

**La propiedad privada frente a la presunción uniforme del interés general en la
Declaratoria de Utilidad Pública e Interés Social (DUPIS) y su ponderación en la
expropiación minera en Colombia**

Autores

Camilo Ernesto Muñoz Robledo

Mariana Palacio Giraldo

Monografía

Asesor

Doctor Camilo Arango Duque

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho

Medellín

2026

RESUMEN

Esta monografía examina la Declaratoria de Utilidad Pública e Interés Social (DUPIS) en la industria minera colombiana, consagrada en el artículo 13 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), que atribuye de manera uniforme a toda la actividad minera la condición de utilidad pública e interés social, habilitando la imposición de servidumbres y la expropiación de predios privados sin distinción por tipo de mineral, escala del proyecto o finalidad de la explotación.

A partir de un análisis histórico del régimen minero colombiano, desde el patrimonialismo y regalismo coloniales hasta la consolidación del modelo concesional vigente, se identifican los fundamentos constitucionales de la actividad extractiva y los instrumentos de limitación de la propiedad privada. La investigación aplica el principio de proporcionalidad, conforme a la teoría de Robert Alexy y Carlos Bernal Pulido, para demostrar que la presunción uniforme de interés general genera asimetrías jurídicas al equiparar proyectos con grados de beneficio colectivo sustancialmente distintos.

Se propone una gradación del interés público según la relevancia estratégica del mineral, la intensidad del retorno social y la proporcionalidad entre el sacrificio impuesto al propietario y el beneficio efectivo para la colectividad. El estudio se complementa con un análisis de derecho comparado con los Estados Unidos de América, siguiendo la metodología de Mauro Cappelletti, que permite evidenciar que la declaratoria automática de utilidad pública no es una condición indispensable para el desarrollo minero, y que el ordenamiento colombiano puede transitar hacia un modelo de ponderación individualizada que garantice la protección efectiva de los derechos de propiedad sin desconocer el interés general de la actividad extractiva.

Palabras clave: Declaratoria de Utilidad Pública e Interés Social, expropiación, servidumbres mineras, interés particular, interés general, proporcionalidad, derecho minero colombiano, Código de Minas, propiedad privada, minerales estratégicos, derecho comparado.

ABSTRACT

This monograph examines the Declaration of Public Utility and Social Interest (DUPIS) in the colombian mining industry, established by Article 13 of Law 685 of 2001 (Mining Code), which uniformly attributes the condition of public utility and social interest to all mining activity, thereby enabling the imposition of easements and the expropriation of private property without distinction based on the type of mineral, the scale of the project, or the purpose of the exploitation.

Through a historical analysis of the colombian mining regime from colonial patrimonialism and regalism to the consolidation of the current concession-based model the constitutional foundations of extractive activity and the instruments for limiting private property rights are identified. The research applies the principle of proportionality, following the theoretical framework of Robert Alexy and Carlos Bernal Pulido, to demonstrate that the uniform presumption of general interest generates legal asymmetries by equating projects with substantially different degrees of collective benefit.

A graduated approach to the public interest is proposed, based on the strategic relevance of the mineral, the intensity of social return, and the proportionality between the burden imposed on the property owner and the effective benefit to society. The study is complemented by a comparative law analysis with the United States of America, following the methodology of Mauro Cappelletti, which shows that an automatic declaration of public utility is not an indispensable condition for mining development, and that the colombian legal system can move toward an individualized balancing model that ensures the effective protection of property rights without disregarding the general interest of extractive activity.

Keywords: Declaration of Public Utility and Social Interest, expropriation, mining easements, particular interest, general interest, proportionality, colombian mining law, Mining Code, private property, strategic minerals, comparative law.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO 1. EVOLUCIÓN Y CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN MINERO COLOMBIANO	10
1.1 Transformación del modelo minero colombiano	10
1.2 Participación estatal y transición al modelo concesional	11
1.3 La Ley 685 de 2001 y el nuevo esquema jurídico.....	17
CAPÍTULO 2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA ACTIVIDAD MINERA	22
2.1 Propiedad estatal del subsuelo (artículo 332 C.P.).....	22
2.2 Regalías e interés económico nacional	25
CAPÍTULO 3. INSTRUMENTOS DE LIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA	29
3.1 El derecho de propiedad y sus límites constitucionales.....	29
3.2 Servidumbres mineras	33
3.3 Expropiación en el sector minero.....	35
CAPÍTULO 4. LA DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL EN LA ACTIVIDAD MINERA.....	39
4.1 Alcance normativo del artículo 13 de la Ley 685 de 2001	39
4.2 Naturaleza jurídica de la DUPIS	40
4.3 Relación con el artículo 186 del Código de Minas	42
4.4 La presunción legal del interés general	43
4.4.1 Justificación constitucional	43
4.4.2 Efectos jurídicos frente al derecho de propiedad.....	44
4.5 Operatividad práctica de la DUPIS	46

4.5.1 Etapa de negociación directa	47
4.5.2 Activación de la potestad expropiatoria	48
CAPÍTULO 5. LA APLICACIÓN UNIFORME DEL INTERÉS GENERAL Y SUS ASIMETRÍAS JURÍDICAS	50
5.1 La heterogeneidad de la industria minera	50
5.2 El principio de proporcionalidad	51
5.3 Límites materiales de la presunción del interés general	53
CAPÍTULO 6. TIPOS DE EXPLOTACIÓN MINERA Y GRADACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO	56
6.1. Tipos de minerales	56
6.2 Intensidad del interés público según finalidad	58
6.3 Relevancia estratégica	60
6.4 ¿Es justificable una presunción uniforme?	61
6.5 Análisis crítico	63
CAPÍTULO 7. DERECHO COMPARADO: EL RÉGIMEN MINERO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	67
7.1 Justificación del sistema comparado y metodología	67
7.2 Primera fase: el tertium comparationis	69
7.3 Segunda fase: las soluciones jurídicas del problema.....	69
7.3.1 El modelo colombiano	70
7.3.2 El modelo estadounidense	70
7.4 Tercera fase: las razones de las analogías y diferencias	74
7.4.1 Razones históricas.....	74

