



La utilidad pública, expropiación y actividades extractivas

Rodrigo Negrete Montes

I. Utilidad pública o la forma de privilegiar actividades extractivas sobre derechos fundamentales

La utilidad pública, interés público, interés nacional, interés general, interés social, entre otros conceptos análogos del que algunas leyes han revestido a una serie de actividades sectoriales se ha traducido en la práctica en un supra poder, en virtud del cual se remueven los “obstáculos” que condicionan, limitan, restringen e incluso prohíben el desarrollo de proyectos, obras y actividades altamente impactantes en términos ambientales, sociales, culturales y económicos y que, en otras circunstancias, no podrían llevarse a cabo.

En el presente escrito se retomarán algunas de las consideraciones señaladas en el informe **“Utilidad Pública: la deformación de un concepto a costa del bien común”** que hace parte de esta publicación, y se hará énfasis en la ausencia de seguridad jurídica para las comunidades frente a las actividades extractivas, el Código de Minas como una normativa expedida a la medida de las empresas mineras y la sentencia C-619 de 2015 de la Corte Constitucional, mediante la cual se inhibió de pronunciarse sobre la constitucionalidad en contra del artículo 13 de la Ley 685 de 2001 –Código de Minas–.

En ese orden de ideas, debe señalarse que en Colombia el alcance y finalidad de la utilidad pública se ha desdibujado, al punto tal que esa declaratoria se ha convertido en una especie de *patente de corso*, en virtud de la cual se autorizan y amparan una serie de actividades altamente impactantes, generando desde un cambio en el régimen de propiedad estatal a la privada de bienes públicos y dejando a su paso graves procesos de destrucción de la naturaleza, despojo y desplazamiento de comunidades.



El cambio del régimen de propiedad de los minerales presentes en el subsuelo que conforme al artículo 332 constitucional son de propiedad del Estado¹, fue modificado en virtud de la suscripción de contratos de concesión minera, tal y como se señala en el artículo 15 del Código de Minas², donde se dispone –a pesar de su confusa redacción– que el título minero, además de generar el derecho a explorar y explotar minerales, permite la apropiación de los mismos.

A la exploración, explotación, apropiación de los minerales y la posibilidad de gravar con servidumbres los predios de terceros de que se encuentra revestido el titular minero, se suma la posibilidad de expropiar los predios que se estimen necesarios para el desarrollo de la actividad minera, según se dispone en el artículo 13 del referido Código de Minas, esto, bajo el supuesto de la utilidad pública de que está revestida la minería en todas sus fases.

En ese orden de ideas, en la legislación colombiana la expresión “utilidad pública” y otros conceptos análogos se encuentra prevista en la Constitución Política y en una serie de normas con alcance legal que, al regular actividades de carácter sectorial, señalan que las mismas se encuentran revestidas de dicho carácter.

En ese orden de ideas, encontramos que en el artículo 58 de la Constitución Política se dispone:

ARTICULO 58. (modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999). *Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.

1 ARTICULO 332. El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

2 ARTÍCULO 15. NATURALEZA DEL DERECHO DEL BENEFICIARIO. El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo anterior, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales “in situ” sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades.(Subrayado fuera de texto).

Sin pretender ser exhaustivos, debe señalarse que asociada a la utilidad pública, en el artículo transcrito se identifican los siguientes aspectos:

1. Garantía de la propiedad privada y demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles.
2. Los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por leyes posteriores
3. Ciertas leyes pueden ser expedidas por motivos de utilidad pública o interés social
4. Los conflictos resultantes de los derechos de los particulares frente a la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés, el interés privado deberá ceder al interés público o social.
5. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.
6. Las leyes expedidas por motivos de utilidad pública o de interés social, pueden a su vez señalar:
 - 6.1. Los motivos de utilidad pública o de interés social en virtud de las cuales puede haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.
 - 6.2. Los casos en que procede la expropiación por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa.

Conforme a lo anterior, la garantía de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, pueden, excepcionalmente ser desconocidos y vulnerados por leyes posteriores expedidas por motivos de utilidad pública o interés social, en cuyo caso, el interés privado, deberá ceder ante el interés general, de manera que la regla general establecida por el artículo 58 de la Carta superior, cuenta con una excepción, fijada en el mismo artículo.

Amparados en esa excepción constitucional, una serie de leyes de carácter sectorial han desdibujado la finalidad prevista en la Constitución Política y dispuesto que las actividades que son objeto de regulación, tales como los puertos, aeropuertos, vías, servicios públicos, generación y transmisión eléctrica, minería, hidrocarburos, etc, se encuentran revestidas del carácter de utilidad pública y en virtud de esa declaratoria, cuentan con la posibilidad de realizar negociación directa de los predios objeto de interés para el desarrollo de los proyectos y de la expropiación vía judicial o administrativa sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, si no se puede llevar a cabo la enajenación de los inmuebles.

Así mismo, debe señalarse que la declaratoria de utilidad pública se realiza tanto para la actividad de manera genérica, o para un proyecto particular y concreto o para la zona o predios que se requieren para el desarrollo de un proyecto. En ese sentido, en la Tabla 1 se citarán algunas de las normas sectoriales que contemplan la declaratoria de utilidad pública y la expropiación.

