



3. Despacho del Viceministro Técnico

Honorable Congresista
ALFREDO RAFAEL DELUQUE ZULETA
Presidente Comisión Primera Constitucional Permanente
Cámara de Representantes
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 No. 8 – 68
Ciudad



Radicado: 2-2020-044898

Bogotá D.C., 9 de septiembre de 2020 16:03

Radicado entrada
No. Expediente 40143/2020/OFI

Asunto: Consideraciones al informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No. 013 de 2020 Cámara “Por medio del cual se crea el delito de Fracking en la Ley 599 del 2000”

Respetado Presidente:

De manera atenta, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presenta los comentarios y consideraciones al informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley del asunto, en los siguientes términos:

El Proyecto de Ley, de iniciativa parlamentaria, tiene por objeto crear el delito de Fracking en el Código Penal colombiano, para tal efecto, se adiciona un artículo al Título XI, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” de la Ley 599 del 2000, con el fin de introducir un nuevo tipo penal, para poder sancionar penalmente actividades que generan un impacto negativo sobre los recursos naturales y el medio ambiente.

En ese sentido, para el estudio adecuado del texto propuesto, es pertinente hacer algunas consideraciones generales sobre los derechos ambientales y la facultad sancionatoria del Estado, y posteriormente, realizar aclaraciones específicas sobre el articulado para efectos de analizar el impacto fiscal y la conveniencia de la iniciativa bajo examen.

1. Consideraciones generales.

1.1. Balance entre los derechos económicos ambientales y sociales.

La Constitución Política de 1991 dispone en sus artículos 79 y 80, como deber del Estado (i) proteger la diversidad e integridad del ambiente, (ii) conservar las áreas de especial importancia ecológica con el fin de garantizar el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, y (iii) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, debiendo prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental.

En esa medida, para el diseño de instrumentos que propenden por la mitigación y adaptación del cambio climático, la reducción de la contaminación ambiental y la protección y conservación de los recursos naturales, en aras de lograr la materialización de los derechos económicos, ambientales y sociales, es necesaria la articulación con criterios de crecimiento y desarrollo económico.

Por lo tanto, el balance de estos dos pilares, por un lado, el crecimiento y desarrollo económico, y por otro, la lucha contra el cambio climático y la protección de los recursos naturales, constituye la premisa sobre la que se debería estructurar el accionar del Estado. Al respecto, la Corte Constitucional¹ en sentencia SU-095 de 2018 define el desarrollo sostenible de la siguiente manera:

“8. Desarrollo sostenible. Equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y la protección ambiental, bajo el supuesto de que las actuaciones presentes deben asegurar la posibilidad de aprovechamiento de los recursos en el porvenir, como un derecho de los ciudadanos y como un deber del Estado, en el sentido de que éste debe propugnar por “un desarrollo sin un aumento en el consumo de recursos que supere la capacidad de carga del medio ambiente.”

El desarrollo sostenible permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas propias, y además como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para que haya desarrollo sostenible se deben garantizar las necesidades esenciales de los sectores más vulnerables de la población:

“(…) Esto implica que para la satisfacción de las necesidades actuales, debe efectuarse un ejercicio de planificación económica y de asunción de responsabilidad en materia ambiental en el modelo de desarrollo. Especial énfasis se ha puesto en la necesidad de garantizar las necesidades esenciales de los sectores menos favorecidos de la población; acento que, conforme lo ha establecido esta Corporación, se hace más importante en países como los nuestros, donde la pobreza mayoritaria está unida a la escasez, pues no habrá desarrollo sostenible mientras casi la mitad de la población viva en niveles de extrema pobreza”².

