales funciones son la formalización del contrato de PSA; la administración de los recursos financieros con los que se paga el incentivo a los vendedores de servicios ambientales; monitorear el cumplimiento del contrato por los vendedores, es decir, si están ejecutando el uso de la tierra pactado; prestar apoyo a la consecución de recursos para los proyectos de PSA; reportar a las partes sobre el desarrollo y resultados del

25 Sobre habitantes de áreas protegidas, en general, cfr. BURGOS GUZMÁN (2002). Y en relación con las comunidades negras en áreas protegidas, cfr. HINESTROZA CUESTA (2008).

contrato, entre otras. Para efectos de facilitar y agilizar los pagos a los vendedores, el intermediario se puede apoyar en un operador financiero como, por ejemplo, un banco.

d. EL CONTRATO DEL PSA

El contrato del PSA es el medio jurídico a través del cual nace el PSA. Sin él no existe el instrumento. Ante dicho contrato encontramos una significativa diferencia entre los modelos de PSA. El Decreto 953 de 2013 establece los contenidos mínimos del contrato: identificación de las partes; identificación precisa del predio; valor del incentivo; periodicidad del pago; uso del suelo y acciones de conservación que el uso implica; término del contrato, que en ningún caso puede ser mayor a cinco años; garantías; multas que recibiría el vendedor en caso de incumplimiento de alguna obligación contractual; terminación unilateral por parte del comprador en caso de que el vendedor incumpla alguna obligación.

De estos contenidos mínimos del contrato emana una característica importante del modelo de PSA del Decreto 953 de 2013: la transitoriedad. Los contratos de PSA que se pactan en el marco de este modelo no pueden durar más de cinco años. Esto se debe a la concepción del modelo. Es decir, desde que se creó el PSA se le vio como de menor importancia que la compra de áreas de importancia estratégica por lo que representan para la provisión de agua en acueductos que surten este líquido a las entidades territoriales y, por tanto, se establecía que esta compra prevalecía sobre el PSA. Esta prevalencia existió hasta que el artículo 23 del Decreto ley 870 de 2017 derogó la norma que la contenía: el inciso 3 del artículo 111 de la Ley 99 de 1993. Con esta derogación, en nuestro criterio, lo que el Gobierno nacional está buscando es que las dos vías de conservación (compra de áreas y PSA) tengan el mismo nivel de importancia y desarrollo²⁶. Teniendo en cuenta que antes de la

26 Esta búsqueda se puede inferir del Documento CONPES 3886: “[...] aunque los artículos 111 y 108 de la Ley 99 de 1993 permiten la financiación de esquemas de PSA, el instrumento es una opción de inversión respecto a la adquisición y mantenimiento de predios estratégicos y, además, le da prioridad a este último. Esto resulta en montos de inversión en PSA relativamente pequeños frente a lo invertido en la compra [...] en el marco del artículo 111 de la Ley 99 de 1993, se han ejecutado recursos para PSA por aproximadamente de 726.400 millones de pesos, en los años 2011, 2013 y 2014; mientras que, para adquisición de predios se invirtieron 371.247 millones de pesos en un año. Cabe

mencionada derogación el PSA tenía menor importancia que la compra de áreas, el modelo de PSA del Decreto 953 de 2013 estableció que la aplicación de este instrumento debía tener un límite temporal para que mientras transcurría el término los entes territoriales reunieran el dinero necesario para realizar la compra de los predios en los que se estaba aplicando el PSA. Cabe hacer énfasis en que, si bien se derogó la prevalencia de la compra de áreas sobre el PSA, el límite temporal de cinco años sigue vigente.

La transitoriedad el PSA ha generado adversión en los propietarios de predios que no están interesados en vender sus tierras, debido a que han imaginado que el hecho de pactar un contrato de PSA implica obligarse a enajenar en el futuro²⁷. La cuestión admite dos interpretaciones: por un lado, se podría decir que el temor de los propietarios es equivocado debido a que el parágrafo 2 del artículo 9.º del Decreto 953 de 2013 determina con claridad que el contrato de PSA no genera ningún efecto relacionado con la propiedad, es decir, el mero hecho de celebrar el contrato no significa para el dueño del predio la futura obligación de vender su bien a la entidad territorial; por otro lado, es posible argumentar que el temor de los propietarios no es totalmente infundado, toda vez que al observar el artículo 6.º del citado decreto se puede concluir que en caso de que un propietario no quiera vender su predio, el Estado puede expropiarlo. Es cierto que el artículo 6.º hace alusión directa a la compra de áreas de importancia estratégica por lo que representan para la provisión de agua en acueductos que surten este líquido a las entidades territoriales, pero es que en el Decreto 953 de 2013 esta compra y el PSA están íntimamente ligados. Además, otro factor que permite fundamentar el temor

resaltar que, para la estrategia de compra de predios, al no contar con mecanismos de monitoreo (*sic*) y seguimiento a los efectos de las adquisiciones, se pierde la oportunidad de cuantificar su aporte a la reducción de la deforestación, a la calidad ambiental y a la conservación de la biodiversidad” (p. 31).

- 27 RUIZ SOTO (2013) señala que entre los preocupados está la Asociación Red Colombiana de Reservas Naturales de la Sociedad Civil, que es, según la Resolución 185 de 2008, una organización articuladora de predios privados que hayan sido registrados ante la UAEPNNC como “reserva natural de la sociedad civil”, única categoría de área protegida de carácter privado del SINAP, y de otras iniciativas privadas de conservación. Ahora bien, el sector público ha confirmado que los propietarios han sido adversos al PSA: “[...] a pesar de que la implementación de PSA con el Decreto 953 de 2013 ha aumentado, se ha interpretado que los predios participantes en PSA deben eventualmente ser comprados por parte de las entidades territoriales, lo cual disuade a potenciales beneficiarios del incentivo a participar en estos esquemas” (CONPES, 2017, p. 31).

de los propietarios consiste en que, si bien el Decreto ley 870 de 2017 derogó la prevalencia de la compra de áreas sobre el PSA, es factible sostener que la prevalencia no ha sido derogada en el ámbito del modelo del Decreto 953 de 2013 porque el artículo 8.º de este estatuye que prima la compra sobre el PSA. Al MADS se le olvidó, cuando estaba preparando el proyecto de decreto ley que se convirtió en el Decreto ley 870 de 2017, derogar o modificar los artículos 6.º y 8.º del Decreto 953 de 2013 y, en consecuencia, la discusión no está cerrada. Y decimos que se le olvidó porque el Documento CONPES 3886, teniendo en cuenta la aversión de los propietarios frente al PSA, indica:

[...] En este sentido el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible deberá modificar el Decreto 953 de 2013, en el que se elimine el carácter transitorio en la aplicación del incentivo ligado a la eventual adquisición del predio por parte de la entidad territorial [...] (p. 64).