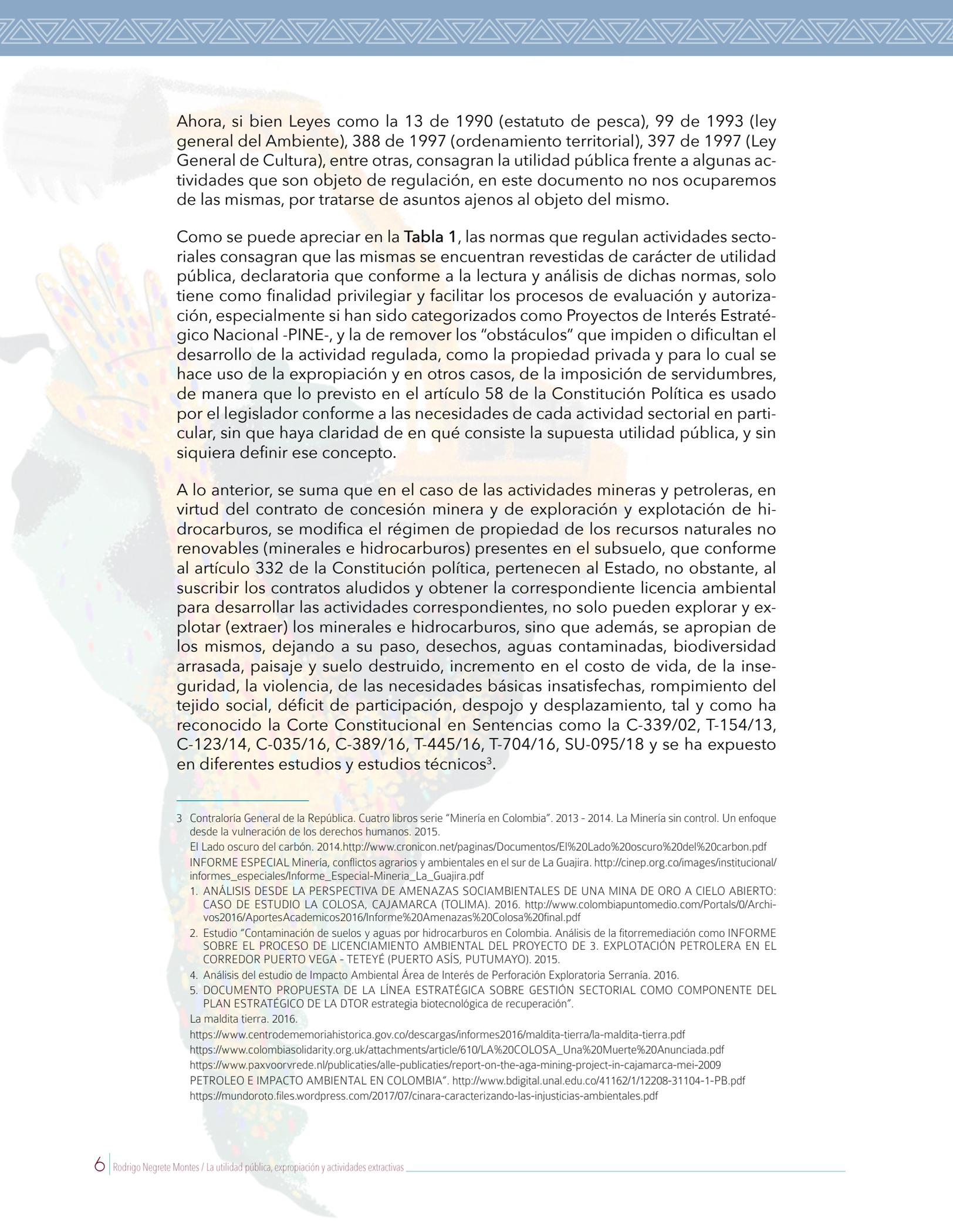
Tabla 1

Norma	Declaratoria	Expropiación	Comentarios
<p>Decreto 1056 de 1953 "Por el cual se expide el Código de Petróleos"</p>	<p>Artículo 4. Declárase de utilidad pública la industria del petróleo en sus ramas de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución. Por tanto, podrán decretarse por el Ministerio del ramo, a petición de parte legítimamente interesada, las expropiaciones necesarias para el ejercicio y desarrollo de tal industria.</p>	Judicial	El proceso se inicia en la vía administrativa a través del Ministerio de Minas y Energía.
<p>Ley 23 de 1973 Por el cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones.</p>	<p>Artículo 2. El medio ambiente es un patrimonio común; por lo tanto, su mejoramiento y conservación son actividades de utilidad pública, en las que deberán participar el Estado y los particulares. Para efectos de la presente Ley, se entenderá que el medio ambiente está constituido por la atmósfera y los recursos naturales renovables</p>	No establece procedimiento.	No existe desarrollo de esta declaratoria.
<p>Decreto ley 2811 de 1974 Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.</p>	<p>Artículo 1. El ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social. La preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social.</p>	En los artículos 196, 231 y 335 se hace referencia a la posibilidad de la expropiación para "Proteger las especies o individuos vegetales que corran peligro de extinción", "la adquisición de predios para la adquisición de predios para la ejecución de programas de plantaciones forestales protectoras productoras o protectoras y "Cuando sea necesario incorporar tierras o mejoras de propiedad privada en el sistema de parques nacionales".	No se establece procedimiento para la expropiación.
<p>Ley 56 de 1981 "Por la cual se dictan normas sobre obras públicas de generación eléctrica, y acueductos, sistemas de riego y otras y se regulan las expropiaciones y servidumbres de los bienes afectados por tales obras."</p>	<p>Artículo 9. A partir de la fecha de la resolución ejecutiva que declare de utilidad pública la zona de un proyecto, corresponderá a la entidad que en ella se señale como propietaria, la primera opción de compra de todos los inmuebles comprendidos en tal zona.(...).</p> <p>Artículo 16. Declárase de utilidad pública e interés social los planes, proyectos y ejecución de obras para la generación, transmisión, distribución de energía eléctrica, acueductos, riego, regulación de ríos y caudales, así como las zonas a ellos afectadas.</p>	Según el artículo 18, además del Ministerio de Minas, están facultadas para decretar la expropiación de los bienes o derechos que sean necesarios para el desarrollo de las actividades, los departamentos y los municipios, sus establecimientos públicos, sus empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta en las que la participación del Estado sea o exceda del 90% del capital y a las cuales esté asignada alguna o algunas de las actividades de generación, transmisión o distribución de energía. El procedimiento de expropiación se inicia en la vía administrativa y concluye con intervención judicial.	La declaratoria de utilidad pública se hace proyecto a proyecto por parte del Ministerio de Minas y Energía cuando se trate de la prestación del servicio público de generación, transmisión o distribución de energía.

