



**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL
ESTADO COLOMBIANO POR AFECTACIÓN AL
PRINCIPIO BÁSICO DE SOSTENIMIENTO
AMBIENTAL.²⁰**

**EXTRA CONTRACTUAL RESPONSIBILITY OF THE
COLOMBIAN STATE FOR AFFECTION TO THE
BASIC PRINCIPLE OF ENVIRONMENTAL
SUSTAINMENT**

**RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE DE
L'ÉTAT COLOMBIEN POUR ATTEINTE AU
PRINCIPE DE BASE DE LA DURABILITÉ
ENVIRONNEMENTALE**

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO
ESTADO COLOMBIANO POR AFETAR O
PRINCÍPIO BÁSICO DA SUSTENTABILIDADE
AMBIENTAL**



Fecha de Recibido: 26 de enero de 2019

Fecha de Aceptado: 26 de marzo de 2019

Daysi Rodríguez*

²⁰ Artículo de reflexión. Fundación Universitaria Juan de Castellanos Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales Coordinación Centro de Investigaciones y de Extensión. Grupo de investigación GLOBALIZACIÓN Y DERECHO HUGO GROCIO. Línea de investigación Sistemas Normativos y Pluralismo Jurídico. Proyecto de investigación: Responsabilidad del Estado por Derrames en la Actividad Petrolera. Octubre de 2015.

* Abogada, Universidad Santo Tomás. Magister en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás. Docente e investigadora y directora del Programa de derecho de la FUJDC. Fundación universitaria Juan de Castellanos. daisyro@hotmail.com.

Resumen

El Estado Colombiano al avalar la actividad petrolera instaure un riesgo, por lo cual es procedente que responda por los daños ambientales que se causen en su ejecución material. Teniendo en cuenta que la explotación de los recursos naturales no renovables debe ejecutarse de manera sostenible, en la medida que es una obligación y una fuente importante de los ingresos del Estado colombiano. De acuerdo con el principio de equidad, de igualdad de las cargas públicas, y de sostenibilidad ambiental, se deben indemnizar los daños antijurídicos a los particulares o a la colectividad, pues estos no están en la obligación de soportar las lesiones o menoscabos patrimoniales, ya que el Estado es el creador y el beneficiario.

Palabras clave

Petróleo, daño antijurídico, responsabilidad objetiva, riesgo, medio ambiente.

Abstract

The Colombian State, when endorsing the oil activity establishes a risk, which is why it is appropriate that it responds for environmental damages that are caused in its material execution. Considering that the exploitation of nonrenewable natural resources must be carried out in a sustainable manner, to the extent that it is an obligation and an important source of income for the Colombian State. In accordance with the principle of equity, equality of public charges, and environmental sustainability, damages to individuals or the community must be compensated, since they are not obliged to bear the injuries or property damage, since State is the creator and the beneficiary.

Keywords

Oil, non-legal damage, objective liability, risk, environment.

Résumé

L'État colombien, en approuvant l'activité pétrolière, établit un risque, c'est pourquoi il convient qu'il réponde des dommages environnementaux qui sont causés dans son exécution matérielle. Tenant compte du fait que

l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables doit être effectuée de manière durable, dans la mesure où elle constitue une obligation et une source importante de revenus pour l'État colombien. Conformément au principe d'équité, d'égalité des charges publiques et de durabilité environnementale, les dommages causés aux individus ou à la communauté doivent être indemnisés, car ils ne sont pas tenus de supporter les préjudices ou les dommages matériels, l'État étant le créateur et le bénéficiaire.

Mots-clés

Pétrole, dommages non juridiques, responsabilité objective, risque, environnement.

Resumo

O estado colombiano, ao endossar a atividade petrolífera, estabelece um risco, razão pela qual é apropriado que responda por danos ambientais que são causados em sua execução material. tendo em conta que a exploração de recursos naturais não renováveis deve ser realizada de forma sustentável, na medida em que é uma obrigação e uma importante fonte de renda para o estado colombiano. de acordo com o princípio de equidade, igualdade de encargos públicos e sustentabilidade ambiental, os danos aos indivíduos ou à comunidade devem ser compensados, uma vez que eles não são obrigados a suportar os danos ou danos materiais, uma vez que o estado é o criador e o beneficiário.

Palavras-chave

Petróleo, danos não legais, responsabilidade objetiva, risco, meio ambiente.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, el conocimiento a fondo y a futuro de las consecuencias que tiene en la vida del hombre, en la flora y en la fauna el derrame de petróleo es escaso, en la medida que rara vez se hace un análisis de todas las evaluaciones ambientales y todos los factores que intervienen para detectar problemas y atender prioridades.

Al respecto, resulta oportuno a través del presente escrito, lograr dilucidar cuál es la responsabilidad del Estado en la reparación de los daños causados en la actividad petrolera, primero, por el deber constitucional de la protección al medio ambiente y, segundo, por la teoría del riesgo excepcional; visto desde una órbita más flexible desde la que se entienden los elementos de la responsabilidad (daño antijurídico, hecho dañoso, nexo de causalidad), dado el entorno especial del caso por la implicación de los derechos colectivos. En este sentido el Estado colombiano tiene la obligación de indemnizar los daños ambientales con ocasión de la actividad petrolera, en fundamento a la Constitución Ecológica, a los principios en materia ambiental y al bloque de constitucionalidad.

Para comprender el fundamento reparatorio a cargo del Estado, se analizarán los supuestos jurídicos para que se declare la responsabilidad de la administración cuando ocurra un derrame en la actividad petrolera, a la luz del derecho administrativo y de la responsabilidad Estatal. Abordando con ello la pregunta a investigar: ¿cuál es el fundamento reparatorio a cargo del Estado colombiano por derrames petroleros, teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad y sus implicaciones en materia ambiental que afecta los derechos colectivos?

