

¿QUIÉN RESPONDE EN COLOMBIA POR EL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR EL DERRAME DE CRUDO?

MOJICA CERQUERA, Carlos Roberto¹

Recibido: 20 de noviembre de 2015

Aceptado para publicación: 01 de septiembre de 2016

Tipo: Artículo de Reflexión

RESUMEN

La base del presente artículo es observar la problemática del derrame de crudo, ya sea por causa propia de la actividad petrolera o por las manos criminales de terceros que atentan contra la infraestructura de esta industria, lo que trae como consecuencias enormes problemas ambientales. Estos problemas se van a ver reflejados principalmente en la afectación de la biodiversidad, problema con los suelos, y el más importante la contaminación del recurso hídrico, elemento fundamental para la conservación de la vida de todas las especies que conforman un ecosistema. Por lo tanto, se hace necesario realizar un estudio de la responsabilidad que pueda recaer al Estado, analizando los títulos de imputación de la responsabilidad que se adapten al concepto de derrame de crudo por la actividad de la industria petrolera, de cara a las comunidades que se encuentran afectadas por estos hechos.

Palabras clave: Petróleo, Derrames, Biodiversidad, Contaminación, Responsabilidad, Imputación.

¹ Abogado egresado de la Facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, con estudios de Especialización en derecho comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, especialista en derecho administrativo de la Universidad Santo Tomás y aspirante a magister en derecho administrativo del mismo claustro. Con una vasta experiencia laboral en entidades públicas, donde se ha destacado por su trabajo como asesor en contratación estatal de varias entidades del orden territorial. Docente en el área de derecho público de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos.

WHO IS TO BLAME IN COLOMBIA FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE CAUSED BY OIL SPILL?

ABSTRACT

The basis of the present article is to observe the problem of the oil spill, either because of the oil activity or the criminal hands of third parties that threaten the infrastructure of this industry, which brings as a consequence huge environmental problems. These problems will be reflected mainly in the affectation of biodiversity, problem with the soils, and the most important the contamination of the water resource, a fundamental element for the conservation of the life of all the species that make up an ecosystem. Therefore, it is necessary to conduct a study of the responsibility that may fall on the State, analyzing the titles of imputation of liability, which fit the concept of oil spill by the oil industry activity, in relation with communities that are affected by these events.

Key words: Oilspills, Biodiversity, Pollution, Accountability, indictment.

QUEM É CULPA NA COLÔMBIA POR DANOS AMBIENTAIS CAUSADOS POR DERRAMAMENTO DE ÓLEO?

RESUMO

A base do presente artigo é observar o problema do derramamento de óleo, seja por causa da atividade de petróleo ou as mãos criminosas de terceiros que ameaçam a infraestrutura desta indústria, o que traz como consequência enormes problemas ambientais. Esses problemas se refletirão principalmente na afetação da biodiversidade, no problema com os solos, e mais importante na contaminação do recurso hídrico, elemento fundamental para a conservação da vida de todas as espécies que compõem um ecossistema. Portanto, é necessário realizar um estudo sobre a responsabilidade que cabe ao Estado, analisando os títulos de imputação de responsabilidade, que se encaixam no conceito de derrame de petróleo pela atividade da indústria de petróleo, em relação às comunidades que são afetadas por esses eventos.

Palavras-chave: derrames de petróleo, Biodiversidade, Poluição, responsabilidade, acusação.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como fin realizar una investigación que defina cuál es la responsabilidad del Estado por el vertimiento de crudo tanto en los suelos, el agua; y, en general, su repercusión en el medio ambiente, el cual es un bien de carácter colectivo.

Adicionalmente, es importante identificar los daños ambientales que se causan como consecuencia de la actividad petrolera y, en otras ocasiones, por las manos criminales, de desadaptados que atentan contra la infraestructura petrolera causando daños casi irreparables a los ecosistemas, contaminando las aguas fuente fundamental de la vida y causando cualesquier cantidad de problemas en las comunidades cercanas donde los terroristas atentan contra el oleoducto o poliducto.

Por otra parte, es importante observar que el Estado, mediante un acto administrativo denominado licencia ambiental, es el que autoriza la exploración y explotación de los yacimientos de petróleo. Por tanto, es necesario entender cómo a través del tiempo se ha reglamentado la expedición de dicho documento y los planes de contingencias que, en las mismas, se deben contener.

El análisis que se quiere realizar es poder identificar el título de imputación sobre el cual podría recaer la responsabilidad del Estado, y la forma en la cual entraría a reparar los daños antijurídicos que se puedan causar a los administrados por las distintas formas de vertimiento de crudo en suelos, aguas, bosques, valles, pantanos, etc.

Una vez se logre identificar el título de imputación por el cual tendría que responder el Estado, se procederá a revisar si existe alguna causal de exoneración de responsabilidad para el mismo, y cómo estas operarían.

RESEÑA HISTÓRICA

De conformidad con lo expuesto, se hace necesario realizar una breve reseña histórica de la actividad petrolera en Colombia, desde que fue un simple renglón de la economía,

hasta convertirse en la principal industria del país donde para marzo de 2012 llega a representar el 53,3 del PIB nacional (Diario Portafolio, enero de 2013).

A partir del año 1905, se establecieron las primeras actividades de la industria petrolera colombiana, lo cual tuvo su origen en la firma de las concesiones ‘Barco’ y ‘De Mares’, que trajo como resultado el descubrimiento del campo denominado “*Cira Infantas*” en el año de 1918.

De conformidad con los estudios realizados por el Dr. Juan Carlos Echeverry, se logran identificar 3 etapas o periodos en el desarrollo de la industria de los hidrocarburos en Colombia y que se encuentran comprendida entre los siguientes años.