La Corte Constitucional en reiteradas sentencias ha señalado que el desarrollo sostenible tiene cuatro dimensiones: *“(i) la sostenibilidad ecológica, que exige que el desarrollo sea compatible con el mantenimiento de la diversidad biológica y los recursos biológicos, (ii) la sostenibilidad social, que pretende que el desarrollo eleve el control que la gente tiene sobre sus vidas y se mantenga la identidad de la comunidad, (iii) la sostenibilidad cultural, que exige que el desarrollo sea compatible con la cultura y los valores de los pueblos afectados, y (iv) la sostenibilidad económica, que pretende que el desarrollo sea económicamente eficiente y sea equitativo dentro y entre generaciones.”* Por lo tanto, el desarrollo sostenible debe propender por un equilibrio entre la libertad económica, el bienestar social y la preservación de los recursos naturales, con el fin de evitar que en abstracto uno prevalezca sobre el otro, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución Política³.

1.2. El ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado.

¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-095/2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

² Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2017. MP. Diana Fajardo Rivera

³ Sentencia T-574 del 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras, T-348 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt, T-606 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palaci y Sentencia C-644 de 2017. MP. Diana Fajardo Rivera.

La Corte Constitucional ha sostenido que “(...) *el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio*”⁴.

Teniendo en cuenta el principio de última ratio en materia penal, para la protección de los derechos ambientales en el marco constitucional, se han identificado diferentes mecanismos para propiciar un cambio de comportamiento de los diversos agentes. En materia de gestión y política ambiental, los instrumentos más utilizados internacionalmente se pueden agrupar en las siguientes categorías⁵:

- a. De comando y control: son de carácter regulatorio y establecen estándares o límites específicos que los distintos agentes deben cumplir.
- b. Económicos: se basan en la utilización de incentivos económicos o de mercado para generar los comportamientos deseados.
- c. De educación e información: buscan educar e informar a los diferentes actores de la sociedad sobre aspectos relevantes del medio ambiente, (como conductas ambientalmente beneficiosas o dañinas, efectos de la contaminación y los beneficios de la conservación, entre otros), y,
- d. Voluntarios: son aquellos implementados por los sectores productivos, en los cuales, a través de acuerdos, elevan la protección del medio ambiente por sobre los niveles establecidos en las normas o estándares establecidos regulatoriamente.

Por lo anterior, siendo la criminalización de un comportamiento humano la última de las decisiones que debe adoptar el Estado, es importante evaluar (i) la necesidad de crear sanciones penales para prevenir conductas que atenten contra del medio ambiente, (ii) la posibilidad de modificar las conductas que pueden perjudicar el medio ambiente a través de otros mecanismos sancionatorios, y (iii) la posibilidad de generar incentivos para la protección de los recursos naturales.

2. Consideraciones específicas.

2.1. Comentarios frente a las actividades de explotación y aprovechamiento del suelo o del subsuelo a través del método de fractura hidráulica.

El artículo 1º de la iniciativa en estudio, pretende adicionar el artículo 338A a la Ley 599 de 2000 (Código Penal), así:

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-365/12. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁵ CEPAL. (2015). Guía Metodológica: Instrumentos económicos para la gestión ambiental. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

“ARTÍCULO 338A. Fracking. *El que realice actividades de sísmica, exploración, explotación o aprovechamiento del suelo o del subsuelo a través del método de fracturación hidráulica, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y cuatro (134) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando con la conducta se destruya, inutilice o haga desaparecer el suelo, subsuelo o sus recursos naturales o altere o destruya acuíferos.”*

La tipificación de esta conducta como un delito con la correspondiente asignación de la pena o sanción descrita, conlleva a un análisis jurídico-fiscal de este tipo de actividades en la actualidad, y además permite evidenciar aspectos macroeconómicos relevantes que, sin duda alguna, inciden en la toma de decisiones del Estado colombiano.

2.1.1. Análisis de la norma propuesta.

Sea lo primero decir que, la creación de este tipo de delitos no puede estar asociado con el aprovechamiento de los recursos, o una técnica específica, sino que esté relacionado con el daño ambiental que pueda producirse. Así las cosas, la tipificación del uso fuera de las normas de protección de los recursos naturales debería ser tipificado, pero no la actividad en sí misma.