Por ello se plantearon los siguientes objetivos: identificar los principios en materia ambiental y en la función administrativa, el fundamento reparatorio a cargo del Estado por derrames petroleros, y finalmente establecer el título de imputación aplicable por la naturaleza de la actividad peligrosa desplegada.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuál es el fundamento reparatorio a cargo del Estado Colombiano por derrames petroleros, teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad y sus implicaciones en materia ambiental que afecta los derechos colectivos?

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA

Siendo los principios la guía, los lineamientos que en este caso debe seguir la función administrativa, estos están consagrados en el artículo 209 de nuestra Constitución Política, que señala: “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (Constitución Política De Colombia, 1991).

Para entender cómo se desarrolla la función pública es indispensable mencionar que el Estado solo posee un centro de impulsión política y gubernamental. Acá el poder público en la totalidad de sus atributos y funciones cuenta con un único titular, que es la persona jurídica del Estado.

Todos los individuos colocados bajo su soberanía obedecen a una misma y única autoridad, viven bajo el mismo régimen constitucional y están regidos por las mismas leyes. (Rodríguez, 2013, p 67). Señala: “Es el fenómeno jurídico-político que consiste en que todas las tareas y funciones públicas se radican en la persona jurídica Estado. Es decir, que el Estado monopoliza todas las tareas y funciones públicas”.



Diagrama 1. Reparto del poder en el territorio colombiano. Como afirma Rodríguez (2013, p 67).

Este centralismo se ve matizado por la desconcentración, definida esta

última en el artículo 8 de la ley 489 de 1998, como la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de los deberes de orientación e instrucción, ante la imposibilidad o inconveniencia de ejercerlas en la capital.

Otro matiz es la delegación de funciones a colaboradores o a otras autoridades con funciones afines o complementarias, para que el delegatario las cumpla en nombre del delegante. Esta es de funcionario a funcionario. La descentralización administrativa se define como el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a personas públicas diferentes al Estado, para que las ejerza en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. Lo anterior, bajo las modalidades de descentralización territorial, por servicios y por colaboración.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DEBER DE PROTECCION AL MEDIO AMBIENTE

Esta obligación constitucional del Estado Colombiano de preservar el medio ambiente es un principio y a la vez un derecho colectivo de las personas, que deben estar ligados en la actividad petrolera. La Constitución de 1991 fue llamada: Constitución Ecológica, debido al reconocimiento que se le dio al medio ambiente como derecho humano; derecho que se desarrolló en la ley 99 de 1993, como resultado de la conferencia de Rio de Janeiro. En dicha conferencia, se estableció que el hombre era el centro de los problemas ambientales y que es por él y por su descendencia que se protegen los recursos naturales y el medio ambiente.

Como antecedentes tenemos: una primera etapa cuando se emiten normas dispersas e independientes, relacionadas a la protección de aguas y bosques. Una segunda etapa donde aparece una sistematización, denominado el código de los recursos naturales. Y una tercera etapa donde se le da la importancia de rango constitucional y jerarquía al medio ambiente, como rama autónoma. Al mencionar la constitución de 1991 como ecológica, se debe resaltar que en su preámbulo y en los artículos 2, 8, 49, 58, 67, 79, 80, 88, 95 núm. 8, 215, 267, 332, 333, y 366; se ocupan de la protección, conservación con miras a la obtención de un equilibrio

ecológico entre el hombre y el medio ambiente que explota y habita. (Younes, 2013, p 1), afirma:

El estado logra sus finalidades mediante los servidores públicos que laboran para las diferentes entidades oficiales. Estas finalidades estatales están previstas en el artículo 2 de la Constitución Política de 1991 y son el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad, la garantía de los derechos, la participación del ciudadano.

En el artículo 2, se encuentran los fines del Estado Colombiano, en el artículo 8 se establece la obligación de proteger las riquezas naturales, en el artículo 49 se determina que el saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado, el artículo 58 se refiere a la función ecológica como límite al derecho propiedad, en el artículo 67 se estipula la obligación de educar a los ciudadanos para proteger al medio ambiente, en el artículo 79 el derecho de gozar de un ambiente sano, en el artículo 80 la obligación de preservar el medio ambiente para el desarrollo sostenible, en el artículo 88 se prevé el mecanismo de protección de los derechos colectivos como lo es el medio ambiente a través de la acción popular o de grupo y en el artículo 95 núm. 8 la obligación de conservar un ambiente sano.

En el artículo 215 también se encuentra los fundamentos de protección al medio ambiente, como lo es decretar el estado de excepción por causas que amenacen el orden ecológico, en el artículo 267 se conviene que en el control fiscal se debe valorar los costos ambientales, en el artículo 332 respectivamente el Estado Colombiano es propietario de los recursos naturales, en los artículos 333 y 334 la obligación de la intervención económica para la preservación de un ambiente sano, y en el artículo 366 se establece la finalidad social del Estado el saneamiento ambiental.

PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL

Estos con el fin de obtener un manejo adecuado y restauración de los recursos naturales y el medio ambiente. Encontramos los principios de transpersonalización, desarrollo sostenible, precaución, extraterritorialidad, participación ciudadana, racionalidad, evaluación de impacto, pro-natura, y el que contamina paga.

En el principio de transpersonalización las normas ambientales tienen un carácter de normas sanitarias, pues están garantizan la salud de los habitantes. En el de desarrollo sostenible los recursos naturales deben ser aprovechados sin agotarlos y ser utilizados racionalmente. El principio de precaución hace referencia a que antes de la ocurrencia de un daño ambiental es obligación de todos los seres humanos actuar con previsión. El de extraterritorialidad denota que, aunque existan instrumentos de planificación para la protección del medio ambiente, este por su volatilidad puede salirse del ámbito de competencia. El principio de participación ciudadana determina que el medio ambiente es un patrimonio común, por esto se establecen para los particulares deberes para preservarlo.