Norma	Declaratoria	Expropiación	Comentarios
<p>Ley 1 de 1991 "Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones"</p>	<p>Artículo 1. Principios generales. (...) La creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta Ley, son de interés público.</p> <p>Artículo 16. Expropiación y aporte de terrenos aledaños Se declara de interés público la adquisición de los predios de propiedad privada necesarios para establecer puertos. (...)</p>	<p>La expropiación se puede llevar a cabo bajo un procedimiento mixto (administrativo y judicial).</p>	<p>Conforme al artículo 16 de la Ley 1 de 1991, se plantea la posibilidad de venta directa de los propietarios de los predios o del aporte de los mismos a la sociedad portuaria. En caso negativo, se podrá expedir un acto administrativo y ordenar la expropiación. El procedimiento implica la necesidad de presentar demanda de expropiación ante los Tribunales Administrativos.</p>
<p>Ley 142 de 1994 Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.</p>	<p>Artículo 56. Declaratoria de utilidad pública e interés social para la prestación de servicios públicos Declárase de utilidad pública e interés social la ejecución de obras para prestar los servicios públicos y la adquisición de espacios suficientes para garantizar la protección de las instalaciones respectivas. Con ambos propósitos podrán expropiarse bienes inmuebles.</p>	<p>De conformidad con el artículo 116, corresponde a las entidades territoriales, y a la Nación, cuando tengan la competencia para la prestación del servicio, determinar de manera particular y concreta si la expropiación de un bien se ajusta a los motivos de utilidad pública e interés social que consagra la ley, y producir los actos administrativos e impulsar los procesos judiciales a que haya lugar.</p>	<p>De acuerdo con el artículo 1, se consideran servicios públicos domiciliarios los de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural y según el artículo 4, todos los servicios públicos se consideran servicios públicos esenciales.</p>
<p>Ley 685 de 2001 Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones</p>	<p>Artículo 13. Utilidad pública. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto, podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo. La expropiación consagrada en este artículo, en ningún caso procederá sobre los bienes adquiridos, construidos o destinados por los beneficiarios de un título minero, para su exploración o explotación o para el ejercicio de sus correspondientes servidumbres.</p>	<p>De conformidad con el artículo 186, "Por ser la minería una actividad de utilidad pública e interés social, podrá solicitarse la expropiación de bienes inmuebles por naturaleza o adhesión permanente y de los demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean indispensables para las edificaciones e instalaciones propias de la infraestructura y montajes del proyecto minero, para la realización de la extracción o captación de los minerales en el periodo de explotación y para el ejercicio de las servidumbres correspondientes. Excepcionalmente también procederá la expropiación en beneficio de los trabajos exploratorios".</p>	<p>Según el artículo 192, una vez se decreta la expropiación por parte de la autoridad minera, el concesionario minero quedará facultado para instaurar el correspondiente juicio de expropiación.</p>



Foto: <http://extractivismoencolombia.org/carbones-del-cerrejon-miente-y-actua-de-manera-fraudulenta-frente-a-sentencia-judicial-y-respuesta-a-los-relatores-especiales-de-naciones-unidas/>



Ahora, si bien Leyes como la 13 de 1990 (estatuto de pesca), 99 de 1993 (ley general del Ambiente), 388 de 1997 (ordenamiento territorial), 397 de 1997 (Ley General de Cultura), entre otras, consagran la utilidad pública frente a algunas actividades que son objeto de regulación, en este documento no nos ocuparemos de las mismas, por tratarse de asuntos ajenos al objeto del mismo.

Como se puede apreciar en la **Tabla 1**, las normas que regulan actividades sectoriales consagran que las mismas se encuentran revestidas de carácter de utilidad pública, declaratoria que conforme a la lectura y análisis de dichas normas, solo tiene como finalidad privilegiar y facilitar los procesos de evaluación y autorización, especialmente si han sido categorizados como Proyectos de Interés Estratégico Nacional -PINE-, y la de remover los “obstáculos” que impiden o dificultan el desarrollo de la actividad regulada, como la propiedad privada y para lo cual se hace uso de la expropiación y en otros casos, de la imposición de servidumbres, de manera que lo previsto en el artículo 58 de la Constitución Política es usado por el legislador conforme a las necesidades de cada actividad sectorial en particular, sin que haya claridad de en qué consiste la supuesta utilidad pública, y sin siquiera definir ese concepto.

A lo anterior, se suma que en el caso de las actividades mineras y petroleras, en virtud del contrato de concesión minera y de exploración y explotación de hidrocarburos, se modifica el régimen de propiedad de los recursos naturales no renovables (minerales e hidrocarburos) presentes en el subsuelo, que conforme al artículo 332 de la Constitución política, pertenecen al Estado, no obstante, al suscribir los contratos aludidos y obtener la correspondiente licencia ambiental para desarrollar las actividades correspondientes, no solo pueden explorar y explotar (extraer) los minerales e hidrocarburos, sino que además, se apropian de los mismos, dejando a su paso, desechos, aguas contaminadas, biodiversidad arrasada, paisaje y suelo destruido, incremento en el costo de vida, de la inseguridad, la violencia, de las necesidades básicas insatisfechas, rompimiento del tejido social, déficit de participación, despojo y desplazamiento, tal y como ha reconocido la Corte Constitucional en Sentencias como la C-339/02, T-154/13, C-123/14, C-035/16, C-389/16, T-445/16, T-704/16, SU-095/18 y se ha expuesto en diferentes estudios y estudios técnicos³.

3 Contraloría General de la República. Cuatro libros serie “Minería en Colombia”. 2013 - 2014. La Minería sin control. Un enfoque desde la vulneración de los derechos humanos. 2015.

El Lado oscuro del carbón. 2014. <http://www.cronicon.net/paginas/Documentos/El%20Lado%20oscuro%20del%20carbon.pdf>
INFORME ESPECIAL Minería, conflictos agrarios y ambientales en el sur de La Guajira. http://cinep.org.co/images/institucional/informes_especiales/Informe_Especial-Mineria_La_Guajira.pdf

1. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE AMENAZAS SOCIALES DE UNA MINA DE ORO A CIELO ABIERTO: CASO DE ESTUDIO LA COLOSA, CAJAMARCA (TOLIMA). 2016. <http://www.colombiapuntomedio.com/Portals/0/Archivos2016/AportesAcademicos2016/Informe%20Amenazas%20Colosa%20final.pdf>

2. Estudio “Contaminación de suelos y aguas por hidrocarburos en Colombia. Análisis de la fitorremediación como INFORME SOBRE EL PROCESO DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL DEL PROYECTO DE 3. EXPLOTACIÓN PETROLERA EN EL CORREDOR PUERTO VEGA - TETEYÉ (PUERTO ASÍS, PUTUMAYO). 2015.