De 1918 a 1969, el Estado es el propietario de todo el subsuelo y, a través de una política pública de incentivos y contratos muy favorables para las multinacionales, atrajo la llegada del capital extranjero que vio en esta nueva zona de la región suramericana un nicho nuevo para el establecimiento de esta industria, así es como comienzan a llegar a Colombia compañías como EXXON, SHELL, CHEVRON, entre otras. Y se empieza el descubrimiento de varios campos petroleros dentro del país.

La segunda etapa se refiere al periodo comprendido entre los años de 1970 a 1994, que se caracteriza por un fuerte nacionalismo, lo que conllevó a cambiar las condiciones de los contratos de concesión petrolera, volviéndolas un poco más favorables a los intereses de la Nación y obviamente en detrimento de las compañías extranjeras que querían hacer sus proyectos de exploración y explotación petrolera en nuestro país. Durante este periodo, se descubren importantes campos petroleros, tales como Chuchupa (1973), Caño Limón (1983), Cusiana (1988) y Cupiagua (1994); grandes descubrimientos hechos en el país por empresas como British Petroleum (B.P.) y U.S. Occidental Petroleum Corporation (OXY). (Echeverry, 2004)

En el tercer periodo del desarrollo de la actividad petrolera, se identifica principalmente desde el año 1995 hasta nuestros días. Para esta época, Colombia se vuelve un importante exportador de petróleo, lo que trae consigo el interés de muchas industrias del sector para llegar a explorar y extraer crudo de nuestro subsuelo. Este auge de la actividad petrolera hace que, para el año 1999, se establezca el récord de exportación en 398.275 barriles por día. Este récord ha sido ampliamente superado en los años 2013 y enero de

2014 cuando la producción de petróleo en el país alcanzó más de un millón de barriles por día (bpd). (Echeverry, 2004).

Impacto de la explotación petrolera en la biodiversidad

Es importante recordar que América Latina es una región con bastante biodiversidad. Esto se debe específicamente a su eje longitudinal, que va desde los 30 grados de latitud Norte hasta el Polo Sur. Alberga cualesquier número de ecosistemas, como son las regiones polares de Chile y Argentina, bosques húmedos tropicales o bosques de niebla en países como Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia; además de grandes desiertos en México y Chile; extensas sabanas como en la zona de la Orinoquía en Colombia y Venezuela, la zona de Matogrosso en Brasil, la Pampa Argentina, entre otras. Por último, se tiene la presencia de la cordillera de Los Andes que, en la región tropical, crea una serie de pisos ecológicos que replican los distintos ecosistemas del Planeta.

De igual manera, esta zona cuenta con importantes reservas petroleras que, desgraciadamente, se han explotado de manera indiscriminada sin seguir un programa de explotación sostenible. Lo anterior ha conllevado a una serie de factores que afectan directamente la importancia de la biodiversidad existente en la región. Por otra parte, la falta de políticas públicas claras para el desarrollo de la actividad petrolera y la falta de un respeto por el cuidado de estos ecosistemas, han conllevado –de la mano del desarrollo– un problema ambiental de enormes proporciones.

Cuando la explotación petrolera tiene lugar en los bosques tropicales, el impacto directo más notable a simple vista es la deforestación. Según los estudios realizados, para la realización de la prospección sísmica, es necesario que se abran trochas alrededor de 1 Km. de largo por 3-10 metros de ancho, si se aplican las mejores normas, pero con frecuencia superan los 10 metros de ancho. Además, se construyen helipuertos para dar servicios a las operaciones sísmicas. “En una campaña sísmica típica se talan hasta 1000 Km. y se construyen entre 1000 y 1200 helipuertos. Cada helipuerto tiene media hectárea, o más. En el Ecuador por ejemplo, se han abierto unos 54.000 ha de bosque primario para la prospección sísmica.” (Bravo, 2007, p. 5).

Por otra parte, la apertura de carreteras y vías van a conllevar en muchas ocasiones a que se desarrollen procesos de colonización a lugares vírgenes, lo cual trae como consecuencia el deterioro de los ecosistemas propios de esta región del planeta.

En Colombia, el problema se agudiza mucho más debido al conflicto interno que se desarrolla en varios sectores del país. Es claro que las fuerzas al margen de la ley (FARC, ELN, delincuencia común), realizan ataques de forma indiscriminada contra la infraestructura petrolera, causando grandes derrames de petróleo que afectan principalmente las fuentes de agua, y con esto todos los ecosistemas que se encuentran en las distintas regiones por donde se encuentra instalados los oleoductos, poliductos, etc. Todas estas actividades llevan a la deforestación de extensas regiones, lo que trae consigo la pérdida de biodiversidad.

IMPACTO EN BOSQUES DE ESTRIBACIONES

Estos bosques son la fuente del sistema pluvial y, por tanto, el origen de la vida de los distintos ecosistemas que dependen del preciado líquido para subsistir y mantener los ciclos esenciales de su vida, por tanto la afectación que se hace por la intervención de la actividad petrolera en estos sectores acarrea un perjuicio ambiental de un valor incalculable.

Por otro lado, y como consecuencia de la deforestación de estos bosques, se van a encontrar problemas, tales como la disminución de las precipitaciones que, de una u otra forma, afecta el normal desarrollo de la vida silvestre.

Bosques Inundables

La actividad petrolera genera grandes problemas en estos bosques andinos, debido al derrame de crudo y la eliminación inadecuada de desechos y de aguas deformación. Así lo manifiesta Bravo (2005) en su artículo para OILWATCH donde explica esta problemática de la siguiente manera:

Los bosques inundados por aguas blancas o várzea poseen gran cantidad de sedimentos suspendidos. Los árboles alcanzan hasta 25 metros, y permanecen suspendidos por varios días cuando las lluvias son fuertes.