Por su parte, el Decreto ley 870 de 2017 no determina de manera sistemática los contenidos mínimos del contrato de PSA. Sin embargo, nada podría llevar a pensar que no deba tener los mismos contenidos que determina el Decreto 953 de 2013, que en su mayoría corresponden a elementos que cualquier negocio jurídico ha de contener como, por ejemplo, la identificación de las partes. Pero hay una excepción: el término máximo de cinco años. Si algo está claro es que el modelo de PSA del Decreto ley 870 de 2017 no es completamente transitorio, ya que el contrato que se pacta en el marco de este debe tener un plazo definido, pero se puede prorrogar con el ánimo de que se alcancen los fines del PSA. Esto parece ayudar a que en el ámbito del modelo del Decreto ley 870 de 2017 no surja la duda en torno a si la celebración del contrato implica para el vendedor de servicios ambientales la futura obligación de enajenar su predio o no. Otro aspecto que también parece contribuir a ello es que el citado decreto ley prescribe que este contrato no genera ningún efecto relativo a la propiedad, disposición que, como explicamos, también está en el Decreto 953 de 2013. Pero a diferencia de este, el Decreto ley 870 de 2017 no establece ninguna prevalencia sobre el PSA y, por tanto, no es viable que surjan dudas respecto a si en el ámbito del modelo de este decreto ley se aplica la derogación de la prevalencia de la compra de áreas sobre el PSA o no.

e. LOS PREDIOS SUSCEPTIBLES DE SER PARTE DE UN PROYECTO DE PSA

Ante este elemento se debe tener en cuenta que en ambos modelos el PSA no es susceptible de ser aplicado a cualquier predio: solo lo puede ser en predios que estén dentro de áreas que hayan sido catalogadas y delimitadas como de importancia estratégica, las cuales deben contar con ecosistemas naturales que provean servicios ambientales a la sociedad. Otro aspecto común que merece ser destacado es que el PSA no es una herramienta exclusiva de las áreas protegidas del SINAP; de hecho nunca lo ha sido, toda vez que ni siquiera nació en el ámbito de su protección. Sin embargo, tiene un enorme potencial en las áreas protegidas del SINAP. Dicho lo anterior, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que el elemento de los predios susceptibles de ser parte de un proyecto de PSA marca, como explicaremos, una diferencia muy profunda entre los dos modelos de PSA.

El Decreto 953 de 2013 establece, de conformidad con el artículo 111 de la Ley 99 de 1993, que las autoridades ambientales deben determinar cuáles son las áreas de importancia estratégica y delimitarlas, así como que para llevar a cabo esta tarea se deben apoyar en los instrumentos de planificación hidrológica. No obstante, ¿cuál es el criterio que orienta a las autoridades ambientales en la selección de estas áreas?

El citado decreto no aclara esta cuestión de manera directa. Sin embargo, teniendo en cuenta que al lado de las labores de identificación y delimitación establece que las autoridades ambientales también han de priorizar, nada obsta para que se pueda responder el interrogante planteado con base en el objetivo conservacionista del PSA y la labor de priorizar de las mencionadas autoridades. Es decir: es perfectamente viable inferir que si uno de los fines de este instrumento es la conservación de los servicios ambientales y una de las funciones de las autoridades ambientales es dar prioridad a unas zonas sobre otras, lo que se pretende es que el PSA se aplique a áreas en las que pueda generar buenos resultados desde el punto de vista de la conservación. Esto era lo que mencionaba el primer documento-guía sobre PSA (estrategia nacional de PSA de julio 2008). Recuérdese que se ha expuesto que este documento-guía fijó unos parámetros para que las autoridades ambientales pudieran determinar las zonas prioritarias para la aplicación de esta herramienta y uno de ellos era la efectividad que tendría la intervención de la zona a través del PSA, es decir, en qué áreas podría producir resultados favorables. Esto es lo que la doctrina

denomina “principio de adición” (Figueroa, Reyes y Rojas, 2009; Wunder, 2006), según el cual hay que estudiar si la aplicación de un PSA puede producir alguna diferencia relevante, esto es, si adicionaría algo provechoso en materia de protección de los servicios ambientales que proveen los ecosistemas.

Esta posición también encuentra fundamento en el mismo Decreto 953 de 2013. Una vez las autoridades ambientales han identificado, delimitado y priorizado las áreas de importancia estratégica para la aplicación del PSA, corresponde a las entidades territoriales seleccionar predios que hagan parte de estas áreas para la implementación del PSA, y el citado decreto establece los parámetros con base en los cuales los entes territoriales harán la selección mencionada. De esos parámetros hay dos que tienen relación con el explicado principio de adición y, en consecuencia, ayudan a sustentar la posición expuesta. El primero es el grado de amenaza actual o potencial que exista sobre los ecosistemas de los predios, es decir que se debe priorizar, en el sentido de buscar que la aplicación del PSA se lleve a cabo en aquellos predios que tienen ecosistemas con un alto nivel de amenaza actual o potencial, lo cual está muy relacionado con el citado principio en la medida en que si se aplica el PSA a predios que cuentan con ecosistemas altamente amenazados es más probable que la aplicación resulte útil desde el punto de vista de la conservación. El segundo parámetro es la fragilidad de los ecosistemas de los predios, lo cual también se relaciona con el citado principio porque la aplicación del PSA en ese tipo de ecosistemas tiene más probabilidades de generar buenos resultados que en aquellos más resistentes.

El resto de los parámetros que deben tener en cuenta los entes territoriales para la selección de los predios también tiene que ver con los ecosistemas, pero no tiene relación directa con el principio de adición: la población que abastecen los acueductos que se beneficiarían con la aplicación del PSA; la incidencia del predio en la calidad del agua que reciben los acueductos; la presencia en el predio de corrientes hídricas, manantiales, afloramientos o humedales, o la presencia en el predio de ecosistemas poco o nada intervenidos, entre otros.