El principio de la racionalidad hace referencia a que los recursos naturales no renovables no podrán utilizarse por encima de los límites permitidos. El de evaluación de impacto está relacionado con el principio de precaución, donde este fija que los estudios de impacto ambiental son instrumentos básicos en la toma de decisiones para la construcción de obras y actividades que afecten el medio ambiente. El principio pro-natura de creación jurisprudencial y doctrinal que lo consolida como derecho humano. El principio el que contamina paga obedece a la internacionalización del costo ambiental, en la medida en que el medio ambiente es un bien escaso. Este se puede entender como la reparación anticipada del daño ambiental para garantizar su renovabilidad.

PRINCIPIO SOSTENIMIENTO AMBIENTAL – EQUIDAD

A partir de la consagración constitucional de los deberes ambientales de los ciudadanos, surge la necesidad de acomodar sus actividades económicas a la sostenibilidad ambiental. Dentro de nuestro modelo de Estado denominado Social de Derecho, la soberanía reside en el pueblo de conformidad con el artículo tercero de la Constitución Política de Colombia, dándole con ello una visión antropocentrista; donde el medio ambiente se convierte en el fundamento del Estado para garantizar el mínimo vital. Es decir, debe proteger la integridad ambiental para satisfacer las necesidades individuales y colectivas y debe preservar el medio ambiente para lograr con ello un desarrollo sostenible.

En el concepto de desarrollo sostenible debe existir un equilibrio entre la economía y el medio ambiente, según lo estipula el informe de la comisión de Brundlandt en el año 1990, comisión que estuvo a cargo de la señora con el mismo apellido y primera ministra de Noruega, quien recibiera el encargo de redactar el primer informe para la cumbre de la tierra de Río de Janeiro, que se realizó dos años más tarde. Este principio busca equilibrar los dos extremos, y más aún, cuando la industria petrolera cumple un papel preponderante en el desarrollo industrial, en busca de la solución de problemas que afectan al medio ambiente.

En lo concerniente al principio de equidad, este permite garantizar la justicia conmutativa y correctiva y se encuentra regulado en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial. Así las cosas, dentro de nuestro modelo de Estado el fin único no es una perspectiva capitalista sino una social bajo el principio de solidaridad; según el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia. Es aquí donde la concepción de reparar los daños ambientales y a las personas víctimas de éstos, se deriva del desequilibrio de las cargas públicas y el rompimiento del principio de solidaridad y equidad, al ocurrir dentro de un marco de un Estado Social de Derecho.

CONTEXTO INTERNACIONAL

Es importante analizar los convenios o tratados internacionales suscritos por el Estado Colombiano, como fuentes de responsabilidad del Estado por los daños ambientales. Antes de entrar a estudiar los convenios o tratados internacionales suscritos por el Estado Colombiano, es importante mencionar a nivel internacional los tres peores derrames de petróleo de la historia:

(...) La colisión entre Atlantic Empres y el Aegean Captain del 19 de julio de 1979 en el mar caribe frente a la costa venezolana, cerca de 2,2 millones de bariles de petróleo crudo se derramaron en las aguas azules de Tobago. El segundo, el derrame Ixtoc I fue un pozo exploratorio de petróleo localizado en el golfo de México, el 3 de junio de 1979, sufrió un accidente durante la perforación y se transformó en el derrame no intencional más grande la historia, de 530.300 toneladas, durante 280 días que siguieron desde el inicio del accidente hasta su contención el 24 de marzo de 1980.

El tercero, en el golfo de Pérsico durante la guerra del golfo, el cual se derramo

entre 1.360.000 y 1.500.000 toneladas, fue el resultado de las medidas adoptadas por el ejército Iraq durante la guerra que libraron contra Estados Unidos en 1991(...) (Bolonia Claudia. (05 de mayo de 2010). Los 3 peores derrames de petróleo de la historia. La reserva.com. Recuperado de http://lareserva.com/home/peores_derrames_petroleo).

Lo anterior, sin mencionar las repercusiones irreversibles en la fauna, flora y en el hombre; contaminaciones difíciles de contener para volver al equilibrio ambiental.

RELEVANCIA, VALIDEZ DE LOS TRATADOS EN LA CONSTITUCIÓN 1991

Los tratados en materia ambiental suscritos por Colombia constituyen un fundamento adicional en materia de la responsabilidad del Estado por daños ambientales y sus implicaciones. En el derecho internacional ambiental que se ocupa del estudio de los tratados referentes al medio ambiente, como rama autónoma del derecho internacional, se resalta:

Las características particulares que presenta el DIMA en materia de fuentes, en el entendimiento de que el Derecho Ambiental se perfila cada vez más como un área autónoma no sólo del derecho internacional público sino del derecho en general, en tanto no es la simple aplicación del Derecho internacional público o de otras ramas del derecho a los problemas ambientales. El DIMA es un área específica, que los Estados han elaborado una particular e “innovativa ingeniería legal”. Por nuestra parte, observamos que, sin una visión compacta, integral, unitaria, propia del derecho ambiental, es imposible aplicar o transpolar adecuadamente otras áreas del derecho -entre ellas el Derecho internacional público- a los problemas ambientales. (Zlata Drnas de Clément. Fuentes del derecho ambiental Recuperado de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/fuentes-del-derecho-internacional-del-medio>)

Es así como este derecho es un conjunto de normas jurídicas que regulan los sujetos del derecho internacional público con el objetivo primordial de la protección de la naturaleza y la prevención de la contaminación a nivel internacional, y se ocupa de estudiar los tratados existentes a nivel internacional. En Colombia, a través de los artículos 4, 9, 93, 94, 214 numeral 2, 53 y 102; se hace referencia al bloque de constitucionalidad y la compatibilidad con la supremacía de la Constitución Política. El bloque de constitucionalidad, lo define (Arango, 2004, p 1).