Los bosques inundados por aguas negras o igapó, contienen pocos sedimentos suspendidos. En estos bosques, los troncos de los árboles permanecen sumergidos hasta 2 o 3 metros varios meses en el año. Cuando las lluvias escasean, las lagunas pierden la mayoría de su agua. En este tipo de ecosistemas existen además formaciones

pantanosas, pozas y lechos de ríos y bosques de moretales. Son ecosistemas muy frágiles. (p. 8).

Estos problemas, como ya se había mencionado, son provocados por el derrame de crudo y las actividades rutinarias de la industria petrolera, lo que afecta directamente la flora y la fauna que allí subsiste. Cuando las lluvias se hacen muy fuertes, estos residuos contaminantes son exportados a los ecosistemas más cercanos causando un daño casi irreparable en los mismos.

IMPACTOS EN EL AGUA

La contaminación petrolera en el recurso hídrico produce un gran impacto ambiental, pues estas aguas no se quedan depositadas en piscinas que se construyen para su depósito, sino que estas fluyen a otras zonas que no precisamente son aledañas a los lugares de las actividades petroleras, de igual forma el agua que se encuentran en las piscinas pueden presentar filtraciones que van afectar propiamente el suelo, y las aguas de los acuíferos que son depósitos de aguas subterráneas.

Esta contaminación del agua ocurre principalmente en la extracción del crudo, puesto que la industria petrolera para perforar utiliza una serie de sustancias altamente contaminantes que van a traer, como consecuencia, el vertimiento de metales pesados en los distintos ríos, caños, acuíferos, quebradas que transportan estos residuos a muchas zonas que se encuentran distantes del sector donde se extrae el crudo y convirtiendo el recurso hídrico en no apto para el consumo humano.

Dentro del impacto ambiental al agua, podemos evidenciar otra problemática muy especial que tiene que ver con el deterioro de la fauna. Se conocen casos de mutaciones de especies acuáticas que, por tal razón, tampoco son aptas para la actividad humana de la pesca y mucho menos para el consumo; lo que afecta de manera grave la seguridad alimentaria de las comunidades que subsisten de la pesca artesanal. Es decir, se presenta un nuevo ciclo en los ecosistemas que puede afectar a todos los seres vivos que de él dependen.

La principal causa de estos derrames en las fuentes hídricas se da como consecuencia de la actividad petrolera. Pueden presentarse por goteos, fugas de la infraestructura para el transporte del crudo; en otras ocasiones, pueden provenir del rebosamiento de

las aguas contaminadas que son dispuestas en las piscinas, por la incidencia propia de los elementos utilizados en la perforación y, en fin, de cualquier otro factor que traen como única consecuencia el vertimiento de agentes contaminantes en todos y cada una de las fuentes del recurso hídrico.

IMPACTOS EN EL SUELO

Los estudios realizados por la OILWATCH en el impacto de la industria petrolera en americana latina han revelado que en los suelos de los bosques tropicales se producen los siguientes fenómenos:

Toda la transformación del espacio donde se desarrolla la industria petrolera, genera compactación y erosión del suelo, sedimentación, destrucción de los organismos vivos que juegan un papel muy importante en el ciclo de nutrientes, contaminación con compuesto inorgánicos (sulfatos y sales) y orgánicos (especialmente hidrocarburos). Estos impactos repercuten en los sistemas agrícolas de las poblaciones locales, así como en el equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales.

En suelos muy planos y poco permeables como en la región petrolera de Tabasco, México, suelos de primera calidad para la agricultura pueden transformarse en áreas pantanosas.

Las comunidades de microorganismos del suelo son alteradas por la contaminación petrolera, seleccionándose las poblaciones resistentes a los contaminantes, y desapareciendo o disminuyendo las especies menos resistentes. (Bravo, 2007, p. 24).

Una mirada a la legislación nacional

Desde la entrada en vigencia de la constitución de 1991, se dio en Colombia un concepto por la protección del medio ambiente. Es así como en el desarrollo de la carta política, en varios artículos, se puso como fundamento y principio de gozar de un ambiente sano por parte de todos los asociados.

Antes de la ley 99 de 1993 existía una serie de principios, normas y autoridades que carecían de una coherencia en el control y formulación de políticas ambientales, había una verdadera atomización del sector ambiental: “La responsabilidad de la gestión

ambiental estuvo dispersa entre numerosas entidades públicas, generando conflictos ya vacíos institucionales que se sumaron al distanciamiento entre los usuarios de los recursos naturales y el Estado, que nunca pudo aplicar la legislación existente”. (Macias, 1994, p. 82).

Antes de la actual legislación, el Decreto 2811 de 1974 regulaba de manera general algunos aspectos de la viabilidad ambiental de los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental. El conflicto entre el medio ambiente y el desarrollo adquiere su materialización en el otorgamiento o negación de la licencia ambiental.

La licencia ambiental representa el mecanismo o instrumento que el Estado tiene para lograr un equilibrio entre esos dos aspectos; igualmente, es un instrumento de racionalización para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables.

La licencia ambiental, con el Decreto 2811 de 1974, “el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y el problema ambiental eran considerados como un simple problema policivo del Estado y se dejaba a voluntad de los particulares determinar el impacto ambiental que podría producir sus actividades económicas”.

Es así como el artículo 27 del citado decreto, establecía lo siguiente:

Toda persona natural o jurídica, pública o privada que proyecte realizar o realice cualquier obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental, está obligada a declarar el peligro presumible que sea consecuencia de la obra o actividad.