Asimismo, en virtud del principio de libertad económica, no debería tipificarse una expresión de realización de una actividad, sino las consecuencias negativas en el ambiente que estas pudieran traer. Además, se recomienda dar cumplimiento al principio de proporcionalidad en materia penal, del cual se desprende que no todos los delitos ambientales deberían ser llevados a prisión.

Por otra parte, es importante señalar que, según lo consignado en el Marco Fiscal de Mediano Plazo 2019 “(...) *la fracturación hidráulica es una solución en el mediano plazo para garantizar la autosuficiencia energética en materia de crudo y gas en Colombia. Esta puede traer consigo impactos positivos sobre la economía del país y el desarrollo sostenible de las regiones, siempre y cuando se realice de acuerdo a la normatividad vigente y se dé una ejecución responsable de la actividad, que permita anticipar y mitigar posibles externalidades negativas*”⁶.

2.1.2. Análisis macroeconómico sobre la inclusión de actividades de explotación y aprovechamiento del suelo y subsuelo con el método de fractura hidráulica.

El sector de hidrocarburos es una importante fuente de recursos fiscales para el país y las entidades territoriales, a la vez que es una actividad económica relevante en términos de valor agregado y participación en las exportaciones del país. El sector de extracción de crudo se destaca por ser uno de los sectores más intensivos en capital y con mayor participación en el PIB nacional, contando con una participación de 3,4% del PIB en 2019. Adicionalmente, este sector tiene una importancia considerable dentro de las exportaciones del país. De manera ilustrativa, las exportaciones de petróleo y sus derivados han representado, en promedio entre 2015-2019, el 35% de las exportaciones totales del país.

Por otro lado, el sector petrolero ha representado una fuente de ingresos importante para la Nación, permitiendo mejorar los niveles de inversión pública y la sostenibilidad de las finanzas públicas. En primer lugar, la participación de

⁶ Referencia. Marco Fiscal de Mediano Plazo 2019: http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-104084%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

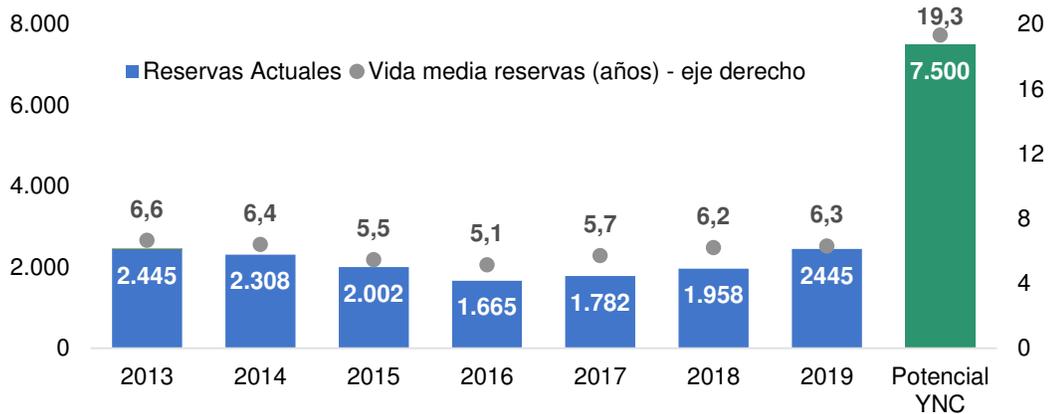
los ingresos petroleros sobre los ingresos del GNC fue en promedio aproximadamente 10% entre 2002-2019. En particular, los ingresos petroleros alcanzaron 3,5% del PIB en 2013, lo que representó una participación de 20% en los ingresos totales del GNC. Igualmente, el sector de hidrocarburos es la fuente principal de ingresos del Sistema General de Regalías (SGR), aportando cerca del 80% del total de ingresos, con un recaudo acumulado del Sistema desde 2012 y hasta 2019 que alcanzó los \$67 billones, mostrando un recaudo promedio de \$8,3 billones cada año (0,8% del PIB de 2019), recursos que han representado una fuente importante para financiar los proyectos de inversión de las entidades territoriales.