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. (Mónica Arango Olaya. (2004). El Bloque de Constitucionalidad En la Jurisprudencia de La Corte Constitucional Colombiana Recuperado de <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>)

El bloque constitucional entendido como la supremacía de los tratados y convenios internacionales en nuestro orden jurídico interno. El artículo 93 de la Constitución permite la integración de las normas supranacionales en el bloque de constitucionalidad, siempre que se trate de un derecho humano y cuya limitación se prohíba en estados de excepción. Este bloque de constitucionalidad tiene dos acepciones, una en sentido lato y otra en estricto. En sentido lato está conformado por las normas de diversa jerarquía que sirven de parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad en nuestra legislación:

1. Las normas de rango constitucional.
2. Los parámetros de constitucionalidad de las leyes (orgánicas y estatutarias).
3. Las normas constitucionales que son relevantes en sentido estricto.

En sentido estricto, conformado por principios y normas de valor constitucional y a los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, que no puedan ser limitados en estados de excepción:

1. Preámbulo
2. Constitución
3. Tratados limítrofes
4. Ley estatutaria de los estados de excepción
5. Tratados de derecho internacional humanitario
6. Tratados de derecho internacional que reconocen derechos intangibles
7. La doctrina elaborada por tribunales internacionales u órganos de control.

Este derecho internacional ambiental tiene un fundamento que se encuentra en el artículo 26 de la Convención de Viena: “todo tratado entrado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Respecto del desarrollo internacional en el tema ambiental hay que resaltar que en la Conferencia de Estocolmo de 1972 se establecieron las necesidades sociales y culturales de planificar la protección ambiental, y los medios para luchar contra la contaminación. De esta, surge la declaración de Estocolmo que introdujo a la agenda de política internacional la dimensión ambiental. Y en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 se reafirma la declaración de Estocolmo de 1972, con el objetivo de establecer una alianza mundial.

Finalmente, frente al tema de hidrocarburos:

1. Convenio internacional de responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos. Bruselas 29 de noviembre de 1969. Ratificado por la ley 55 de 1989.
2. Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, 1969 y el Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio Internacional sobre la constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1971. Londres, el 27 de noviembre de 1992. Ratificado por la ley 523 del 12 de agosto de 1999.
3. Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por contaminación de hidrocarburos. Bruselas 18 de diciembre de 1971 y su Protocolo Modificadorio del 19 de noviembre de 1976. Ratificado por la ley 257 del 15 de enero de 1996.
4. Acuerdo sobre la cooperación regional para el combate contra la contaminación del pacifico sudeste por hidrocarburos y otras sustancias nocivas en casos de emergencia. Lima 1981. Ratificado por la ley 45 de 1985.
5. Protocolo complementario para el acuerdo sobre la cooperación regional en el combate contra la contaminación del pacifico sudeste por hidrocarburos y otras sustancias nocivas en casos de emergencia. Quito 22 de julio de 1983. Ratificado por la ley 45 de 1985.
6. Protocolo relativo a la cooperación para combatir los derrames de hidrocarburos en la región del gran caribe. Cartagena de indias 24 de marzo de 1983. Ratificado por la ley 56 de 1987.

Estos son los principales tratados relativos a hidrocarburos ratificados por

Colombia, que tienen plena validez como fuente de responsabilidad tanto para el Estado como para los particulares. Lo anterior, tiene respaldo en el criterio de aldea global, donde las reglas deben seguirse así no se hallan elegidos. En síntesis: *“El estado se ha convertido en un administrador, responde por reglas no elaboradas por este, pero obligado- por ser regla de la aldea global – a cumplir y responder”*. (Celorrio, 2000: 22).

ACTIVIDAD PETROLERA Y EL MEDIO AMBIENTE

El daño en la actividad petrolera se ha identificado como el vertimiento accidental no provocado, que afecta un recurso natural no renovable por fallas operacionales en la actividad o fatiga de materiales y en el transporte por tubería. Por lo cual, no se centrará su estudio en el tema de atentados terroristas. En este orden de ideas, si el Estado tiene la obligación constitucional de velar por un ambiente sano, todas las actividades que se desarrollen y que tenga en su custodia, protección y defensa, como es el caso de la actividad petrolera, deberá responder por los daños que por acción u omisión cause con ella.

Lo anterior, no cambia en el tema de asociaciones para el desarrollo de la actividad petrolera, pues el Estado es quien crea el riesgo y de él se deriva. La simple delegación de funciones no será un eximente de responsabilidad, no pudiéndose aplicar el artículo 211 de la Constitución Política. Este artículo en mención no es aplicable en temas de delegación de la firma del contrato estatal, o donde existen relaciones de inspección, vigilancia, guarda, custodia o subordinación, como ocurre en este caso. Pero sí debe existir una solidaridad entre el estado como guardián de la actividad y el contratista quien ejecuta a favor de este. La responsabilidad que se le puede imputar a la administración en estos eventos está sustentada en los siguientes principios:

Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si ella misma la ejecutara directamente.

- a) Que es ella la dueña de la obra.
- b) Que su pago afecta siempre patrimonio estatal.
- c) La realización de esas obras obedece siempre a razones de servicio y de interés general.

Que no son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre y el contratista, vale decir para exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a aquéllos, pues ella es la responsable de los servicios públicos y por ende se obliga bien sea porque el servicio no funcionó, funcionó mal o inoportunamente. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Estos elementos son constitutivos de falta o falla del servicio. (Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Junio Veinticinco de 1997, Radicación Número: 10504).