Se dejaba entonces a voluntad del particular la determinación del riesgo ambiental de su actividad y se le obligaba a realizar una declaración del peligro presumible de la obra o actividad; es decir, no existía certeza del deterioro ambiental, ni cuáles eran las obras consideradas como causante de impacto ambiental. El Estado no tenía claridad en la protección del medio ambiente, sino que dejaba que el particular, mediante la declaración de voluntad, manifestara el posible deterioro ambiental.

Los artículos 28 y 29 del Decreto 2811 de 1974, referidos a la exigencia del estudio de efecto ambiental y al estudio ecológico y ambiental previo, además de la obtención de licencia, respectivamente, nunca fueron reglamentados, dejándose –como se dijo– a

la libre determinación del ejecutante de la obra y a un criterio sectorial determinar el procedimiento y principios que debían orientar la protección del medio ambiente. Esto permitió, sin embargo, que las entidades encargadas del control y vigilancia de los recursos naturales desarrollaran una gran labor creativa en esa materia (Macías, 1994).

En relación con la licencia ambiental, esta era un mero elemento adicional a la Declaración de Efecto Ambiental (DEA) y al Estudio de Efecto Ambiental. Como no hacían parte constitutiva ni prerrequisito para obtener la licencia, las entidades encargadas de aplicar la legislación hicieron posible integrarlas a una sola estructura.

El procedimiento era entonces:

1. Presentar la Declaración de Efecto Ambiental, cuando se presumía un posible peligro para el medio ambiente;
2. Presentar un estudio de efecto ambiental por las posibles consecuencias de los factores físicos y los de orden económico y social;
3. Obtener la licencia. Algunas peticiones se limitaban a informar que se aportaba el respectivo estudio de efecto ambiental y a solicitar la licencia.

La licencia ambiental en la ley 99 de 1993

La licencia ambiental es un nuevo concepto que se introduce en el lenguaje de la política ambiental. (Macías, 1994).

El artículo 50 de la ley 99 de 1993, la define como:

La autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada.

De lo anterior se desprende que no es posible adelantar obra o actividad, hasta tanto no se obtenga la respectiva licencia ambiental. Lo cual contrasta ostensiblemente con lo clausulado en la anterior legislación que simplemente se traducía en el acto administrativo que dictaba aceptando el concepto de viabilidad ambiental.

En la actual legislación, la licencia es autónoma, es la declaración de la soberanía del Estado que se impone como obligación y requisito previo para que se pueda adelantar y desarrollar una obra o actividad; es un acto administrativo (resolución) que se dicta por la autoridad ambiental mediante la cual se autoriza y se otorga permiso a una persona natural o jurídica para que adelante una obra o proyecto, previo el cumplimiento de una serie de requisitos para causar el menor impacto posible al medio ambiente.

A partir de la ley 99 de 1993, es una petición de naturaleza obligatoria en una etapa precisa del desarrollo del proyecto, que la ley denominada dé factibilidad. El interesado deberá solicitar a la autoridad ambiental competente pronunciarse sobre la necesidad de presentar o no un diagnóstico ambiental de alternativas², paso que es previo a la iniciación del proceso de otorgamiento de la licencia ambiental. En caso positivo, la misma autoridad fijará los términos de referencia para la elaboración de dicho diagnóstico. Una vez presentado, se evaluará y se seleccionará una alternativa; se fijarán unos términos de referencia para elaborar el estudio de impacto ambiental.

Una vez conocidos por el peticionario los términos de referencia y decide elaborar el estudio de impacto ambiental, deberá realizar la petición de la licencia ambiental y adjuntar el estudio de impacto ambiental.³

Existe una primera petición o solicitud que se dirige a la autoridad ambiental competente, deberá contener como mínimo los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo: a) Designación de la autoridad a quien se dirige, b) La prueba de existencia y representación legal, c) El objeto de la petición y los documentos que se anexan. Igualmente, acompañar una descripción del proyecto con su localización, características, información sobre la existencia de áreas sensibles, como parques naturales, comunidades indígenas o negras, e indicar la distancia existente respecto de la población o asentamiento humano más próximo a la obra o actividad. En relación con la segunda petición, deberá contener únicamente la solicitud de la licencia indicando el objeto de la misma y anexando el respectivo estudio de impacto ambiental.

2 Artículo 56, ley 99 de 1993.

3 Artículo 58, ley 99 de 1993.

El estudio de impacto ambiental, el cual se presenta para su evaluación, no para su aprobación y requisito para obtener la licencia ambiental, debe incluir la descripción específica del proyecto, una serie de información sobre el medio existente en la zona, la evaluación de los impactos que puedan producirse, corrección u compensación de impactos y el plan de manejo de la obra o actividad (Ley 99 de 1993, Art. 57).

Analizado el estudio de impacto ambiental, la dirección ambiental encargada deberá dictar un concepto que decida sobre la viabilidad ambiental del proyecto. Con base en este concepto, se deberá elaborar la respectiva resolución, otorgando o negando la licencia (Macías, 1994).

Es de anotar que puede darse el caso que exista un concepto favorable y se niegue la licencia ambiental, tal sería cuando puedan verse afectadas comunidades indígenas o afrodescendientes en forma tal que se hallen en riesgo sus costumbres y cultura. Es por ello que, debe existir una actuación estrecha y de colaboración entre la parte jurídica y científica de cada una de las autoridades que conforman el SINA.

La licencia ambiental es un acto general que produce consecuencias particulares. Es decir, el otorgamiento de una licencia ambiental, en cuanto involucra el medio ambiente interesa y afecta a todas las personas, pues todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano y el Estado debe prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental. En efecto, la licencia ambiental es uno de los instrumentos que tiene el Estado para cumplir con la obligación de proteger el medio ambiente (Macías, 1994).