Por su parte, el Decreto ley 870 de 2017, como norma general que es, no determina de manera minuciosa quién y cómo se identificarán, delimitarán y priorizarán las áreas de importancia estratégica para la aplicación del PSA, así como tampoco establece los parámetros para la selección de predios. Simplemente incluye estas labores dentro de los elementos básicos para la formulación, implementación y seguimiento de los proyectos de PSA. Es de-

cir: el citado decreto ley solo menciona las labores en cuestión, pero no las desarrolla cabalmente.

Sin embargo, el Decreto ley 870 de 2017 ha creado dos principios que se encuentran íntimamente ligados y marcan una diferencia muy vasta e importante respecto al Decreto 953 de 2013: el principio de focalización y el principio de posconflicto, construcción de paz y equidad. Según el primero, el PSA es aplicable a áreas de importancia estratégica de todo el territorio nacional, pero el énfasis de aplicación son las zonas priorizadas para el posconflicto. El segundo, por su parte, implica que la implementación de este instrumento se priorizará en las zonas que tengan problemáticas relativas al uso del suelo o cultivos ilícitos, y, en general, en áreas que se consideren de especial importancia para la construcción de paz. No ha faltado quien ya haya llamado la atención sobre el hecho de que es imperativo que esta nueva focalización de la implementación del PSA no genere un descuido de otras zonas que, a pesar de no estar directamente relacionadas con la paz y el posconflicto, son importantes desde el punto de vista medioambiental (Córdoba Garcés, 2017).

f. CONTROL Y VIGILANCIA

El control y la vigilancia que han de hacerse sobre el PSA constituyen elementos de suma importancia porque, entre otras razones, de su correcta realización depende la confianza que los compradores actuales y futuros sientan respecto de ese instrumento y su capacidad de generar buenos resultados en materia de conservación y bienestar socioeconómico. Por tanto, es indispensable contar con una óptima monitorización de todos los proyectos de PSA que se adelanten en Colombia. Para ello se han dispuesto dos formas: el registro de todos los programas de PSA del país y la monitorización de cada uno de los programas.

El Decreto 953 de 2013 ha establecido que una vez perfeccionado, el contrato de PSA debe ser registrado ante la autoridad ambiental de la jurisdicción en que se encuentre ubicado el predio en que se aplicara el instrumento. También ha determinado que las entidades territoriales son las encargadas de monitorear el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales que emanan de cada uno de los contratos de PSA y que, antes de realizar el pago a los vendedores, harán verificaciones en el predio para determinar si los vendedores están ejecutando el uso de la tierra acordado o no. Hay que tener en cuenta que en este modelo de PSA algunos de los contenidos mínimos del contrato se refieren al hipotético incumplimiento del vendedor. Se hace alusión a la posibilidad de

pactar garantías y multas por incumplimiento parcial o total del vendedor, así como se incluye la facultad del comprador de terminar el contrato de manera unilateral ante el incumplimiento del vendedor. Esta facultad es significativa debido a que, si bien el Decreto 953 de 2013 no establece de forma expresa que el contrato de PSA está condicionado al cumplimiento del vendedor, implica que en este modelo el instrumento depende del correcto acatamiento de las obligaciones del vendedor, es decir, en la medida en que este incumpla el uso de la tierra acordado el contrato puede finalizar si el comprador estima que ello es lo que se debe hacer.

Por su parte, el Decreto ley 870 de 2017 es muy tímido ante el elemento objeto de análisis: tan solo establece que los intermediarios del PSA deben reportar toda la información de los proyectos de PSA a la autoridad ambiental de la jurisdicción en que está ubicado el predio en que se aplicará el instrumento, porque las autoridades ambientales son las encargadas de llevar el registro de la información de todos los programas de PSA que se adelanten dentro de sus respectivas jurisdicciones territoriales. El citado decreto ley también prescribe que el MADS definirá los lineamientos necesarios para el registro de información de los programas de PSA. En consecuencia, habrá que esperar a que el MADS desarrolle esta cuestión. No obstante, desde ya podemos tener claro que el PSA de este modelo es, por expreso mandato del Decreto ley 870 de 2017, condicionado al cumplimiento de las obligaciones del vendedor. Esto hace que el elemento del control y vigilancia adquiera mucha más relevancia, ya que determinar el cumplimiento o incumplimiento será vital para establecer si el contrato ha de continuar o no.

2. REFLEXIONES EN TORNO A LOS CONCEPTOS NORMATIVOS Y MODELOS DEL PSA: LA NECESARIA UNIFICACIÓN

El estudio de los conceptos normativos y modelos de PSA nos permite afirmar que en Colombia siempre se ha querido adoptar el concepto de PSA que propone Wunder (2006), a pesar de que el segundo documento-guía sobre este instrumento diga lo contrario, debido a que desde el punto de vista meramente normativo se puede observar que los cinco criterios definitorios de su propuesta conceptual han sido incluidos en el marco jurídico del PSA. Se ha incluido hasta el criterio de condicionamiento, que es el más complejo y exigente. En el Decreto 953 de 2013 lo vemos en la facultad del comprador de terminar el contrato de manera unilateral por un incumplimiento del vendedor, la cual

ha sido establecida como un contenido mínimo del contrato de PSA. Y en el Decreto ley 870 de 2017 se ha establecido de manera expresa.

Sin embargo, no se ha logrado adoptar el concepto de PSA de Wunder (2006) de forma cabal. Una cosa son las normas jurídicas y otra bien diferente la realidad, y esto nos lleva a pensar que existe cierta incongruencia entre los conceptos y modelos de PSA que ojalá se elimine durante el desarrollo de las futuras actividades que han de completar el marco jurídico del PSA. Durante el periodo que lleva de vigencia el Decreto 953 de 2013, Colombia ha sido uno de los tantos países en desarrollo que tienen problemas en la monitorización de los proyectos de PSA y, en consecuencia, hoy no se tiene absoluta claridad respecto a los avances de este instrumento en la consecución de sus objetivos más destacables: la protección de los servicios ambientales que proveen los ecosistemas y la salvaguardia social de los habitantes de los predios²⁸. Esto es muy preocupante debido a que disuade a cualquier tipo de actual o potencial comprador de servicios ambientales de invertir en proyectos de PSA, lo que afecta el progreso de esta herramienta en la práctica. Por su parte, el Decreto ley 870 de 2017, aunque estatuye que el contrato de PSA es condicionado, no desarrolla de manera completa el elemento de control y vigilancia y, por tanto, es imposible examinar desde ahora si se podrá acatar el criterio de condicionamiento o no. Tampoco determina los contenidos mínimos del contrato de PSA y, por ello, no podemos tener certeza absoluta respecto de si en este se incluirá la facultad del comprador de terminar el contrato de manera unilateral por un incumplimiento del vendedor.