Luego el Estado deberá responder de forma objetiva por los derrames de petróleo que le sean imputables, bien sea directamente o a través de sus contratistas, sin que sean oponibles las cláusulas de indemnidad frente a terceros; teniendo en cuenta la naturaleza peligrosa de la actividad y su deber constitucional de protección al medio ambiente, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya a lugar.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Según un principio del derecho, “todo aquel que cause un daño debe repararlo”. Pero de acuerdo con el esbozo histórico de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, este en principio era irresponsable, ilimitado, incontrolable, propio del liberalismo clásico como primera forma de soberanía. Posteriormente evoluciona y es limitado, controlable y responsable de acuerdo con las ideas intervencionistas. En esta medida, en una primera fase se aplica el Código Civil en la responsabilidad indirecta del Estado según los artículos 2349 y 2347, por culpa in eligiendo y culpa invigilando. En la segunda fase se habla ya de la responsabilidad directa teniendo como fundamentos base los artículos 23 y 41 del Código Civil.

La responsabilidad del Estado entonces tiene su origen en la Revolución Francesa de 1789, en donde aparecen dos conceptos fundamentales para ejercer control sobre la actividad estatal. El principio de legalidad, es decir, la ley como instrumento de control del poder del Estado y la

institucionalización de las reglas que habrían de regir las relaciones entre Estado y los administrados.

De tal manera podemos ver que en la realidad jurídica actual no todo daño causado a otro hace responsable a su autor, y, en consecuencia, los daños causados sin culpa no son objeto de reparación; pero a contrario sensu en otros casos surge la obligación de reparar sin que medie culpa. Por lo tanto, los elementos de orden psicológico (dolo o culpa), dan origen a la responsabilidad subjetiva y los daños ocasionados sin culpa dan lugar a la responsabilidad objetiva o responsabilidad de pleno derecho.

Precisando que la imputabilidad es una condición indispensable para la declaratoria de la responsabilidad, pues el Estado solo responderá de los daños que le sean física o jurídicamente imputables. No obstante, ante la complejidad del caso y de la naturaleza del daño ocasionado, las reglas tradicionales de responsabilidad deberán ser atenuadas para que con ello haya una efectiva reparación. Según la cláusula general de responsabilidad, establecida en el artículo 90 Constitucional, el Estado será responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por acción u omisión de las autoridades públicas. Adicionalmente el daño debe ser antijurídico porque la víctima no tiene la obligación de soportarlo. (Betancur, 2000, p 392) afirma:

En efecto, la intervención del artículo 90 de la Constitución de 1991, precedida por la modificación de la indemnización por reparación directa, permitirá de forma más clara y contundente que el Consejo de Estado establezca una reparación de los daños cometidos por la administración de forma diligente, sin mediación de una falla en el servicio.

Por tanto, la teoría de la responsabilidad objetiva no se centra en determinar la falla o la culpa respectivamente, al contrario, se presume la responsabilidad ya que se rompe el equilibrio de las cargas públicas, ocasionando un daño antijurídico; que se aplicaría en el tema ambiental por derrames en la actividad petrolera bajo la figura del riesgo excepcional.

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD

Partiendo de las teorías en que se fundamenta la responsabilidad estatal, es decir, la falla en el servicio o responsabilidad con falla y la responsabilidad sin falla, cada una de ellas merece que se diferencie por las siguientes razones:

En la primera se centra en el aspecto subjetivo, que se fundamenta en la culpa, toda vez que la Administración no prestó, o prestó tardía o irregularmente el servicio de acuerdo con las finalidades inherentes al artículo segundo de la Constitución Política. En el segundo no se centra en la culpa, sino en la antijuridicidad del daño y no por la ausencia, irregular o tardía prestación del servicio; su fundamento radica en que el particular no está en la obligación de soportarlo.

La exoneración de responsabilidad en cualquiera de estos regímenes es equivalente, ya que se rompe el nexo de causalidad con la causa extraña: caso fortuito, fuerza mayor, hecho tercero o culpa exclusiva de la víctima. La diferencia radica en que el régimen de responsabilidad con falla, también se exonera de responsabilidad con que se demuestre que se actuó con prudencia y diligencia, en la medida que es una obligación de medios, y no de resultado como en la responsabilidad sin falla.