En suma, el sector de hidrocarburos es una importante fuente de recursos fiscales para el país y las entidades territoriales, a la vez que es una actividad económica relevante en términos de valor agregado y participación en las exportaciones del país.

Uno de los desafíos que enfrenta Colombia en la actualidad es el de garantizar la seguridad y autosuficiencia energética del país, pues las reservas de hidrocarburos y gas han venido declinando consecutivamente y tienen un alcance limitado. Mientras que en 2013 las reservas remanentes de crudo se situaban en 2,445 MBPD, en 2019 las reservas remanentes se redujeron en 17% (2,036 MBPD). En este sentido, de acuerdo al Informe de Recursos y Reservas de la ANH, las reservas actuales de crudo se agotarían en el término de los próximos 6,3 años y las de gas se agotarían en 8 años, lo que implicaría importantes riesgos para la estabilidad macroeconómica del país, pues se perderían importantes recursos fiscales y el aporte económico del sector representado en ingresos por exportaciones e inversión extranjera directa.

En este sentido, es preciso explorar e identificar métodos de incorporación de recursos en el corto y mediano plazo. Uno de estos métodos es la explotación de yacimientos no convencionales (YNC) mediante fracturación hidráulica, mejor conocido como “fracking”. Puntualmente, se estima un potencial adicional de reservas de alrededor de 7,500 millones (U.S. Energy Information Administration, 2015), es decir que estas reservas por lo menos triplicarían las reservas actuales, extendiendo así la autosuficiencia energética de Colombia en el orden de 19 años. (Gráfico 1):

Gráfico 1: Reservas de Hidrocarburos y Vida media de las reservas.

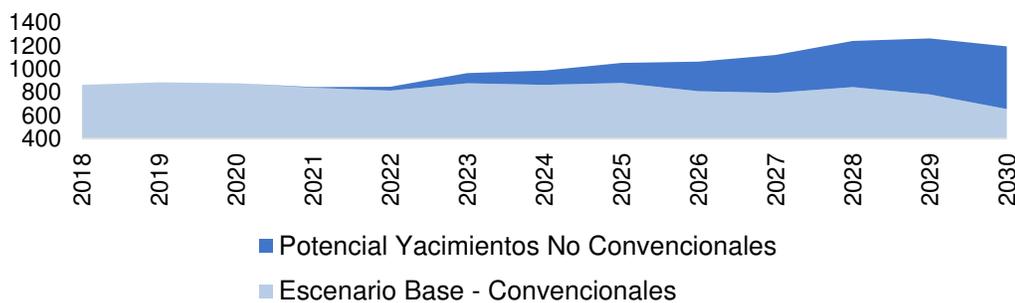


Fuente: Ecopetrol, EIA, Asociación Colombiana de Petróleo. Para el potencial de YNC se tomó el promedio de las proyecciones realizadas por agencias especializadas (EIA).

En Colombia existen diferentes zonas con potencial de yacimientos no convencionales, en particular, las cuencas del Valle Medio del Magdalena (VMM) y Cesar-Ranchería presentan las mejores condiciones para el desarrollo de la actividad. Esto abarca cerca de 6 departamentos del país (Antioquia, Bolívar, Santander, Norte de Santander, Cesar) y más de 20 municipios. No obstante, en otras zonas del país, al menos en 7 cuencas, también existe un importante potencial tanto en petróleo como gas.

En el mediano plazo (alrededor del año 2030), la producción de YNC podría alcanzar niveles cercanos a los 550 mil barriles por día. En este sentido, dado el declive natural en la producción de los actuales campos, la producción de YNC supliría esta deficiencia, representando cerca del 45% de la producción total en el 2030, la cual podría ubicarse en niveles superiores al millón de barriles por día (Gráfico 2):

Gráfico 2: Proyección de producción de crudo (KBPD)



Fuente: Cálculos propios MHCP; ANH, ACP. Información correspondiente a la del Marco Fiscal de Mediano Plazo 2019.