Pareciera, entonces, que la conceptualización nacional del PSA es más afín a la visión sencilla y flexible de Cordero Camacho (2008) y Figueroa, Reyes y Rojas (2009). Los conceptos normativos y modelos de PSA de Colombia tienen todas las características que la visión citada atribuye al concepto de PSA. No obstante, desde un ángulo estricto hay que mencionar que en el país tampoco se ha acogido esta visión de manera total. Esto se debe, en gran medida, a su realidad. El PSA de Colombia siempre ha tenido un marcado carácter social, siempre se ha buscado el mejoramiento de la calidad de vida de las personas

28 “[...] debido al escaso desarrollo de sistemas de medición y monitoreo (*sic*) son pocos los proyectos de PSA donde se hayan evaluado resultados que sirvan de sustento para validar que las inversiones realizadas generan los efectos ambientales y sociales deseados. Esto conlleva falencias en la medición del impacto de los incentivos económicos como medio para lograr las mejoras ambientales [...]” (CONPES, 2017, p. 25).

que viven en los predios que son susceptibles de ser parte de un programa de PSA —y así debe seguir siendo—, pero ahora ese carácter se ha visto seriamente reforzado y agrandado debido a que el PSA ha sido conectado a un tema que es neurálgico para la totalidad de la sociedad colombiana: la paz y el posconflicto. Esto hace que la particularidad del PSA nacional sea tan fuerte que se puede afirmar que este ya es único en su género. No solo se trata de una herramienta que ayudará a producir importantes beneficios ambientales y socioeconómicos, sino también de un instrumento que contribuirá a que en las zonas rurales en que se aplique se reduzcan los conflictos que aún existen y a evitar que resurjan los extinguidos, conflictos que tienen muchas aristas: la presencia de grupos armados al margen de la ley, el uso de la tierra, los cultivos ilícitos, la indebida explotación de recursos naturales, las violaciones del régimen restrictivo de las áreas protegidas del SINAP, la intensa pobreza, el reprochable olvido del Estado, entre otras.

Es tan fuerte la expuesta particularidad del PSA colombiano que nos parece desacertado que hoy exista un binomio de conceptos y modelos de PSA, pues ante unos fines únicos tan definidos y peculiares es necesario configurar un solo esquema general del cual se puedan desprender directrices específicas, de conformidad con las necesidades de cada caso. Es decir: está claro que el Programa Nacional de PSA que se buscará materializar en los años venideros pretende proteger diferentes clases de servicios ambientales, incluyendo los de carácter hídrico que cuentan con concepto y modelo propios. No obstante, existen diferencias relevantes entre los dos modelos que ponen en desventaja al modelo exclusivo de los servicios hidrológicos respecto a aquel que cobija a todos los servicios como, por ejemplo, la transitoriedad, las vaguedades en torno a quienes pueden ser compradores de servicios ambientales, las limitaciones en cuanto a quienes pueden ser vendedores de servicios ambientales, las dificultades que se han presentado en materia de seguimiento de los proyectos de PSA. Además, el binomio citado se presta para confusiones como, por ejemplo, ¿cuál es la normativa que deben acatar quienes estén interesados en diseñar y ejecutar un nuevo programa de PSA para la protección del recurso hídrico?; ¿todos los PSA que se creen para proteger servicios hídricos deben ser de carácter transitorio o será viable prorrogarlos, si se tiene en cuenta que la nueva normativa sobre PSA también incluye esos servicios? Todo lo anterior perjudica a la generalidad del sistema de PSA del país y, por consiguiente, a la búsqueda de sus fines conservacionista y social. Nos parece que lo ideal es que se avance en el cumplimiento de los objetivos del PSA de manera constante y

uniforme, sobre todo ahora que se está buscando que esta herramienta también nos sirva para construir paz. Por tanto, creemos conveniente unificar los modelos de tal manera que existan unos parámetros generales para todos los tipos de servicios ambientales. Después se podrán establecer, con base en estos parámetros generales, reglas claras para cada tipo de servicio.

IV. LA IMPORTANCIA DEL PSA PARA LAS ÁREAS PROTEGIDAS

Apenas hemos esbozado que existe una significativa relación entre las áreas protegidas del SINAP y el PSA. Ahora intentaremos explicar un poco más esta relación. Actualmente, el panorama financiero de las áreas protegidas es desafortunado y, por tanto, es indispensable que se inviertan más recursos en la gestión de las áreas protegidas. El PSA puede ayudar a conseguirlos. La mencionada relación se debe a la afinidad entre los objetivos de las áreas protegidas y los del PSA, lo cual lleva a que este tenga mucho potencial en las áreas protegidas por las repercusiones conservacionistas y sociales que podría tener en ellas.

Desde cuando se crearon las primeras áreas protegidas del mundo (Yellowstone National Park, en 1872, en Estados Unidos de América; y Banff National Park, en 1887, en Canadá)²⁹, la pretensión ha sido salvaguardar la naturaleza que está dentro de sus límites geográficos: “La primitiva comprensión de estas iniciativas está ligada con la excepcionalidad, con la belleza de la naturaleza no modificada ‘por el hombre, con la admiración por lo agreste, y el propósito de su transmisión intacta a generaciones sucesivas’ [...]” (Martín Mateo, 1997: 310). Hoy se habla, propiamente, de la conservación de la diversidad biológica como el objetivo general de las áreas protegidas³⁰. Hay

29 Según CORZO (2012), el primer antecedente de áreas protegidas en Colombia se halla en la creación de la Reserva Biológica de La Macarena, en 1948.

30 La normativa internacional marco de biodiversidad es el Convenio sobre Diversidad Biológica del 5 de junio de 1992, adoptado en río de Janeiro (Brasil). El cual vincula las áreas protegidas a la conservación de la biodiversidad: “[...] Por ‘área protegida’ se entiende un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación [...] Por ‘diversidad biológica’ se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas [...]” (art. 2.º). Dicho tratado fue ratificado e incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la Ley 165

quienes incluso han dicho que las áreas protegidas son la mejor herramienta que existe para buscar dicho objetivo, pero que debe ser complementada con otros instrumentos (Corzo, 2012; Fundación Vida Silvestre Argentina y Pacha, 2010; Miranda Londoño, 2011) como, por ejemplo, el PSA. Actualmente, a nivel mundial se reconoce la relevancia de esas áreas para la conservación. La mayoría de los países cuenta con zonas destinadas a esa causa.