4. Análisis del estudio de Impacto Ambiental Área de Interés de Perforación Exploratoria Serranía. 2016.

5. DOCUMENTO PROPUESTA DE LA LÍNEA ESTRATÉGICA SOBRE GESTIÓN SECTORIAL COMO COMPONENTE DEL PLAN ESTRATÉGICO DE LA DTOR estrategia biotecnológica de recuperación”.

La maldita tierra. 2016.

<https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2016/maldita-tierra/la-maldita-tierra.pdf>

https://www.colombiasolidarity.org.uk/attachments/article/610/LA%20COLOSA_Una%20Muerte%20Anunciada.pdf

<https://www.paxvoorvrede.nl/publicaties/alle-publicaties/report-on-the-aga-mining-project-in-cajamarca-mei-2009>

PETROLEO E IMPACTO AMBIENTAL EN COLOMBIA”. <http://www.bdigital.unal.edu.co/41162/1/12208-31104-1-PB.pdf>

<https://mundoroto.files.wordpress.com/2017/07/cinara-caracterizando-las-injusticias-ambientales.pdf>

A cambio de apropiarse de los minerales, del crudo y del gas yacentes en el subsuelo, las empresas pagan una contraprestación, denominada regalías, que son objeto de serios cuestionamientos por los bajos valores que cancelan y por las deducciones tributarias de que son beneficiarias las empresas a que se dedican a estas actividades.

Las actividades mineras y petroleras afectan de manera grave e irreversible la estructura ecológica principal, en sus componentes de suelo, agua, biodiversidad, paisaje, aire e inciden negativamente en el cambio climático y en la generación de riesgos, tanto a las vidas humanas, como a la infraestructura vial y de servicios públicos de los municipios y en virtud de la declaratoria de utilidad pública, generan procesos de despojo y desplazamiento de comunidades, en virtud de la posibilidad con que cuentan de expropiar a los propietarios que no deseen enajenar sus predios.

Sobre este último aspecto, llama la atención que conforme al artículo 188 del Código de Minas, los bienes inmuebles no expropiables, son aquellos “*adquiridos o destinados para el ejercicio de otros títulos mineros vigentes*”.

Es preciso señalar que desde el año 2011, la Corte Constitucional ha conminado al Congreso para que reforme el Código de Minas y en particular, le ha solicitado que expida una ley orgánica, mediante la cual establezca el procedimiento para la aplicación de los principios de coordinación y concurrencia (Sentencias C-366/11, C-123/14, SU-095/18, C-053/19, T-342/19, entre otras) y una ley estatutaria que garantice la participación activa y eficaz de la ciudadanía (Sentencia C-389/16), no obstante, a la fecha, el Congreso no lo ha hecho, situación que no obstante, no ha impedido que se continúen suscribiendo contratos de concesión minera.



Foto: <http://extractivismoencolombia.org/colombia-los-desafios-la-construccion-la-paz-pais-extractivista/>

En ese sentido, el derecho a la vivienda digna, a la tranquilidad, participación, incluso a la salud y a la vida se ven seriamente afectados en las “zonas mineras” y petroleras, por cuanto los habitantes del territorio, tienen que ceder sus derechos para que las corporaciones extractivas, desarrollen sus actividades. Al respecto, surgen interrogantes:

- *¿Por qué la seguridad jurídica se pregona para las empresas extractivas y no para las comunidades locales, los pueblos originarios, campesinado, afrocolombianos?*
- *¿La utilidad pública prevista en la Constitución Política se traduce en la posibilidad de expropiar, despojar y desplazar comunidades de su territorio?*
- *En la ponderación de derechos que debe realizar el Estado para cumplir con sus fines esenciales, ¿por qué razón prima la libre empresa sobre derechos fundamentales como la vida, la vivienda digna, la integridad, la tranquilidad?*
- *¿La función social de la propiedad se reduce a desplazarse para que se desarrollen actividades extractivas, porque las leyes que las regulan estiman que son de utilidad pública? ¿y la función ecológica de la propiedad?*
- *¿La licencia ambiental genera las garantías suficientes para lograr el equilibrio entre el desarrollo de proyectos mineros y petroleros, la conservación ambiental y los derechos de las comunidades?*

Al final, justificándose en el artículo 58 de la Constitución Política, el Estado colombiano ha formulado una serie de políticas, expedido leyes y reglamentos promovido planes, programas y proyectos dirigidos a garantizar la seguridad jurídica y la confianza inversionista de las empresas que desarrollan actividades extractivas, por encima de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio, que son al final de cuentas, quienes tienen que salir, vender o ser expropiados para que se ejecuten proyectos mineros, petroleros y todos los demás que tienen el carácter de utilidad pública, a lo que se suma la destrucción del entorno natural y social.



Foto: <https://extractivismoencolombia.org/comunicado-a-la-opinion-publica-sobre-accion-de-utilidad-a-la-licencia-ambiental-de-errejon/>

De conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política, ninguna autoridad podrá establecer ni exigir, permisos, licencias o requisitos adicionales para la procedencia de las propuestas o para la expedición, perfeccionamiento y ejercicio del título minero, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.

En ese orden de ideas, en el Código de Minas se establecen regulaciones que tienen que ver con los diferentes aspectos que se relacionan con la minería, pero que no necesariamente son mineros, ni tendrán porque ser regulados en la norma minera, al punto de incluir disposiciones de carácter ambiental⁴, ordenamiento territorial, arqueológicos, étnicos, contratación estatal, penales, de policía, tributarias, mientras que para el desarrollo de otras actividades, se debe acudir a las regulaciones particulares de cada tema. Así, por ejemplo, encontramos las siguientes disposiciones:

Artículo	Asuntos	Comentarios
Artículo 34. Zonas excluibles de la minería.	Ambiental	La Ley 1450 de 2011, sumó los ecosistemas de páramo, áreas de reserva forestal protectoras, los manglares, arrecifes coralinos y praderas de pastos marinos.
Artículo 35. Zonas de minería restringida.	Ambiental, territorial, mares y costas, construcciones rurales, patrimonio arqueológico, playas, zonas de bajar-mar, obras públicas, servicio público, étnico.	
Artículo 37. Prohibición legal.	Ordenamiento territorial	Declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-273/16, por violar la reserva de ley orgánica de ordenamiento territorial
Artículo 38. Ordenamiento Territorial.	Ordenamiento territorial	
Artículo 53. Leyes de Contratación Estatal.	Contratación Estatal.	
Artículos 121 a 136. Zonas mineras étnicas	Étnicos	Excluye la posibilidad de la consulta previa y la obtención del consentimiento libre previo e informado para la declaratoria de zonas mineras étnicas y la titulación minera al interior de los resguardos y a pesar de que la Corte Constitucional señaló la exigibilidad de este derecho en las Sentencias C-418 de 2002, C-891 de 2002 y C-389 de 2016, no se cumple con el mismo.
Artículos 137 a 151. Minería marina	Marinos	
Artículos 159 a 165. Exploración y explotación ilícita	Penales y de policía	

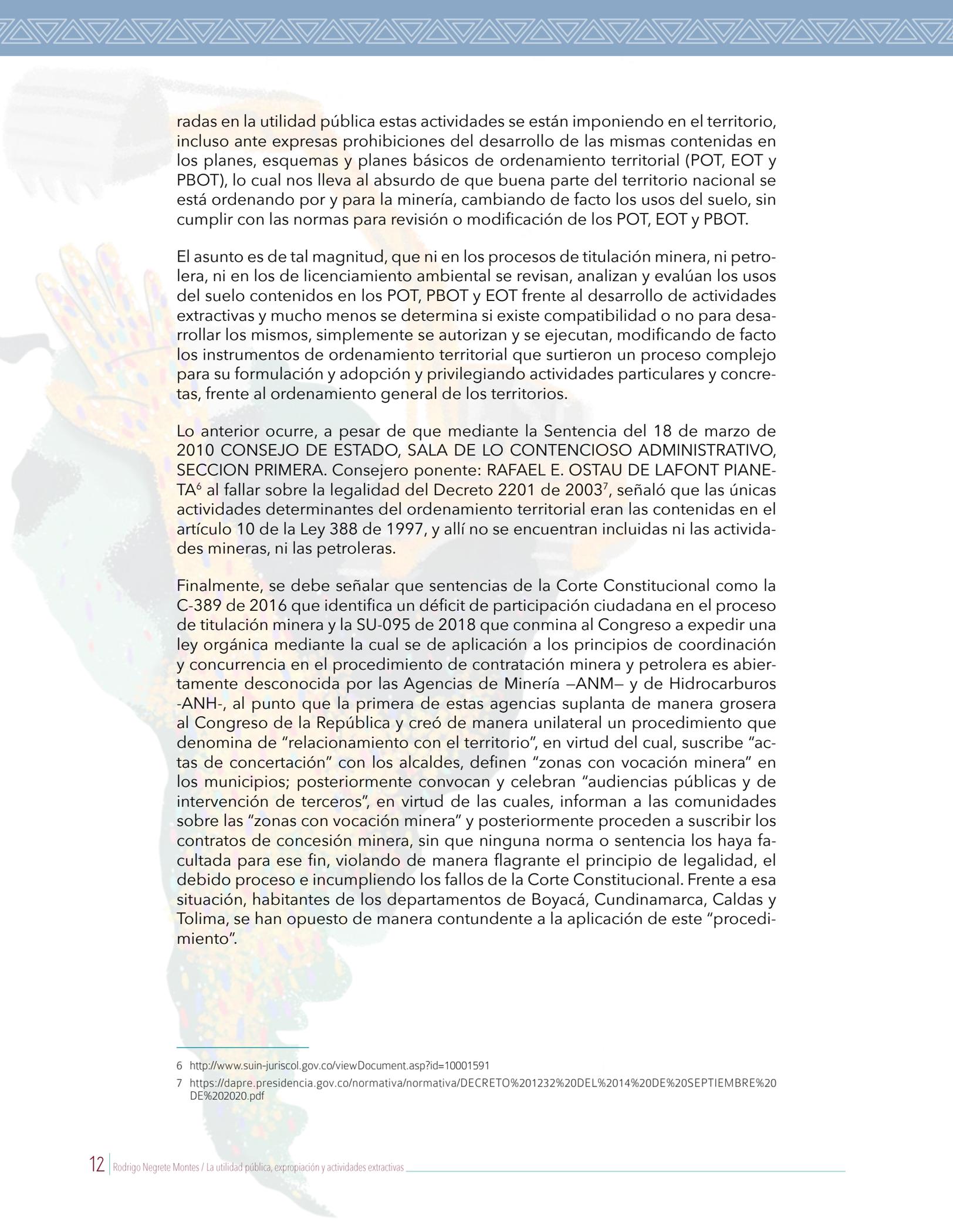
⁴ Se destaca que mediante la Ley 1382 de 2010, se derogaron los artículos 190, 191, 203, 211, 213, 215, 282, 292, 298 y 316 por tratarse de asunto del resorte de normas ambientales, no obstante, la Corte Constitucional declaró inexecutable dicha norma, mediante la Sentencia C-366/11.

Artículo	Asuntos	Comentarios
Artículo 194 a 216	Ambientales	El Código Minas plantea que la exploración minera puede realizarse con la aplicación de guías minero ambientales y la obtención de permisos ambientales y la explotación, a través de licencia ambiental global, para lo cual establece un procedimiento propio y unas causales por las cuales puede rechazarse un Estudio de Impacto Ambiental, desconociendo la unidad de materia del asunto y fraccionado la gestión ambiental.
Artículos 226 a 236. Aspectos económicos y tributarios	Tributarios	Existe un régimen de regalías contemplado en la Ley 141 de 1994.
Artículo 272. Manejo Ambiental.	Ambiental	
Artículo 280. Póliza minero-ambiental	Ambiental	
Artículo 282. Aprobación del Estudio de Impacto Ambiental	Ambiental	
Artículo 283. Correcciones o adiciones.	Ambiental	
Minero		
Artículos 290 (Acciones ambientales de nulidad), 291 (Otras acciones ambientales), 292 (Efectos de las acciones ambientales).	Ambientales	
Artículos 359 y 360. Modifican Ley 141 de 1994	Regalías	

Como se aprecia, la ley 685 de 2001, a pesar de ser una ley ordinaria, se ha convertido en una supra norma que regula todas las actividades que directa e indirectamente se relacionan con la minería, privilegiando en la práctica esta actividad sobre las otras y los derechos de las comunidades, que terminan sometidas al imperio del Código de Minas, debido a la cooptación estatal por parte de las grandes corporaciones extractivas, de manera que se trata de una “camisa hecha a la medida” de las empresas extractivas.