Es por ello que, la gestión ambiental debe hacerse con la participación de todos los ciudadanos, quienes ejercen su derecho durante el trámite de cualquier decisión que afecte el medio ambiente e incluso después del otorgamiento de la licencia, pudiendo incluso en ciertos casos ejercer una acción de cumplimiento, mediante la cual exigen el cumplimiento de las obligaciones impuestas al beneficiario de la licencia, pues su otorgamiento también produce efectos generales que afectan a terceros.

La ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente garantiza la publicidad de las decisiones sobre el ambiente, en su artículo 71, así:

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa ambiental para la expedición, modificación, o cancelación de una licencia o permiso que afecte o pueda

afectar el medio ambiente y que sea requerida legal, se notificará a cualquier persona que lo solicite por escrito, incluido el directamente interesado en los términos del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y se le dará también la publicidad en los términos del artículo 45 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se utilizará el Boletín que se refiere el artículo anterior.

Y en cuanto a la participación ciudadana en el campo ambiental, la ley 99 establece dos mecanismos: el artículo 69 que consagra el derecho de toda persona natural o jurídica, pública o privada a intervenir en los procedimientos administrativos ambientales y el artículo 72 que permite a las personas y entidades solicitar la realización de una audiencia pública, que se celebrará ante la autoridad competente, para el otorgamiento del permiso o licencia ambiental.

La reglamentación vigente en materias de licencias ambientales está dada por el Decreto 1180 de mayo 10 de 2003, por el cual reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 y que estaremos desarrollando y referenciando a lo largo del documento.

¿QUIÉN ESTÁ LLAMADO A RESPONDER POR EL DETERIORO AMBIENTAL?

Es muy importante observar cómo en lo concerniente a la responsabilidad del Estado, el elemento de la imputación tiene una importancia especial; en tal efecto, el artículo 90 de la Constitución Política refiere a la existencia de este elemento como condición *sine qua non* para que se declare la responsabilidad. Por tal razón, se hace necesario que el daño sufrido por el sujeto pasivo se atribuya efectivamente al Estado.

Cabe anotar que, la dificultad para imputar el daño ambiental está dada en la necesidad imperiosa de materializar y la necesidad de probar un *nexo causal* que vincule el resultado (daño) que se atribuye a la actuación u omisión de algún agente del Estado.

Lo anterior se fundamenta en la relación de casualidad que queda plasmado en el vínculo entre el daño y la acción u omisión de la administración que sirve para establecer cuál actuación o hecho puede ser en sí mismo significativo para generar el resultado final; para resolver los problemas provenientes del vínculo o nexo de causalidad, la jurisprudencia y la doctrina han elaborado varias teorías que, a la luz del daño ambiental, bien pueden resultar insuficientes.

El problema de la determinación de la naturaleza del nexo causal en materia de la industria de los hidrocarburos es aún más evidente. Cuando se está frente a los complejos daños como los ambientales, se puede deducir que en varios de los eventos el rigor jurídico con que se valora el nexo causal impide una adecuada atribución de la responsabilidad, conllevando a la impunidad de muchas de las actuaciones de los agentes que ocasionaron el daño. Es el resultado de la aplicación exegética de las teorías y postulados propios del causalismo que en muchos eventos no corresponden con la realidad jurídica que enfrenta en muchas ocasiones una comunidad afectada por la contaminación proveniente de los derrames del crudo.

Concluimos, luego, que la imputación debe efectuarse con un criterio más amplio y menos riguroso que con el que hasta ahora se ha venido aplicando, en tanto que las teorías de causalismo bien pueden abrir paso a un sistema de presunciones y probabilidades dentro de la sana crítica del juzgador, así mismo, la imposición de la solidaridad entre los posibles agentes contaminantes es un mecanismo definitivamente eficaz al momento de responder adecuadamente a las necesidades de la imputación en materia de daños petroleros.

Vale resaltar que, para el tema de la imputación del daño, existe un elemento fundamental que es la antijuricidad del mismo, tal como quedó establecido en el artículo 90 de la Carta política de 1991,

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

Es claro que, la antijuridicidad constituye uno de los presupuestos propios de responsabilidad de la Administración por daños ambientales, ya que solo es necesario para que se declare la responsabilidad la ocurrencia del daño y que este sea imputado en debida forma al agente, lo importante aquí es que el daño causado tenga la connotación de antijurídico para que el Estado entre a responder. Revelar la naturaleza del llamado daño antijurídico en materia ambiental, ciertamente no es un aspecto fácil.

Así entendida, la antijuridicidad es un filtro jurídico necesario por elementales razones de seguridad y justicia. No podrá existir, entonces, un daño debidamente imputado que sea contrario a derecho.

En esta forma, la equidad pretende que exista reparación a favor de la víctima cuando sin derecho se le ha causado un perjuicio, es decir, que solo el daño causado injustamente es el que sirve de fundamento indemnizatorio.

El citado artículo 90 es fuente de la responsabilidad del Estado y es particularmente innovador, pues pasamos de la antijuridicidad de una conducta a la antijuridicidad del daño, teniendo en cuenta ya no la licitud o ilicitud de la conducta, sino la vulneración que ha sufrido la víctima.

De lo señalado anteriormente, el doctor García de Enterría (1996) dentro de su obra define y aclara el concepto de la antijuridicidad del daño, en el siguiente sentido:

[...] Al construir la institución de la responsabilidad de la administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable a la del patrimonio de una persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento solo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial [...] (García de Enterría, p. 337).

De todo lo desarrollado anteriormente y culminando con lo previsto en la convención de Río, se estableció un principio general que se basa en el postulado de que “*Quien Contamina paga*”, originalmente se entiende como una directriz en materia económica que evita atribuir a terceros no responsables la asunción de la reparación con el fin de proteger diversos sectores económicos y evitar alteraciones en los mercados; sin embargo, podemos decir, en términos generales, que es el fundamento para determinar una responsabilidad objetiva en materia ambiental.