La conservación de la biodiversidad implica proteger los ecosistemas naturales que están en las zonas catalogadas y delimitadas como “áreas protegidas”. Esto conduce a la salvaguarda de los servicios ambientales que proveen esos ecosistemas para que su producción no se vea afectada y, en consecuencia, el bienestar de la sociedad no se deteriore, lo cual, de hecho, constituye uno de los objetivos del SINAP: “Garantizar la oferta de bienes y servicios ambientales esenciales para el bienestar humano” (art. 5.b Dcto. 2372 de 2010, subrogado por el art. 2.2.2.1.1.5.b Dcto. 1076 de 2015). Al albergar una gran cantidad de ecosistemas, las áreas protegidas del SINAP son una importantísima fuente de diferentes tipos de servicios ambientales como, por ejemplo, la provisión de bienes ambientales, entre ellos aguas, alimentos, maderas, fibras, etc. También contribuyen a regular los gases atmosféricos, el clima, los ciclos hidrológicos, la formación de suelos o los disturbios ambientales. Y en los aspectos cultural y espiritual, a la vez que constituyen un gran atractivo turístico, los paisajes son fuente de información para la educación ambiental (Figuerola, Reyes y Rojas, 2009). Es importante implementar el PSA en las áreas protegidas de Colombia por cuanto es una herramienta que, bien administrada, puede generar óptimos resultados.

La búsqueda del objetivo general de conservación de las áreas protegidas, del cual se desprenden otras finalidades específicas, requiere de dos cuestiones: por un lado, un régimen jurídico de conservación altamente restrictivo, como el que establece la normativa colombiana³¹, y una sostenibilidad financiera

de 1995, cuya constitucionalidad fue confirmada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-519 de 1994. El Decreto 2372 de 2010, que reglamenta el SINAP, también vincula las áreas protegidas a la conservación de la biodiversidad: “[...] El SINAP y específicamente las áreas protegidas como elementos de este, constituyen el elemento central para la conservación de la biodiversidad del país” (art. 4.º).

31 En una anterior oportunidad analizamos un aspecto concreto del régimen restrictivo de las áreas protegidas del SINAP: la prohibición absoluta de venta de predios privados que han sido cobijados por parques naturales a alguien diferente al Estado colombiano. Para consultar dicho análisis, cfr. GUZMÁN JIMÉNEZ y UBAJOA OSSO (2017).

que permita que todo lo que determina ese régimen se pueda ejecutar correctamente. El régimen restrictivo contiene múltiples limitaciones a la libertad económica y a la propiedad privada³² que han generado fuertes consecuencias negativas para los habitantes de las áreas protegidas. Esto ha dificultado la misma subsistencia de los habitantes porque, como bien señalan Jiménez Larrarte y Yunis Mebarak (2000: 189), el uso que pueden hacer de la tierra y los recursos naturales es mínimo: “[...] el uso que les es permitido en el área es prácticamente el de *no-uso* [...]”.

El uso de la tierra y los recursos naturales en las áreas protegidas está determinado por la categoría de área protegida de que se trate, su plan de manejo ambiental y una máxima del SINAP: todo uso que no esté expresamente permitido es inviable. El SINAP cuenta con dos tipos de categoría de área protegida: privada y pública³³. Solamente existe una categoría privada: las Reservas Naturales de la Sociedad Civil. Mientras que existen varias categorías públicas: las áreas que conforman el Sistema de Parques Nacionales Naturales (Parques Nacionales Naturales, Reservas Naturales, Áreas Naturales Únicas, Santuarios de Flora, Santuarios de Fauna y Vías Parque); Reservas Forestales Protectoras; Parques Regionales Naturales; Distritos de Manejo Integrado; Distritos de Conservación de Suelos; y Áreas de Recreación.

Cada vez que se declara un área protegida se deben señalar los objetivos específicos de conservación que motivan la declaración y que, por tanto, guiarán la gestión del área, objetivos que serán determinados teniendo en cuenta la

32 “[...] El efecto más importante que trae consigo la declaratoria de un área protegida es la limitación al dominio, especialmente frente a predios de propiedad privada” (ÁLVAREZ PINZÓN, 2011, p. 42). En un sentido similar: “Los propietarios de predios y mejoras que hayan quedado incluidos al momento de la declaratoria de un área, tienen un derecho de propiedad que debe ser reconocido por el Estado, pero es un derecho mutilado o precario [...]” (JIMÉNEZ LARRARTE y YUNIS MEBARAK, 2000, p. 188).

33 “[...] lo que de ninguna manera se refiere a la calidad pública o privada de los titulares de los predios que han sido catalogados con alguna de las categorías de áreas protegidas, sino que hace alusión al carácter de quien está facultado para declararlos como tal. Así, las categorías de carácter público son declaradas por entes públicos con base en estudios técnicos, sociales y ambientales, mientras que las de carácter privado lo son por la libre iniciativa del particular que sea propietario del respectivo bien inmueble y que solicita el registro de la totalidad o parte de este como Reserva Natural de la Sociedad Civil ante la UAEPNNC. Lo anterior sirve para poner de presente desde ahora que al interior de cualquiera de las categorías de carácter público puede coexistir dominio público y dominio privado [...]” (GUZMÁN JIMÉNEZ y UBAJOA OSSO, 2017, p. 97).

respectiva categoría de área protegida, porque cada una de las categorías está fundada en razones conservacionistas. Las diferentes áreas protegidas pueden coincidir en objetivos específicos de conservación, pues la sumatoria de estos es lo que permitirá materializar la finalidad general de conservación de la diversidad biológica. Los fines específicos del área son los que condicionan el plan de manejo ambiental de esta. Cada plan debe establecer la zonificación del área con base en dichos fines. Esta zonificación es la que indica qué usos se pueden realizar en el área. Así, el plan debe estar dividido en las siguientes zonas: preservación; restauración; uso sostenible, que puede estar fraccionada en dos subzonas: aprovechamiento sostenible y desarrollo, y finalmente, general de uso público, que puede estar fraccionada en dos subzonas: recreación y alta densidad de uso. Sin embargo, el mero hecho de que un uso se encuentre en el plan de manejo ambiental no significa que los habitantes del área pueden llevarlo a cabo de manera automática, toda vez que para ello deben solicitar y obtener una autorización previa de la autoridad ambiental competente.