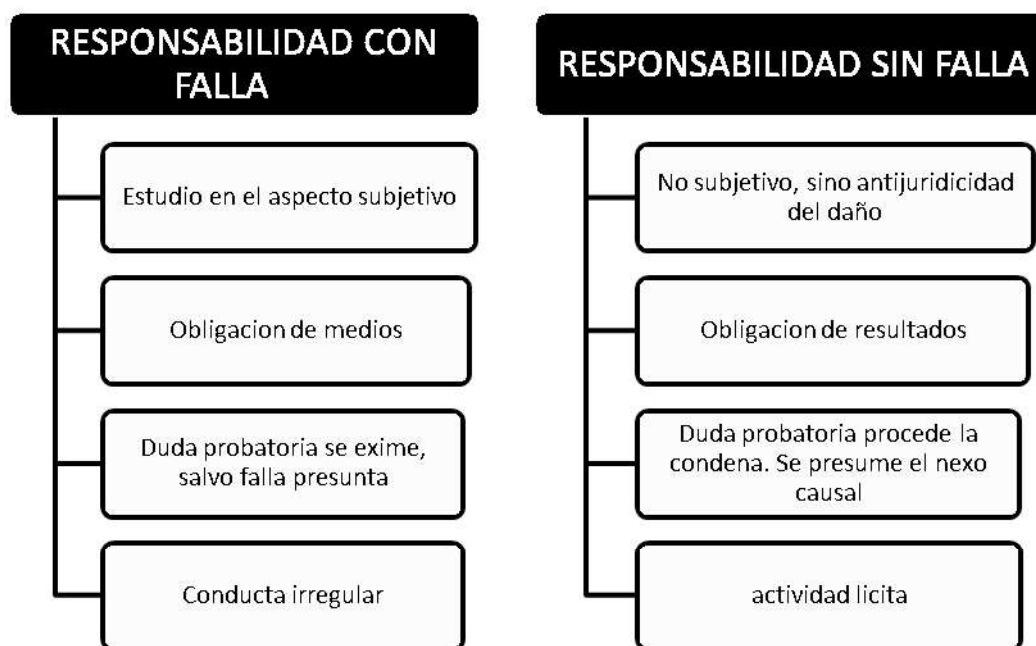


Diagrama 2. Clases de responsabilidad en Colombia. Como lo afirma Rodríguez (2013, p 67).

No sobra advertir que según la ley 1437 de 2011, la equivocación del título de imputación por error técnico no implica desestimar la demanda o sentencia inhibitoria, pues el juez puede definir cuál es el régimen jurídico aplicable en cada caso en concreto.

Según el régimen de responsabilidad subjetiva encontramos la falla en el servicio y la falla presunta, permitiendo la carga dinámica de la prueba. La falla en el servicio deja en el actor la carga de la prueba, debiéndose demostrar en cada caso el hecho dañoso, daño antijurídico y el nexo causal; donde se debe realizar un análisis de imputación y no de causalidad porque como se mencionó anteriormente hay omisiones, es decir un no actuar cuando se tiene la obligación de hacerlo.

Respecto de la falla presunta, aplica para comprobaciones médicas que por su naturaleza constituyen obstáculos para el paciente, es decir, para que se prueben aspectos científicos o técnicos profesionales sobre los cuales se

edifican imprudencia, negligencia o impericia, en la medida que se está en mejores condiciones de probar por cuanto ejecutaron la misma conducta. En cuanto la carga dinámica de la prueba hace referencia a quien está en mejores condiciones de probar.

(Rojas, 2000, p 1). Magistrado Corte Constitucional, se pregunta:

¿Puede exigirse a un sujeto de derecho que aun en grave situación de vulnerabilidad, acredite en actuación procesalmente heroica todos y cada uno de los hechos en que funda su derecho, so pena de que esta naufrague en proceloso mar del proceso judicial, como lo han decantado las tradicionales reglas de la carga de la prueba? ¿Y, de otra parte, que quien se halla en circunstancia de aportar o facilitar su recaudación, tenga derecho a impedir la verificación de los hechos en cuanto resulten ajenos a su alegación?

Por ello se puede concluir que la falla presunta es un régimen intermedio entre la responsabilidad sin falla y la responsabilidad con falla, pues la entidad demandada es quien tiene la mayor carga probatoria.

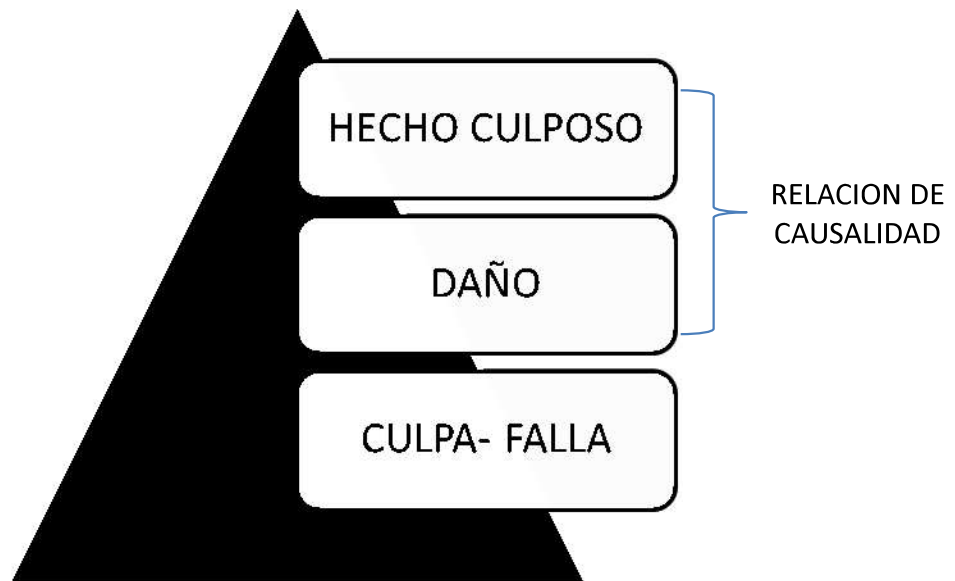


Diagrama 3. Elementos de la responsabilidad en Colombia. Como lo afirma Rodríguez (2013, p 67).

TEORIA OBJETIVA- RIESGO EXCEPCIONAL

Esta teoría está constituida por los eventos en que el estado compromete su responsabilidad sin necesidad que medie el elemento subjetivo- culpa-falla. El juez, en este caso no realiza un análisis de la conducta sino verifica la existencia del hecho dañoso (acción- omisión) y el perjuicio, el cual es la consecuencia de esa acción u omisión, por ello la aplicación de esta teoría es excepcional y subsidiaria.

El Estado compromete su responsabilidad en la construcción de una obra, en la prestación de un servicio o cualquier actividad en beneficio de la comunidad, cuando emplea medios o recursos que colocan a los administrados en situaciones de riesgos anormales, superiores a los del conjunto de la sociedad, excediendo las cargas públicas. Por otra parte, son actividades peligrosas la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, manejo de armas de fuego y la conducción de vehículos automotores.