En cuanto al ordenamiento territorial, se debe señalar que si bien no existe una norma con carácter legal que señale que las disposiciones de carácter minero y petrolero son determinantes del ordenamiento territorial⁵, en la práctica, ampa-

⁵ El artículo 37 del Código de Minas que prohibía que en el POT se prohibiese la minería, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-273 de 2016.



radas en la utilidad pública estas actividades se están imponiendo en el territorio, incluso ante expresas prohibiciones del desarrollo de las mismas contenidas en los planes, esquemas y planes básicos de ordenamiento territorial (POT, EOT y PBOT), lo cual nos lleva al absurdo de que buena parte del territorio nacional se está ordenando por y para la minería, cambiando de facto los usos del suelo, sin cumplir con las normas para revisión o modificación de los POT, EOT y PBOT.

El asunto es de tal magnitud, que ni en los procesos de titulación minera, ni petrolera, ni en los de licenciamiento ambiental se revisan, analizan y evalúan los usos del suelo contenidos en los POT, PBOT y EOT frente al desarrollo de actividades extractivas y mucho menos se determina si existe compatibilidad o no para desarrollar los mismos, simplemente se autorizan y se ejecutan, modificando de facto los instrumentos de ordenamiento territorial que surtieron un proceso complejo para su formulación y adopción y privilegiando actividades particulares y concretas, frente al ordenamiento general de los territorios.

Lo anterior ocurre, a pesar de que mediante la Sentencia del 18 de marzo de 2010 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA⁶ al fallar sobre la legalidad del Decreto 2201 de 2003⁷, señaló que las únicas actividades determinantes del ordenamiento territorial eran las contenidas en el artículo 10 de la Ley 388 de 1997, y allí no se encuentran incluidas ni las actividades mineras, ni las petroleras.

Finalmente, se debe señalar que sentencias de la Corte Constitucional como la C-389 de 2016 que identifica un déficit de participación ciudadana en el proceso de titulación minera y la SU-095 de 2018 que conmina al Congreso a expedir una ley orgánica mediante la cual se de aplicación a los principios de coordinación y concurrencia en el procedimiento de contratación minera y petrolera es abiertamente desconocida por las Agencias de Minería –ANM– y de Hidrocarburos –ANH–, al punto que la primera de estas agencias suplanta de manera grosera al Congreso de la República y creó de manera unilateral un procedimiento que denomina de “relacionamiento con el territorio”, en virtud del cual, suscribe “actas de concertación” con los alcaldes, definen “zonas con vocación minera” en los municipios; posteriormente convocan y celebran “audiencias públicas y de intervención de terceros”, en virtud de las cuales, informan a las comunidades sobre las “zonas con vocación minera” y posteriormente proceden a suscribir los contratos de concesión minera, sin que ninguna norma o sentencia los haya facultada para ese fin, violando de manera flagrante el principio de legalidad, el debido proceso e incumpliendo los fallos de la Corte Constitucional. Frente a esa situación, habitantes de los departamentos de Boyacá, Cundinamarca, Caldas y Tolima, se han opuesto de manera contundente a la aplicación de este “procedimiento”.

6 <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10001591>

7 <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201232%20DEL%2014%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202020.pdf>

III. Demanda en contra de utilidad pública de la minería

Frente a este aspecto, se debe señalar que en Sentencia C-619/15, Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO resolvió “**DECLARARSE INHIBIDA** para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la frase “*(E)n desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárese de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases*”, contenida en el artículo 13 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas.

El aparte subrayado del artículo 13 del Código de Minas fue objeto de la demanda, a saber:

Artículo 13. Utilidad pública. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárese de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto, podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo.

La expropiación consagrada en este artículo, en ningún caso procederá sobre los bienes adquiridos, construidos o destinados por los beneficiarios de un título minero, para su exploración o explotación o para el ejercicio de sus correspondientes servidumbres.

Se señala en el texto de la sentencia que: “Para los demandantes la calificación legal de la minería como una actividad de utilidad pública implica el otorgamiento de una serie de privilegios por encima de otras actividades y bienes jurídicos que gozan de especial protección constitucional, por lo cual se justifica un escrutinio de constitucionalidad estricto. Estos privilegios se concretan, en particular, en torno a la posibilidad de que el Estado expropie la propiedad inmueble en favor de proyectos mineros. Así, aducen que la posibilidad de expropiar los bienes inmuebles necesarios para desarrollar las diversas fases y ramas de la actividad minera

impiden: 1) la realización de la función ecológica de la propiedad, 2) la protección de un medio ambiente sano, 3) la protección de los recursos naturales –en especial el agua y 4) los demás recursos necesarios para la agricultura–, 5) limita la autonomía de las entidades territoriales y de las comunidades étnicas para gestionar sus intereses y 6) para regular el uso del suelo, y 7) excede la libertad de configuración legislativa.

Señalan que la ponderación entre la protección del ambiente, por un lado, y el crecimiento económico y el desarrollo de la actividad minera, por el otro, es una responsabilidad prioritaria del Estado. Sin embargo, al consagrar todas las ramas y fases de la minería como de utilidad pública e interés social, la disposición impide realizar esta ponderación. Es, lo que la jurisprudencia comparada ha llamado una categorización supra-inclusiva, pues le otorga los privilegios derivados de estas categorías a toda la minería, indistintamente. Es decir, al referirse en términos generales a todas las ramas de la minería, y al incluir todas sus fases, el Congreso extendió los privilegios otorgados a la minería sin tener en cuenta las diferencias entre unas y otras, y lo hizo, al margen de la utilidad pública que represente en cada caso. Dicen que en virtud de la disposición demandada “la industria minera goza de una protección especial, sin excepciones, en tanto está consagrada como de utilidad pública e interés social en todas sus ramas y fases.”