En caso de que se solicitara y obtuviera la autorización, los usos autorizados siempre tendrán que ser acordes con los objetivos específicos de conservación de la respectiva área protegida. Esto es: en ningún caso deben poner en riesgo el cumplimiento de esos objetivos. Así, los usos que se llegaren a autorizar no serían de aquellos que en otro tipo de terrenos son susceptibles de generar ingresos económicos importantes. Por ejemplo, en las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales la regla general es que es inviable adelantar actividades agropecuarias o industriales, incluidas las hoteleras, mineras y petroleras; la tala de bosque; las excavaciones; la caza; la pesca; la recolección de productos de flora; la introducción transitoria o permanente de animales, semillas, flores o propágulos de cualquier especie; la producción de ruidos o la utilización de instrumentos sonoros que perturben el ambiente; la alimentación de animales; la toma de fotografías, la filmación de películas o la grabación de sonidos con fines comerciales, etc. Las posibilidades de los habitantes de las áreas protegidas de explotar los terrenos en que viven son muy reducidas: tienen la obligación legal de cumplir un régimen de conservación altamente restrictivo que les limita mucho su margen de maniobra sobre los predios.

Un claro ejemplo es la Sentencia T-606 de 2015 de la Corte Constitucional como resultado de una tutela interpuesta por un pescador artesanal en contra del MADS y la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia (UAEPNNC). El demandante expuso que realizó su actividad pesquera en la bahía de Gayraca, ubicada en el Parque Nacional

Natural Tayrona, hasta que la UAEPNNC prohibió la pesca, lo cual le generó innumerables dificultades económicas que pusieron en peligro su subsistencia y la de su familia. Por tanto, consideró que los demandados vulneraron sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la dignidad humana y a la vida, y solicitó que se les ordenara permitir el desarrollo de la pesca artesanal.

La Corte entró a analizar el contexto jurídico-ambiental de la prohibición de pesca en el Parque Nacional Natural Tayrona. Así, expuso que la prohibición mencionada encuentra fundamento en tres disposiciones jurídicas: el numeral 10 del artículo 30 del Decreto 622 de 1977, subrogado por el numeral 10 del artículo 2.2.2.1.15.1 del Decreto 1076 de 2015, que establece que en los parques naturales está prohibida la pesca, salvo las pescas científica, deportiva y de subsistencia debidamente autorizadas por las autoridades competentes; el artículo 278 del Decreto ley 2811 de 1974, que determina que los pescadores tienen derecho a pescar en las playas marinas y fluviales que no hagan parte de áreas de reproducción de especies silvestres, parques naturales o balnearios públicos, y el numeral 9 del artículo 10.º de la Resolución 0234 de 2004 —por la cual se fija la zonificación y el régimen de usos y actividades del Parque Nacional Natural Tayrona como partes de su plan de manejo ambiental—, numeral que prohíbe la pesca en todo este parque, salvo las pescas científica, deportiva y de subsistencia en las zonas del parque en que la UAEPNNC permita estos tipos de pesca. La Corte también explicó que la prohibición de pesca en el Parque Nacional Natural Tayrona se justifica desde el punto de vista de la protección ambiental debido a que sus ecosistemas marino-costeros se han visto seriamente afectados por la pesca. Esta afección emana de la sobreexplotación, la pesca de especies amenazadas y la pesca de animales que no han llegado a la madurez sexual, lo cual impide su reproducción y lleva a la extinción de las especies. Teniendo en cuenta que la prohibición de pesca en el Parque Nacional Natural Tayrona tiene sustento jurídico y ambiental, la Corte concluyó que esta no es desproporcionada ni arbitraria y, en consecuencia, decidió dejarla intacta.

Sin embargo, la Corte Constitucional fue consciente de que el hecho de que la prohibición citada fuera válida no quería decir que no afectara al demandante y al resto de pescadores que trabajaban en el parque natural en que la prohibición operaba. Tanto así que ordenó a los demandados conformar una mesa de trabajo con otras entidades públicas y asociaciones de pescadores artesanales del Parque Nacional Natural Tayrona a fin de diseñar medidas de compensación para el demandante y el resto de los pescadores artesanales

perjudicados con la prohibición de pesca en cuestión. La Corte destacó que las medidas de compensación adoptadas para mitigar el impacto de decisiones administrativas o de políticas ambientales eran los planes de reubicación laboral, los programas de formación para que los desalojados pudieran desempeñarse en otra actividad económica y el acceso a créditos blandos e insumos productivos. No obstante, también señaló que esta lista de medidas no era taxativa y que, por tanto, cualquier otra medida que fuera susceptible de reducir los perjuicios ocasionados por la Administración Pública era bienvenida.

Ahora bien, como hablar de PSA supone hablar de conservación y de usos de la tierra y de los recursos naturales afines a esta, no hay impedimentos insalvables ante la aplicación de este instrumento en las áreas protegidas. En estas áreas el PSA es viable desde el punto de vista de la conservación porque tiene finalidades acordes a las de las áreas protegidas, y porque su lógica lleva a la aplicación de usos compatibles con estas. Por otra parte, esta herramienta permitiría que los habitantes de las áreas protegidas obtengan medios económicos para conservar y, al tiempo, subsistir. Esto le da un valor agregado a la implementación del PSA en esas áreas. Su correcta aplicación en las áreas protegidas sería el estado ideal de cosas, pues estaríamos avanzando frente a dos tipos de protección con pleno respaldo constitucional: medioambiental y social. Y esto es plenamente congruente con las finalidades más importantes del PSA: la conservación de los servicios ambientales que proveen los ecosistemas y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas que viven en los predios en que se aplique este instrumento. Así, los aportes del PSA en los ámbitos ambiental y social son los que nos hacen considerar que tiene mucho potencial en las áreas protegidas y que debe ser explotado de manera vehemente.

CONCLUSIONES

Primera. Desde que en Colombia se empezaron a dar los primeros pasos en materia de PSA se han tenido claras dos cuestiones: la primera se refiere a los objetivos que se persiguen con este instrumento, de los cuales uno es de carácter ambiental y se relaciona con la conservación de los servicios ambientales que proveen los ecosistemas naturales, y el otro es de carácter social e incluye el mejoramiento de la calidad de vida de las personas que viven en los predios en que ha de aplicarse el PSA, y la segunda cuestión alude a la advertencia de una importante relación entre el PSA y las áreas protegidas del SINAP, a pesar de que aquel nunca ha sido, ni debe ser, un instrumento exclusivo de esas áreas.