De esta teoría dada en Río, se llega a la conclusión que el Estado responde objetivamente por todos los daños ambientales. Pero, en todo caso, se hace necesario realizar un

análisis más sustentado que nos permita una interpretación más restringida, ya que no es viable que el Estado entre a responder por todo daño ambiental, lo que nos lleva a realizar un nuevo análisis.

TEORÍA DE LA PELIGROSIDAD (ACTIVIDAD)

En primer lugar, se hace necesario considerar la peligrosidad de la actividad, que es el único criterio a tener en cuenta respecto de los daños al medio ambiente, al momento de determinar la naturaleza de la responsabilidad, expertos en el tema tratan de establecer pequeñas diferencias como consecuencia del incumplimiento de normas ambientales, o que la responsabilidad sea producto de haber cumplido con toda la normatividad ambiental existente; en el primer caso, se encuentra frente a una responsabilidad subjetiva, en tanto que en el segundo escenario será objetiva, el profesor Tamayo al referirse al concepto de actividad peligrosa se sirve identificarla de la siguiente manera:

Para nosotros, peligrosa es toda actividad, que una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo, un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos (Tamayo, 1995, p. 113).

En lo que concierne a las actividades de la industria petrolera, es evidente que el Estado tendrá que responder por el daño ambiental que se pudiere llegar a generar, puesto que se encuentra frente a una actividad peligrosa, ya que el Estado al explotar directamente los hidrocarburos o a través de sus asociados o contratistas realiza un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas que cada individuo está llamado a soportar, por tal razón, es entendible que si el Estado auspicia o propicia una actividad altamente peligrosa, este tendrá que ser llamado a responder por los daños antijurídicos que se produzcan en la realización de dicha actividad.

Es importante en el tema de responsabilidad entender la distinción entre actividad peligrosa y no peligrosa, toda vez que de esto depende identificar si se encuentra ante una responsabilidad objetiva del estado. Pues, es evidente –y como ya se

señaló anteriormente— que el solo título de peligrosa de la actividad conlleva que la responsabilidad del Estado sea de manera objetiva.

De esta misma forma lo ha señalado el Consejo de Estado en Sentencia 9 de octubre de 1985. En el mismo sentido, el Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 18 de mayo de 1994, al considerar la existencia de solidaridad entre el Estado que tiene una característica de garante de la actividad y la empresa contratista o asociada quien es el que ejecuta la tarea en nombre del estado.

Cuando la Administración contrata la ejecución de una obra pública, es como si la ejecutara directamente. Ella es dueña de la obra, su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio e interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio, obedece la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a la falta de equipo adecuado. [...] En otros términos: el contratista de una obra no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo, es ella misma la que actúa, hay aquí una ficción de origen legal. [...] Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o un representante del Estado, sino, un órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura estatal.

En este orden de ideas, queda expuesto que el principio de reparación objetiva en materia ambiental debe observarse con cautela en materia de responsabilidad estatal, tanto así, que solo es posible una forma de responsabilidad objetiva si la contaminación proviene de una actividad que tenga el carácter de peligrosa, en tal sentido, la actividad petrolera es de suyo una actividad peligrosa por excelencia; luego, el Estado deberá responder de forma objetiva por los derrames petroleros que le sean imputables, bien directamente, o bien, por sus contratistas y compañías asociadas, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan.

TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN COLOMBIA

Debemos considerar, entonces, que la imputación, en sentido estricto, es una abstracción que permite deferir la responsabilidad, consecuencia necesaria de la producción de un daño, de tal forma que la atribución del daño no solo se plantea en el ámbito material (imputación mecánica), sino por el contrario, es una atribución jurídica, vale decir, que

también puede darse cuando se está obligado en determinado sentido; de aquí que, no solo sea una atribución material y directa, sino que además, permite la imputación por hechos omisivos e indirectos, aspecto este último que cobra especial importancia en la responsabilidad del Estado.

Así las cosas, podemos establecer que el daño solo será antijurídico si existe falla de servicio, o aún sin esta, si se verifica en los regímenes tradicionales donde prima una responsabilidad objetiva por el riesgo creado, o daño especial. Esta es, entonces, la causa por la cual afirmamos que la falla del servicio no ha desaparecido de nuestro régimen y que tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional han entendido que subsisten los regímenes tradicionales de responsabilidad, valga decir, falla del servicio, falla presunta, teoría del daño especial, teoría del riesgo excepcional, etc.

En otros términos, el daño es antijurídico no-solo cuando la administración que lo causa actúa irregularmente, sino cuando esa conducta lesiva esté ajustada al comportamiento... Pero decir antijurídico no quiere significar que la noción de falla o falta del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó... En otras palabras, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falla del servicio en lenguaje corriente) tendrá que probarse esa irregularidad, salvedad hecha en los eventos en que la falla se presume. En ambas hipótesis ese primer presupuesto de responsabilidad deberá gobernarse por las reglas de la carga probatoria. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración pero el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, como es apenas lógico, deberá demostrar el daño y el por qué pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo.⁴ (Sentencia 7742 de 25 de febrero de 1993)

TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL

Para poder referirnos a la teoría del riesgo excepcional, se hace necesario la revisión y la existencia de tres elementos esenciales: a) el daño anormal que no está obligado a soportar la víctima; b) el ejercicio de una actividad riesgosa o potencialmente peligrosa

⁴ Consejo de Estado, Sentencia 9 de octubre de 1985. En el mismo sentido: Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 18 de mayo de 1994.

creada o auspiciada por el Estado; y, c) la relación de causalidad entre el daño y la actividad.