Es importante recalcar los posibles efectos macroeconómicos que tendría la explotación de todo el potencial de YNC de Colombia en términos de empleo, crecimiento e inversión extranjera. En primer lugar, el desarrollo de YNC implicaría un aumento en las exportaciones del orden de USD 17 mil millones, el 40,6% del total de las exportaciones en 2018. Además, se podrían obtener flujos de inversión extranjera directa del orden de USD 5 mil millones de acuerdo con el documento final de la Comisión Interdisciplinaria Independiente para estudiar el tema que adelantó el Ministerio de Minas y Energía de 2019⁷. Por otra parte, la Comisión de Expertos destaca que la producción de YNC impactaría positivamente el desarrollo económico y social de las regiones. En principio, se estima la creación de 35 mil nuevos empleos durante la etapa de explotación (cerca de 30 años). Esto como consecuencia de la mayor demanda por mano de obra y el encadenamiento productivo con otros sectores, especialmente con el sector agrícola y de transporte.

En términos del ingreso tributario y de regalías provenientes de YNC, el valor presente neto⁸ de los ingresos correspondientes al potencial de los 7,500 barriles de petróleo por día (KBPD) ascienden a \$434 billones, alrededor de 40,1% del PIB⁹ de Colombia en 2019. De esta forma, con el aumento en los ingresos de las regiones por regalías, se espera un mayor porcentaje de inversión en infraestructura, salud, educación y sanidad, lo cual en últimas genera un mayor impacto en el crecimiento económico y empleo de las regiones (Comisión Interdisciplinaria Independiente, 2019).

⁷ Informe sobre efectos ambientales (bióticos, físicos y sociales) y económicos de la exploración de hidrocarburos en áreas con posible despliegue de técnicas de fracturamiento hidráulico de roca generadora mediante perforación horizontal.

⁸ Valores constantes de 2020.

⁹ Se toma con referencia el PIB nominal de 2019.

En suma, la fracturación hidráulica permitiría en el mediano plazo garantizar la autosuficiencia energética en materia de crudo y gas en Colombia. Esta puede traer consigo impactos positivos sobre la economía del país y el desarrollo sostenible de las regiones, siempre y cuando, se realice de acuerdo a la normatividad y haya una ejecución responsable de la actividad que permita anticipar y mitigar posibles externalidades negativas. Por esta razón, cualquier limitación o restricción a la actividad afectaría negativamente la inversión pública y el desarrollo económico de las regiones.

Finalmente, se hace necesario tener en cuenta por parte del Congreso de la República el pronunciamiento que haga el Ministerio de Minas y Energía sobre las implicaciones a futuro que tendría esta norma, por ser esta entidad la encargada de la política pública en la materia y la rectora del sector energético.

3. Consideraciones finales.

En virtud de todo lo expuesto, esta Cartera Ministerial se abstiene de emitir concepto favorable y solicita el archivo de esta iniciativa al considerar que:

- (i) En los delitos ambientales no debe tipificarse la realización de una actividad, sino las consecuencias negativas que las actividades podrían producir;
- (ii) Si bien, a día de hoy no se están percibiendo ingresos provenientes de la fracturación hidráulica, el fracking es una solución en el mediano plazo para garantizar la autosuficiencia energética en materia de crudo y gas en Colombia;
- (iii) La configuración del fracking como delito ambiental, podría presentar una posible violación de la Constitución Política de Colombia, por cuanto la misma reconoce y permite la exploración y explotación de hidrocarburos en sus artículos 334, 360 y 361;

En todo caso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifiesta la disposición de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal vigente.

Atentamente,

JUAN PABLO ZÁRATE PERDOMO

Viceministro Técnico

DGPPN/VT/DGPM/OAJ
UJ-1107/2020

Proyectó: Santiago Cano Arias Revisó: Andrea del Pilar Suárez Pinto
Con copia a: Dra. Amparo Yaneth Calderón Perdomo – Secretaria de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes

Firmado digitalmente por: JUAN PABLO ZARATE PERDOMO

Viceministro Técnico

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

Atención al ciudadano (571) 6021270 - Línea Nacional: 01 8000 910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co