Segunda. Los objetivos del PSA son vitales para comprender la esencia del PSA colombiano porque siempre han estado presentes y, especialmente, porque le imprimen sentido a esta herramienta; más ahora que ha sido fuertemente vinculada al tema de la paz y el posconflicto. Este nuevo vínculo ha hecho que el fin social del PSA se fortalezca y engrandezca, pues este instrumento ya no solo servirá para buscar importantes logros ambientales y socioeconómicos, sino también en materia de seguridad de las poblaciones que se vieron afectadas por la parte del conflicto que desapareció, y de las poblaciones que aún se siguen viendo perjudicadas por la parte del conflicto que aún continúa. Tan fuerte es el sentido adquirido por el PSA con el robustecimiento de su objeto social, que nos atrevemos a afirmar que el PSA colombiano ya es único en su género y, por tanto, su concepto no puede ser enmarcado en ninguna de las visiones teóricas expuestas en este trabajo.

Tercera. A pesar de que parece claro que el PSA nacional tiene muy bien definidos sus objetivos, hoy cuenta con una duplicidad de conceptos y modelos que hace que el concepto y modelo de PSA exclusivos de la protección del agua esté en desventaja respecto del concepto y modelo de PSA general. Además, la citada duplicidad puede ser fuente de confusiones que en nada contribuyen al desarrollo práctico del PSA. Esas observaciones nos llevan a estimar que lo ideal sería que al adelantar las futuras actividades que completarán el marco jurídico del PSA se unifiquen los conceptos y modelos, de tal forma que se establezca un solo esquema general para todos los servicios ambientales, lo cual posibilitaría que más tarde se puedan diseñar, con base en las directrices del esquema general, las reglas específicas del PSA ante cada servicio, de conformidad con las necesidades particulares de cada caso.

Cuarta. Además de la necesaria unificación de los conceptos y modelos de PSA, es menester que las actividades que se han de realizar para completar su marco jurídico incluyan y resuelvan de manera ordenada todos los aspectos problemáticos identificados en este trabajo. Estimamos que el primer paso para progresar en la implementación práctica del PSA es que se complete y solidifique su marco jurídico con el fin de solucionar dichos problemas desde el ángulo normativo (o teórico), ya que este paso contribuiría a generar seguridad jurídica en la materia y, en consecuencia, confianza en todos los llamados a ser partícipes del PSA. Una vez hecho lo anterior, se podría dar el segundo paso: la materialización del marco jurídico del PSA, es decir, que sus actores empiecen, gracias a la confianza que el marco ha de inspirarles, a diseñar y ejecutar proyectos dirigidos a proteger diferentes clases de servicios ambientales.

Quinta. La relación entre el PSA y las áreas protegidas del SINAP emana de la coincidencia de sus objetivos. Se trata, pues, de herramientas complementarias que, bien financiadas y administradas, pueden llegar a generar muy buenos resultados en la consecución de sus objetivos conservacionistas y sociales. Eso representaría un panorama bastante favorable, es decir, el avance en dos tipos de protección que respalda nuestra CP: medioambiental y social. Este doble avance hace que el PSA tenga mucho potencial en las áreas protegidas.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ PINZÓN, GLORIA LUCÍA. *Las áreas protegidas en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- AMAYA ARIAS, ÁNGELA MARÍA. “El rol del Derecho ambiental en la consolidación de una paz sostenible en Colombia”, en ANTONIO MONTAÑA PLATA y ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN (eds.). *La constitucionalización del Derecho administrativo*, t. II. *El Derecho administrativo para la paz*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- BLANCO FREJA, JAVIER TOMÁS. “El Código y los instrumentos económicos: ¿incompatibilidad de caracteres?”, en AA.VV. *Evaluación y perspectivas del Código Nacional de Recursos Naturales de Colombia en sus 30 años de vigencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BLANCO FREJA, J. T.; F. NAVARRETE y S. WUNDER. “La experiencia colombiana en esquemas de pagos por servicios ambientales”, en S. C. ORTEGA (ed.). *Reconocimiento de los servicios ambientales. Una oportunidad para la gestión de los recursos naturales en Colombia*, Bogotá, Conservación Internacional, MAVDT, The Nature Conservancy, UAEPNNC y WWF, 2008, disponible en <http://www.cifor.org/publications/pdf_files/Books/BWundero801.pdf>.
- Blu Radio, “La meta del pago por servicios ambientales es proteger un millón de hectáreas: DNP”, en *Blu Radio*, 15 de julio de 2017, disponible en <<https://www.bluradio.com/medio-ambiente/la-meta-del-pago-por-servicios-ambientales-es-proteger-un-millon-de-hectareas-dnp-147195>>.
- BURGOS GUZMÁN, F. E. “Reflexiones sobre las áreas de parques nacionales naturales, sus habitantes y la propiedad privada”, en AA.VV. *II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- BUSTILLOS LEMAIRE, R. *El régimen del pago por servicios ambientales en Costa Rica: un instrumento para la conservación del ambiente*, Alicante, Universidad de Alicante, 2009, disponible en <<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=ROSA+BUSTILLOS>>.

- CORDERO CAMACHO, D. “Esquemas de pagos por servicios ambientales para la conservación de cuencas hidrográficas en el Ecuador”, en *Investigación Agraria: Sistemas y Recursos Forestales*, vol. 17, n.º 1, 2008, disponible en <<http://revistas.inia.es/index.php/fs>>.
- CÓRDOBA GARCÉS, R. “Pago por servicios ambientales”, *Portafolio*, 9 de abril de 2017, disponible en <<http://www.portafolio.co/opinion/rosario-cordoba-garces/pago-por-servicios-ambientales-10-de-abril-de-2017-504837>>.
- CORZO, G. “Las áreas protegidas como estrategia de conservación de la biodiversidad”, en S. MADRIÑAN y J. A. SÁNCHEZ (comps.). *Biodiversidad, conservación y desarrollo*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.
- CORZO VIRVIESCAS, A. “Los parques nacionales en derecho colombiano y en derecho francés: estudio de derecho comparado sobre la legitimidad de las áreas protegidas a través de su proceso de creación”, en AA.VV. *Lecturas sobre Derecho del medio ambiente*, t. VI, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- CORZO VIRVIESCAS, A. “Los parques nacionales en derecho colombiano y en derecho francés. Estudio de derecho comparado sobre las tentativas de conciliación entre la protección del medio ambiente y el derecho de propiedad”, en AA.VV. *Lecturas sobre Derecho del medio ambiente*, t. VII, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- El Tiempo*. “Pago por servicios ambientales para proteger un millón de hectáreas”, 7 de julio de 2017, disponible en <<http://www.eltiempo.com/vida/medio-ambiente/gobierno-quiere-protger-un-millon-de-hectareas-con-pago-por-servicios-ambientales-106738>>.
- EMBID TELLO, A. E. *Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos*, Madrid, Iustel, 2010.
- FIGUEROA, E.; P. REYES y J. ROJAS. *Pago por servicios ambientales en áreas protegidas en América Latina*, Santiago de Chile, Organismo Autónomo Parques Nacionales del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de España y Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2009, disponible en <<http://www.fao.org/3/a-i0822s.pdf>>.
- FIGUEROA, E. y P. REYES. “Pago por servicios ambientales en las áreas protegidas de Latinoamérica: realidad y perspectivas”, *Revista Parques*, (s.f.), disponible en <<http://revistaparques.net>> de 2013-2/articulos/>.
- FUNDACIÓN VIDA SILVESTRE ARGENTINA y M. J. PACHA. *Sostenibilidad financiera para áreas protegidas en América Latina*. Santiago de Chile: Organismo Autónomo Parques Nacionales del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de España y Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2010, disponible en <<http://www.fao.org/3/a-i1670s.pdf>>.