Desde el análisis de los elementos del riesgo excepcional, es importante observar lo que en materia de este título de imputación de responsabilidad ha señalado el consejo de estado, pues como es por todos conocido que este como máximo tribunal de lo contencioso-administrativo a través de su vasta jurisprudencia, que ha desarrollado los títulos de imputación de responsabilidad del estado, es gracias a este aporte que podemos identificar cada uno de ellos y concluir que en el caso que nos ocupa, es decir, el derrame de crudo como consecuencia de la actividad petrolera, el que más se adecúa es la teoría del riesgo excepcional, al cual este alto tribunal lo define de la siguiente manera:

Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de toda comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas, o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional”, que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como pérdida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio. (Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia, 25 de febrero de 1993, M.P.: Carlos Betancur Jaramillo).

El fundamento antijurídico se basa en el rompimiento de las cargas que cada administrado está llamado a soportar, es obvio que si el Estado crea o propicia una actividad peligrosa para lograr su lucro, ya sea de manera directa o a través de contratistas o empresas asociadas, el Estado está llamado a responder por los perjuicios que cause a estas personas con las que se rompió o elevó la teoría de las cargas públicas a que están llamadas a Soportar, por otra parte, si se establece que el Estado auspicia y a través de un acto administrativo desarrolla su autorización para la realización de la actividad peligrosa, por tal razón, al autorizar el riesgo en que se coloca a algunos conciudadanos está aceptando su responsabilidad por cualquier evento que la actividad regulada directamente por el Estado genere a una persona o comunidad.

Así lo ha manifestado el Consejo de Estado,

De tal forma, si el Estado con la actividad petrolera crea un riesgo, lo procedente es que efectivamente responda por los daños que con esta actividad cause, en tal sentido, vale la pena recordar que la explotación de los recursos naturales de manera sostenible, es una obligación del Estado, luego, la actividad de los hidrocarburos es en sí misma un fin de éste y fuente primordial de sus ingresos, consecuentemente, de acuerdo con un principio fundamental de equidad, el Estado debe proceder a indemnizar todos los perjuicios que causó a los particulares con ocasión de la actividad que creó y con la cual se lucró. (Mosquera, 2003)

Todo lo anterior va encaminado a crear una seguridad Jurídica dentro de los asociados que permita verificar a quien corresponde la responsabilidad por la actividad propia del Estado en el desarrollo de actividades petroleras que, como ya quedó claro en el transcurso del presente artículo, se considera una actividad peligrosa a la cual el Estado autoriza y por la cual está llamada a responder por los perjuicios antijurídicos que se cause con el desarrollo de la misma.

RESPONSABILIDAD ESPECIAL POR ATENTADOS TERRORISTAS

Conviene observar en cuanto este tema que, la jurisprudencia aplicada por el Consejo de Estado ha sido inconsistente, en cuanto el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha negado en algunas ocasiones la indemnización a personas que han sufrido daños como consecuencia del terrorismo con el argumento de que al Estado no se le pueden exigir comportamientos fuera de su alcance y de su capacidad normal de acción y de prevención. Sin embargo, en otras ocasiones, el alto tribunal, motivado tal vez por las nuevas corrientes doctrinarias, ha impuesto la responsabilidad del Estado por considerar que en el evento de atentados terroristas, el mismo está llamado a responder habida consideración de la teoría del daño especial.

En cuanto al primer evento, se tiene en principio que el Estado no es responsable de los daños derivados de los actos de guerra, pues en concordancia con la corriente francesa que en tantas ocasiones ha iluminado la doctrina nacional, el Estado no solo no responde de sus acciones de guerra (entendiendo por *guerra* al concepto amplio de perturbación del orden público ya sea este de origen interno o externo, sin que sea necesario la expedición de un decreto de conmoción interior), sino que tampoco responde de las acciones terroristas. En tal sentido, la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, que sirve de fundamento a la teoría del daño especial, no proviene del Estado. Podemos

observar cómo nos lo hace ver Tamayo Jaramillo (1995) que “dicha teoría no se aplica tratándose de daños provenientes de operaciones de guerra o de actos de terrorismo, pues estos casos constituyen una especie de causa extraña” (p. 106).

En cuanto a la teoría del riesgo excepcional, la cual hemos planteado como régimen de responsabilidad, tenemos que las voladuras de oleoductos o los hurtos que ocasionen derrames no son actividad petrolera, pues en sentido estricto, el Estado no ha creado el riesgo que originó el daño. Por tal motivo, una responsabilidad ambiental por actos de terrorismo no le es atribuible, toda vez que el daño no ha sido ocasionado por el Estado sino por un tercero.

CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Como toda actividad humana, existen algunos eventos especiales que serían los eximentes de responsabilidad del Estado en el caso de derrames de crudo, enfrentando la realidad nacional se puede señalar que la principal causa de derrame de crudo que se ocasiona en Colombia se da por el actuar de manos criminales o fuerzas terroristas que en su querer de atentar contra la institucionalidad, atentan es contra las comunidades y el medio ambiente, causando perjuicios de incalculable valor.

¿Frente a esta realidad de los atentados terroristas (FARC y ELN) contra la infraestructura petrolera estará el Estado llamado a responder?

Adentrándonos entonces en este campo de la responsabilidad del Estado propiamente dicha y desde una mirada desprevénida, se podría decir sin razón a equivocarse, que se está frente a una causal de exoneración de responsabilidad en materia administrativa y la cual se denomina el “*Hecho exclusivo de un tercero*”, por tanto, desde un punto de vista de responsabilidad, el Estado no sería responsable del derrame de crudo provocado en atentados terroristas.