Al respecto se citarán consideraciones de la Corte Constitucional que, por su importancia, se estiman importantes y necesarios en el asunto que nos interesa. Entre otras cosas considera el alto tribunal:

10. Para la Corte es claro que la norma jurídica demandada tiene como finalidad exclusiva la clasificación de una actividad económica, a saber, la minería, como una actividad de utilidad pública e interés social. Por consiguiente, al margen de las consecuencias normativas que se puedan derivar indirectamente de dicha clasificación por virtud de otras disposiciones, ésta no prescribe ningún tipo de consecuencia directa como resultado de la mencionada declaratoria. No obstante, como se desprende de los cargos planteados, los demandantes han atribuido una serie de consecuencias normativas a la referida norma, y son precisamente estas consecuencias las que están siendo cuestionadas en la acción pública de inconstitucionalidad.

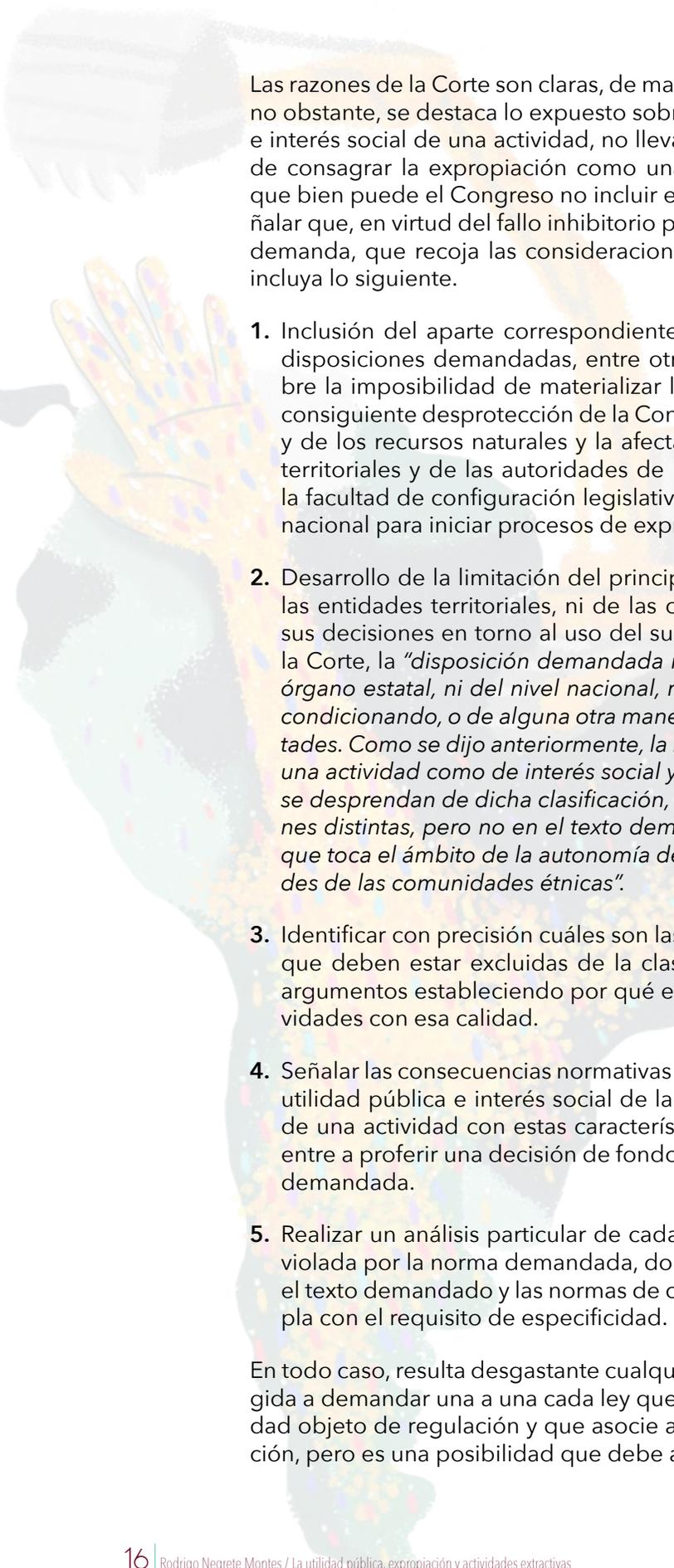
(...)

Sin embargo, la Corte advierte que la declaratoria de utilidad pública e interés social de una actividad no implica, per se, las consecuencias jurídicas atribuidas por los demandantes, a saber, la facultad del Estado para expropiar los bienes inmuebles necesarios para la realización de proyectos mineros. La declaratoria de utilidad pública e interés social es un atributo que se refiere a los motivos o fines del Congreso, mientras que la facultad de expropiación determina los medios que éste le otorga a la administración –nacional o territorial- para lograrlos.

La diferencia entre la facultad de configuración legislativa para establecer los motivos de utilidad pública e interés social y la facultad para escoger los medios para desarrollarlos, se puede observar de una lectura del inciso tercero del artículo 58 de la Constitución Política. Dicha norma no sólo faculta al legislador para definir los motivos por los cuales puede haber una expropiación, lo faculta también para decidir en qué casos puede haber expropiación. En todo caso, ante la definición de un motivo como de utilidad pública e interés social, el Congreso puede decidir si hace uso de dicha facultad o no. Al respecto, la disposición dice: "Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa." (resaltado fuera de texto).

La Corte resalta que los términos "utilidad pública e interés social" corresponden a conceptos jurídicos indeterminados. Por lo tanto, corresponde al legislador llenarlos de contenido en ejercicio de su potestad de configuración legislativa. En esa medida, hace parte de dicha potestad decidir en qué casos los motivos de utilidad pública e interés social justifican el otorgamiento de facultades a la administración para que adelante procesos de expropiación, y en qué otros casos los motivos de utilidad pública e interés social no son suficientes para justificar el otorgamiento de dicha facultad. Es perfectamente posible que el Congreso clasifique una cierta actividad o servicio público como de utilidad social e interés público, pero decida no otorgarle facultades al gobierno para adelantar expropiaciones, o que decida hacerlo sólo bajo ciertas condiciones o en determinados casos.