REGIMEN APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR DERRAMES EN LA ACTIVIDAD PETROLERA

Tratándose de daños ambientales y a las personas, con ocasión a la actividad petrolera, el régimen aplicable sería el objetivo; pero éste no encuentra asidero únicamente en el principio de “quien contamina paga”, visto precedentemente, en la medida que si no se identifica plenamente al agente causante del daño no habría reparación. Por ello, este principio objetivista de “quien contamina paga”, debe examinarse a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, haciendo también énfasis en la naturaleza de la actividad, pues solo si esta se cataloga como peligrosa se responderá objetivamente.

La peligrosidad de la actividad en la acusación de los daños al medio ambiente y sus repercusiones en la sociedad es el criterio diferenciador para determinar el régimen de responsabilidad aplicable, ya que en los otros casos se centraría en la culpa o falla en la prestación del servicio. El Estado no puede ser responsable de todo lo que ocurre, sino únicamente de lo que le es imputable, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, como cláusula general de responsabilidad.

Para aplicar la teoría sin falla, su fundamento no es otro que el establecido en dicha cláusula, pues el estado será responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por acción u omisión de las autoridades públicas. Adicionalmente, el daño debe ser antijurídico porque la víctima no tiene la obligación de soportarlo. Por ello, se debe hacer la interpretación de que si la actividad es peligrosa se responderá objetivamente por los daños ambientales y los demás ocasionados por esta actividad.

El artículo 90 de la Constitución Política, no se refiere a que la responsabilidad del Estado sea eminentemente objetiva en todos los casos, como ya se hizo referencia en las teorías de la responsabilidad extracontractual. La existencia de un daño antijurídico no presupone la aplicación de la responsabilidad objetiva, sino la existencia de una actividad peligrosa que rompe el principio de igualdad de las cargas públicas, en la medida que existen daños jurídicos que deben ser soportados por el particular.

(Tamayo, 1996, p 45) afirma:

Daño antijurídico, significa que en algunos casos la víctima tiene la obligación de soportar el daño, a menos que haya una falla en el servicio, mientras que en otras hipótesis esa obligación de soportar el daño no existe, así el Estado no incurra en una falla del servicio. En abstracto, el concepto de daño antijurídico nada significa, pues al no ser definido por el artículo 90 de la Constitución, la discusión queda en el punto de partida. Podemos afirmar que cuando el Estado tenga la facultad de dañar, el daño será jurídico y, en consecuencia, la víctima tiene la obligación de soportarlo. Y cuando dicha facultad no existe, la víctima no tiene la obligación de soportarlo y, por lo tanto, será antijurídico, no se refiere, pues necesariamente a la inclusión o exclusión de la culpa o falla como elemento de responsabilidad.

A lo anterior, le sumamos el deber constitucional del Estado de proteger el medio ambiente, según el cual las autoridades proveerán la protección de este derecho y la obligación prioritaria de recomponerlo en caso de daño ambiental. Uno de los fundamentos para reparar los daños ocasionados en la actividad petrolera es el de la actividad peligrosa, en aplicación cabal al principio de ruptura del equilibrio de las cargas públicas. Por esto, es importante determinar cuándo es una actividad peligrosa, como aquellas

que pueden causar un potencial peligro de daño, que no se está en condiciones de soportar.

(Tamayo, 1995, p 40) afirma:

Peligrosa es toda actividad, que una vez desplegada, su estructura o 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.

Es importante aclarar que la naturaleza peligrosa se refiere a la actividad petrolera, y no a la contaminación del medio ambiente; por ello, si la contaminación es consecuencia de la actividad peligrosa el régimen aplicable sería el objetivo, de lo contrario, si la actividad no es considerada peligrosa existiría un régimen subjetivo.

(Gaviria, 1995) Magistrado Corte Constitucional afirma:

Sustancia peligrosa es todas aquellas que no pudiendo ser manejadas en forma apropiada resulten lesivas de derechos fundamentales como la salud, vida e integridad física de las personas, el medio ambiente o cualquier, otro.

Una vez propuesto lo anterior, en el caso objeto de investigación se identifican dos fuentes de riesgo: el petróleo y la actividad petrolera (tratamiento y explotación), reafirmando la naturaleza peligrosa y la aplicabilidad del título de imputación de riesgo excepcional, siempre y cuando sea imputable. En este orden de ideas, es indispensable que el Estado propenda por un sistema adecuado de prevención y responsabilidad con base al principio básico de sostenimiento ambiental en el caso de los derrames de petróleo y fundamentarse el deber reparatorio en la teoría del riesgo excepcional, de carácter objetivo en materia ambiental cuando se ejerce una actividad peligrosa. Tratándose de actividades como el medio ambiente y la actividad petrolera, merecen un régimen adecuado, en la medida que merece especial protección del estado, como lo es la actividad petrolera como función propia del Estado.

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA: ARTÍCULO 140 LEY 1437 DE 2011

Es una acción típicamente indemnizatoria, no derivada de la ilegalidad de los actos administrativos, fundamentalmente derivada de la responsabilidad extracontractual del estado por fuera de los contratos. Se deriva de hechos, omisiones, operaciones administrativas, ocupación de inmuebles por trabajos públicos y vías de hecho.

(Arias, 2013, p 137) afirma:

El medio de control de reparación directa tiene la misma naturaleza reparatoria que el de nulidad y restablecimiento del derecho, pero no es esta sino la causa del daño, la que la diferencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por lo tanto, es una acción indemnizatoria en la medida que busca el resarcimiento de perjuicios que normalmente causa la administración con sus actuaciones, es una acción particular, porque quienes pueden instaurarla son los perjudicados, a quienes se les ha vulnerado un derecho subjetivo. Se limita la intervención de terceros ya que deben demostrar algún interés y su término de caducidad es de dos años.