GARCÍA MÁRQUEZ, G. (1967). *Cien años de soledad*, Bogotá, *El Tiempo*, 2001.

GARCÍA PACHÓN, M. DEL P. *Régimen jurídico de los vertimientos en Colombia. Análisis desde el Derecho ambiental y el Derecho de Aguas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

GUZMÁN JIMÉNEZ, L. F. y J. D. UBAJOA OSSO. “La problemática emanada de la prohibición absoluta de venta de predios privados que han sido cobijados por parques naturales a alguien diferente al Estado colombiano. Una posible solución desde el ángulo del Derecho privado”, en Á. M. AMAYA ARIAS y Ó. D. AMAYA NAVAS (eds.). *Derecho privado y medio ambiente. Homenaje a Fernando Hinestroza*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

HINESTROZA CUESTA, L. *Declaración de áreas protegidas en territorios colectivos de comunidades negras en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

JIMÉNEZ LARRARTE, M. y J. YUNIS MEBARAK. “Naturaleza jurídica de las áreas del Sistema Nacional de Parques Nacionales Naturales de Colombia”, en AA.VV. *Lecturas sobre Derecho del medio ambiente*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

MADS. “Primeros pagos por servicios ambientales hídricos con recursos 100% públicos”, 20 de marzo de 2015, disponible en <<http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article?id=1710:primeros-pagos-por-servicios-ambientales-hidricos-con-recursos-100-publicos>>.

MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho ambiental*, vol. III, *Recursos naturales*, Madrid, Editorial Trivium, 1997.

MIRANDA LONDOÑO, J. “El Sistema Nacional de Áreas Protegidas de Colombia”, en AA.VV. *Lecturas sobre Derecho del medio ambiente*, t. XI, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

MORENO-SÁNCHEZ, R.; S. WERTZ-KANOUNNIKOFF y S. WUNDER. “Pago por servicios ambientales: una nueva forma de conservar la biodiversidad”, *Gaceta Ecológica*, n.º especial 84-85, 2007, disponible en <<http://www.redalyc.org/revista.oa?id=539>>.

OSUNA PATIÑO, N. I. “Derechos y libertades constitucionales”, en M. I. CORREA HENAO, N. I. OSUNA PATIÑO y G. A. RAMÍREZ CLEVES (eds.). *Lecciones de Derecho constitucional*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

PROKOFIEVA, I.; E. VIDALE y S. WUNDER. *Pagos por servicios ambientales: ¿una oportunidad para los bosques mediterráneos?*, Joensuu, European Forest Institute, , 2012, disponible en <<http://www.fundacioncapitalnatural.org/index.php/publicaciones/70-pagos-por-servicios-ambientales-una-oportunidad-para-los-bosques-mediterraneos>>.

- RUIZ SOTO, J. P. “Decreto pago por servicios ambientales”, *El Espectador*, 28 de mayo de 2013, disponible en <<https://www.elspectador.com/opinion/decreto-pago-por-servicios-ambientales-columna-424701>>.
- RUIZ SOTO, J. P. “PSA, una herramienta con limitaciones”, *El Espectador*, 11 de julio de 2017, disponible en <<https://www.elspectador.com/opinion/PSA-una-herramienta-con-limitaciones-columna-702640>>.
- SÁENZ FAERRON, A. “Fonafifo: más de una década de acción (Costa Rica)”, en S. C. ORTEGA (ed.). *Reconocimiento de los servicios ambientales. Una oportunidad para la gestión de los recursos naturales en Colombia*, Bogotá, Conservación Internacional, MAVDT, The Nature Conservancy, UAEPNNC y WWF, 2008, disponible en <http://www.cifor.org/publications/pdf_files/Books/BWundero801.pdf>.
- SANCLEMENTE ZEA, G. H. “Aspectos jurídicos en los esquemas de pago por servicios ambientales”, en S. C. ORTEGA (ed.). *Reconocimiento de los servicios ambientales. Una oportunidad para la gestión de los recursos naturales en Colombia*, Bogotá, Conservación Internacional, MAVDT, The Nature Conservancy, UAEPNNC y WWF, 2008, disponible en <http://www.cifor.org/publications/pdf_files/Books/BWundero801.pdf>.
- UBAJOA OSSO, J. D. *El derecho humano al agua en el Derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- UCROS, J. A. “Mecanismos voluntarios de pagos por servicios ambientales”, Bogotá, Fondo Acción, Fundepúblico y WCS, 2017, disponible en <<http://mercadosambientalescolombia.com/wp-content/uploads/2017/05/Cartilla-PSA-1.pdf>>.
- VELASCO CABALLERO, F. “El medio ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector?”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 19, 1994.
- WUNDER, S. “Pagos por servicios ambientales: principios básicos esenciales” (“Payments for environmental services: some nuts and bolts”), Jakarta, Centro Internacional de Investigación Forestal, 2006, disponible en <http://es.watershedconnect.org/documents/payments_for_environmental_services_some_nuts_and_bolts>.
- ZULUAGA, C. M. “Servicios ambientales: su financiación e impacto en las comunidades rurales”, *Colombia Humanum*, (s.f.), disponible en <<http://www.humanumcolombia.org/servicios-ambientales-su-financiacion-e-impacto-en-las-comunidades-rurales/>>.