De lo anterior se concluye que se trata de dos facultades constitucionales diferentes, y que el Congreso no sólo tiene la potestad para definir los motivos de utilidad pública e interés social. También tiene la facultad de evaluar la conveniencia de los diferentes medios que puede utilizar la administración para lograr los objetivos de utilidad pública e interés social definidos en la ley. Así, el Congreso podría definir una actividad como de utilidad pública o interés social, sin facultar a la administración para iniciar procesos de expropiación. (...) En fin, en la medida en que son conceptos jurídicos indeterminados, la declaratoria de una actividad como de utilidad pública o interés social no conlleva implícitamente que el Congreso le esté otorgando a la administración la facultad para adelantar procesos de expropiación. Lo que el artículo 58 impone es que sólo cuando haya motivos de utilidad pública o interés social previamente definidos por el Congreso puede haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Sin embargo, se reitera, sí puede declararse una actividad como de utilidad pública e interés social sin necesidad de que por ese solo hecho se estén confiriendo facultades a la administración en el orden nacional para iniciar procesos de expropiación.



Las razones de la Corte son claras, de manera que no se redundará en las mismas, no obstante, se destaca lo expuesto sobre que la declaratoria de utilidad pública e interés social de una actividad, no lleva necesariamente inmersa la posibilidad de consagrar la expropiación como una consecuencia de dicha declaratoria y que bien puede el Congreso no incluir esa posibilidad. Así mismo, es preciso señalar que, en virtud del fallo inhibitorio proferido, es factible presentar una nueva demanda, que recoja las consideraciones de la Corte y en tal virtud, al menos incluya lo siguiente.

1. Inclusión del aparte correspondiente de la expropiación como parte de las disposiciones demandadas, entre otras cosas, porque los señalamientos sobre la imposibilidad de materializar la función ecológica de la propiedad, la consiguiente desprotección de la Constitución Ecológica, del medio ambiente y de los recursos naturales y la afectación de la autonomía de las entidades territoriales y de las autoridades de las comunidades étnicas y el exceso en la facultad de configuración legislativa se derivan de la facultad del gobierno nacional para iniciar procesos de expropiación.
2. Desarrollo de la limitación del principio de autonomía de las autoridades de las entidades territoriales, ni de las comunidades étnicas en la adopción de sus decisiones en torno al uso del suelo, esto por cuanto en el entendido de la Corte, la *“disposición demandada no atribuye ningún tipo de facultad a un órgano estatal, ni del nivel nacional, ni del territorial. Tampoco está limitando, condicionando, o de alguna otra manera regulando el ejercicio de dichas facultades. Como se dijo anteriormente, la norma demandada sólo está clasificando una actividad como de interés social y utilidad pública. Las consecuencias que se desprendan de dicha clasificación, estarán consagradas en otras disposiciones distintas, pero no en el texto demandado. Por lo tanto, mal podría decirse que toca el ámbito de la autonomía de las entidades locales, o de las autoridades de las comunidades étnicas”*.
3. Identificar con precisión cuáles son las categorías (ramas y fases de la minería) que deben estar excluidas de la clasificación de utilidad pública y plantear argumentos estableciendo por qué es inconstitucional clasificarlas como actividades con esa calidad.
4. Señalar las consecuencias normativas que se desprenden de la declaratoria de utilidad pública e interés social de la minería, por cuanto la sola clasificación de una actividad con estas características, no es suficiente para que la Corte entre a proferir una decisión de fondo sobre la constitucionalidad de la norma demandada.
5. Realizar un análisis particular de cada norma constitucional que se considera violada por la norma demandada, donde se identifique la contradicción entre el texto demandado y las normas de carácter superior, de manera que se cumpla con el requisito de especificidad.

En todo caso, resulta desgastante cualquier acción de carácter constitucional dirigida a demandar una a una cada ley que consagre la utilidad pública de la actividad objeto de regulación y que asocie a la misma, la posibilidad de la expropiación, pero es una posibilidad que debe analizarse en cada caso.



Ilustración: Kevin Valenzuela

IV. Reflexiones finales

Sin duda el concepto de utilidad pública, interés público, interés nacional, interés general, interés social, entre otros conceptos análogos incluidos en algunas leyes sectoriales, acompañado de la posibilidad de la expropiación, está generando una serie de afectaciones sociales y ambientales que no se han estudiado a profundidad y que ameritan un estudio con mayor detalle al respecto.

El alcance y finalidad de la utilidad pública se ha desdibujado, al punto tal que en virtud de esa declaratoria acompañada de la posibilidad de la expropiación, se autorizan una serie de actividades altamente impactantes, generando cambios en el régimen de propiedad estatal a la privada de bienes públicos, como ocurren en el caso de los minerales y de los hidrocarburos, dejando a su paso graves procesos de destrucción de la naturaleza, despojo y desplazamiento de comunidades.

La declaratoria de utilidad pública acompañada de la posibilidad de la expropiación para desarrollar ciertas actividades, en especial las que se consideran Proyectos de Interés Estratégico Nacional –PINES– permiten priorizar y viabilizar proyectos que en otras circunstancias, por las graves afectaciones sociales y ambientales que ocasionan, no podrían autorizarse o al menos, estarían sometidos a un rigor mayor en el proceso de evaluación y control, tanto por la autoridad sectorial, como la ambiental, territorial, cultural y étnica.

Amparadas en el concepto de utilidad pública, se expiden normas sectoriales como “camisas hechas a la medida” que facilitan el proceso extractivo, pero a *contrario sensu*, se debilitan la institucionalidad ambiental, territorial, étnica, cultural y los procesos de control y seguimiento, especialmente en materia ambiental, y no existe regulación adecuada en materia de cierre y desmantelamiento de las actividades extractivas que garanticen al menos, un proceso de rehabilitación, restauración o compensación de las comunidades y áreas afectadas y se eviten mayor cantidad de pasivos ambientales y sociales.

Esto debería llevar a una reforma constitucional o reformas legales mediante las cuales se establezca una especie de “matización” de las declaratorias de utilidad pública en las diferentes normas sectoriales, que manera que la misma no se traduzca en violación de derechos fundamentales, destrucción de la naturaleza y del patrimonio cultural de la nación y que no incluya en tales casos, la posibilidad de la expropiación.



Con el apoyo de

**Brot
für die Welt**

MISEREOR
BROT FÜR DIE WELT

Diseño y diagramación: Sandra Vergara