El fallo en este medio de control es inter-partes porque la acción es eminentemente patrimonial, y por ello se puede desistir porque el titular es el afectado en su derecho subjetivo, en la medida en que no hay protección de legalidad, toda vez que se refiere a la responsabilidad extracontractual, es decir se buscan las indemnizaciones por fuera de los contratos o diferentes a estos.

CONCLUSIONES

La responsabilidad del Estado por derrames petroleros se fundamenta en la obligación Constitucional de proteger el medio ambiente y los derechos colectivos y en el bloque de constitucionalidad, que cobran realce en la reparación del daño ambiental para su imputación.

Ciertamente, la responsabilidad del Estado por derrames de petróleo se sustenta objetivamente en la teoría del riesgo excepcional, teniendo en

cuenta la peligrosidad de la actividad y el fundamento reparatorio en materia ambiental. Sin embargo, a pesar de la naturaleza objetiva de la responsabilidad deben estructurarse los elementos de la responsabilidad, a saber: daño, imputación y antijuridicidad. Si alguno de esta falta, se rompe el nexo causal, no habiendo lugar a la declaratoria de la responsabilidad estatal.

La imputabilidad es una condición sine qua non para la declaratoria de la responsabilidad, pues solo responderá por los daños atribuibles física o jurídicamente, y que dicho daño imputable sea antijurídico.

La responsabilidad del Estado por actividad petrolera admite eximentes de responsabilidad fundamentado en la causa extraña, aclarando que el caso fortuito no exonera a la administración pues no constituye causa extraña, al igual que las cláusulas de indemnidad en los contratos de asociación petrolera, que serán inoponibles ante terceros. La naturaleza peligrosa se refiere a la actividad petrolera, y no a la contaminación del medio ambiente; por ello, si la contaminación es consecuencia de la actividad peligrosa el régimen aplicable sería el objetivo, de lo contrario, si la actividad no es considerada peligrosa existiría un régimen subjetivo.

En el caso objeto de investigación se identifican dos fuentes de riesgo: el petróleo y la actividad petrolera (tratamiento y explotación), reafirmando la naturaleza peligrosa y la aplicabilidad del título de imputación de riesgo excepcional, siempre y cuando sea imputable. Es indispensable que el Estado propenda por un sistema adecuado de prevención y responsabilidad con base al principio básico de sostenimiento ambiental en el caso de los derrames de petróleo y fundamentarse el deber reparatorio en la teoría del riesgo excepcional, de carácter objetivo en materia ambiental cuando se ejerce una actividad peligrosa.

Tratándose de actividades como el medio ambiente y la actividad petrolera, merecen un régimen adecuado, en la medida que merece especial protección del estado, como lo es la actividad petrolera como función propia del estado.

Finalmente, se deben poner en funcionamiento elementos, instrumentos, herramientas jurídicas y económicas, propendiendo por un sistema de prevención y responsabilidad para la actividad petrolera.

REFERENCIAS

Arias, Fernando (2013). Estudios de derecho procesal administrativo. 1ª ed. Bogotá: Ibáñez. 137 pp.

Bolonia, Claudia. Los tres peores derrames de petróleo de la historia. (2010). Disponible en Internet: http://lareserva.com/home/peores_derrames_petroleo Consultado 01.01.2015.

Carrillo, Jesús María. (1997) Consejero Ponente Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Junio Veinticinco de 1997, Radicación Número: 10504.

Colombia. Congreso de la Republica. (1873). Código Civil Colombiano. Bogotá, art 23, 41.

Colombia. Congreso de la Republica. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Art 2, 8, 49, 58, 67, 79, 80, 88, 95 núm. 8, 215, 267, 332, 333, 366, 209, 230, 4, 9, 93, 94, 214 numeral 2, 53 y 102, 90, 203.

Drnas de Clément Zlata. Fuentes formales del Derecho Internacional del Medio Ambiente. (2011). Disponible en Internet: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/fuentes-del-derecho-internacional-del-medio>. Consultado 03.16.2015.

Gaviria, Carlos. (1995). Magistrado Corte Constitucional. Sentencia C-771 10 diciembre.

Celorrio, Ignacio. El camino hacia la responsabilidad global del estado. (2000). Disponible en Internet: www.juridicas.unam.mx. Consultado 04.20.2015.

Colombia. Congreso de la Republica. (1998) Bogotá, Ley 489 de 1998.

Colombia. Congreso de la Republica, (1993) Bogotá, Ley 99 de 1993.

Colombia. Congreso de la Republica. (2011) Bogotá, Ley 1437 de 2011.

Molina, Carlos. Antecedentes y fundamento constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado. (2010). Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estlib/resulib.htm?m=F> Consultado 03.16.2015.

Arango, Mónica. El Bloque De Constitucionalidad En La Jurisprudencia De La Corte Constitucional Colombiana. (2004). Disponible en Internet: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>) Consultado 05.05.2015.

Nullvalue, Diego. Contaminación por derrames de petróleo. (1997). Disponible en Internet: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-555907> Consultado 05.05.2015.

Rodríguez, Libardo. (2013). Derecho administrativo general y colombiano. Decimoctava edición. Bogotá: Temis. 67 pp.

Sick Slicks, Steve. Counting Down The 13 Worst Oil Spills. Web & Ecoist. Disponible en Internet: <http://webecoist.momtastic.com/2010/05/04/sick-slicks-counting-down-the-13-worst-oil-spills> Consultado 05.05.2015.

Tamayo, Jaramillo. (1996). El daño antijurídico y las actividades peligrosas. Bogotá: Temis. 45 pp.

Ttamayo Jaramillo. (1995). De la responsabilidad civil. Bogotá: Temis. 40 pp.

Younes, Diego. (2013). Derecho administrativo laboral. Bogotá: Temis. 1 pp.