Pero, en un análisis un poco más general del tema, y tocando los preceptos de igualdad y principios de responsabilidad y solidaridad, podríamos endilgar al Estado responsabilidad en tales hechos, ya que el Estado no ha garantizado la tranquilidad y el mantenimiento adecuado del orden público, por lo que estaría llamado a responder ya que no se prestó la vigilancia necesaria en toda la infraestructura de la actividad petrolera y, por tanto, esa omisión produce que manos criminales o fuerzas por fuera

de la ley operen de manera indiscriminada, atentando de manera sistemática, contra los oleoductos o como hace pocos días contra un convoy de vehículos o tracto-camiones que transportaban crudo desde el Departamento del Putumayo para el vecino país del Ecuador.

Con este último punto de reflexión, pienso continuar la investigación, a fin de identificar cuán responsable puede ser el Estado en el vertimiento de crudo cuando este se produce como consecuencia de atentados terroristas, lo anterior será objeto de un nuevo artículo sobre esta problemática que afronta nuestro país.

CONCLUSIONES

Desde principios del siglo XX, se empezó el desarrollo de la actividad petrolera en nuestro país, lo que ha conllevado desde sus inicios un deterioro grave del medio ambiente, pero del cual solo hemos llegado a preocuparnos y reglamentar mediante la ley 23 de 1973 y luego con la adopción de la constitución de 1991 el tema ambiental y el daño que se produce a este empieza a tener una importante relevancia a nivel nacional.

La actividad petrolera, como se señaló anteriormente, representa más del 50 % del PIB nacional, motivo claro de que nuestra economía gira en torno a esta importante actividad, el punto de reflexión que se debe observar es si de verdad dicha actividad está pagando el alto costo ambiental que soportan varias regiones de nuestro país.

Por una parte, las licencias ambientales que se otorgan por parte del Estado a la actividad petrolera, que como quedó establecido es una actividad peligrosa, al parecer no son suficientemente claras en lo que concierne a la compensación ambiental; por otra parte, la necesidad de impulsar esta actividad por parte del Estado genera que las entidades encargadas del manejo del medio ambiente sean muy condescendientes con las empresas multinacionales que extraen el petróleo de nuestro subsuelo, causando un deterioro sin precedentes, el cual no puede ser compensado con los planes de riesgo y amortiguamiento del daño ambiental. Falta la implementación de una política ambiental más fuerte para el sector petrolero, en donde se dé un verdadero desarrollo sostenible de esta actividad en nuestro país.

Se hace necesario un empoderamiento de la sociedad, para que las prácticas de exploración como de extracción del crudo, se adecúen a verdaderos estándares internacionales que propugnen por la conservación de los recursos naturales y de toda la biodiversidad existente en nuestro territorio y poder hablar de una actividad autosostenible que tenga un gran respeto por los ecosistemas y las comunidades aledañas.

Adentrándonos al tema de las regalías, se hace necesario que dentro de las leyes que reglamentan su uso y distribución, se establezcan importantes recursos para contrarrestar el deterioro ambiental que genera esta actividad, el gobierno debe implementar la creación de fondos que estén encaminados a la recuperación de las zonas que han sido objeto del problema del vertimiento de crudo, ya sea generados estos por la propia actividad o por manos de los grupos al margen de la ley que, mediante los atentados terroristas, generan un perjuicio ambiental incalculable.

Por último y como ya quedó establecido desde una perspectiva de la responsabilidad objetiva, concierne al Estado entrar a reparar los daños causados propiamente por la actividad petrolera en el entendido de ser esta una actividad peligrosa pero acudiendo siempre a la teoría de la responsabilidad solidaria que tiene su génesis en el artículo 2344 del código civil (MACÍAS, 1994). Lo que le permite al mismo Estado iniciar procesos de repetición contra los agentes responsables del hecho generador del daño ambiental.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bravo, E. (2005). Impacto de la Explotación Petrolera en Latinoamérica. *Oilwatsh*, 8.
- Bravo, E. (2007). Los Impactos de la Explotación Petrolera en Ecosistemas Tropicales y la Biodiversidad. *Acción Ecológica*.
- Echeverry, J. C. (2004). *Echeverry, Juan Carlos (2004) "Petróleo dependencia" Revista Carta Petrolera*,. Bogotá: ECOPETROL.
- Ediciones Rosaristas . (s.f.). *Nuevo Régimen Jurídico del Medio Ambiente*. Bogotá: DIKE.
- Eduardo García de Enterría, T. R. (1996). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Jaramillo., J. T. (1995). *De la responsabilidad civil t..I vol. 2*. Bogotá: Temis.

- Macías Gómez, L. (1994). *LICENCIAS AMBIENTALES Y ECONOMÍA. Un Instrumento de Gobierno de la Gestión Ambiental*. Bogotá: Ediciones Rosaristas. Biblioteca Jurídica DIKE. 1a. edición.
- Mosquera, J.V. -Responsabilidad del Estado por Derrames en la Actividad Petrolera. Universidad javeriana 2003.
- Oilwatch, 2002. Guerra y petróleo. Artífices de la historia del siglo XX.
- Oilwatch, 2002. Las empresas petroleras, las nuevas socias de las Naciones Unidas.
- Valente, M. 2001. El gasoducto Norandino. Una bomba de tiempo. (FIN/IPS/mv/mj/en/01).
- Williams, C., Gillespie, D., Withers Green. P. 2003. Panorama del GNL en Latinoamérica – Caribe. Oil and Gas Journal. Vol. 9, No. 6.
- Sentencia C-328 de 1999. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: César Hoyos Salazar. Febrero del dos mil (2000). Radicación número 1.252.
- Consejo de Estado, Sentencia 9 de octubre de 1985. En el mismo sentido: Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 18 de mayo de 1994.
- Consejo de Estado, sección Tercera, 20 de febrero de 1989.