7.4.2 Razones filosófico - políticas.....	74
7.4.3 Razones institucionales	75
7.4.4 Razones relativas a la protección de la propiedad privada.....	75
7.5 Cuarta fase: investigación de las grandes tendencias evolutivas	76
7.6 Quinta fase: la valoración.....	77
7.6.2 Fortalezas y debilidades del modelo estadounidense	77
7.6.3 Valoración comparada frente al problema de la DUPIS	78
7.7 Sexta fase: predicción de desarrollos futuros	78
CAPÍTULO 8. CONCLUSIONES	80
REFERENCIAS	85

INTRODUCCIÓN

La actividad minera en Colombia se ha configurado históricamente a partir de dos principios heredados del régimen colonial ibérico: la patrimonialidad, entendida como la titularidad del Estado sobre los recursos del subsuelo, y el regalismo, concebido como la participación obligatoria del poder público en los beneficios de su explotación. Esa doble dinámica se reprodujo en cada etapa del ordenamiento jurídico nacional hasta quedar formalizada en la Constitución Política de 1991, cuyo artículo 332 consagra la propiedad estatal del subsuelo y cuyos artículos 360 y 361 institucionalizan el sistema de regalías. La Ley 685 de 2001 consolidó el contrato de concesión como único título habilitante y estableció, en su artículo 13, una Declaratoria de Utilidad Pública e Interés Social (DUPIS) que atribuye a toda la industria minera, en todas sus ramas y fases, la condición de utilidad pública, habilitando al concesionario para imponer servidumbres y solicitar la expropiación de predios privados indispensables para su proyecto.

La amplitud de esa declaratoria genera una tensión constitucional que esta investigación examina. La presunción legal del artículo 13 opera de manera automática, sin exigir que el concesionario demuestre que su proyecto específico genera un beneficio colectivo proporcionado al sacrificio del derecho de propiedad del afectado. Esa técnica legislativa equipara realidades sustancialmente distintas como la industria minera que abarca desde operaciones artesanales de materiales de construcción hasta megaproyectos de extracción de minerales estratégicos como el litio o el cobalto, cuya relevancia para la transición energética genera un interés colectivo cualitativamente superior. La pregunta central es si esa presunción uniforme resulta constitucionalmente sostenible o si el ordenamiento requiere mecanismos de ponderación que permitan graduar la intensidad del interés público según la relevancia estratégica del mineral, la escala del proyecto y su retorno social efectivo.

El marco teórico se articula en torno a la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy y Carlos Bernal Pulido, que proporciona el principio de proporcionalidad con sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; la doctrina de la función social de la propiedad de León Duguit, que fundamenta la transformación del dominio desde un atributo absoluto hasta una institución condicionada por el interés colectivo; y el sistema de garantías de Luigi Ferrajoli, que exige una

verificación sustantiva de toda restricción a un derecho fundamental. Metodológicamente, se adopta un enfoque dogmático centrado en el análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal, complementado con un estudio de derecho comparado con los Estados Unidos siguiendo la propuesta en seis fases de Mauro Cappelletti. El sistema estadounidense, fundado en la Mining Law de 1872 con su principio de libre acceso sin concesión estatal, sin regalías sobre minerales de roca dura y sin instrumentos coercitivos sobre la propiedad ajena, permite evidenciar que la DUPIS automática es una opción política del legislador colombiano, no una condición indispensable para el desarrollo minero.

El Capítulo 1 reconstruye la evolución del régimen minero colombiano desde el regalismo colonial hasta la Ley 685 de 2001. El Capítulo 2 examina los fundamentos constitucionales a través la propiedad estatal del subsuelo y el sistema de regalías. El Capítulo 3 analiza los instrumentos de limitación de la propiedad privada, incluyendo servidumbres y expropiación, a la luz de la función social y ecológica del dominio. El Capítulo 4, núcleo normativo del trabajo, aborda la DUPIS mediante su naturaleza jurídica como presunción legal, su relación con el requisito de indispensabilidad del artículo 186, sus efectos sobre la propiedad y su operatividad práctica. El Capítulo 5 desarrolla el análisis crítico central, exponiendo las asimetrías que genera la aplicación uniforme del interés general mediante el principio de proporcionalidad. El Capítulo 6 propone una gradación del interés público según el tipo de mineral, la finalidad del proyecto y su retorno social. El Capítulo 7 presenta el derecho comparado con los Estados Unidos mediante el método de Cappelletti.

La pertinencia de esta investigación radica en la necesidad de someter a escrutinio constitucional una presunción que, pese a haber sido declarada exequible en la Sentencia C-619 de 2015, genera tensiones irresueltas entre el modelo extractivo, la propiedad privada, la economía campesina y la protección ambiental. El propio ordenamiento ha comenzado a diferenciarse, pues la Ley 1753 de 2015 creó un régimen especial para minerales estratégicos y la Resolución 1006 de 2023 actualizó su listado, reconociendo que no todos los minerales tienen el mismo peso en el interés público. Sin embargo, esa diferenciación no se ha extendido al régimen de la DUPIS. Esta investigación busca evidenciar esa asimetría y proponer un modelo de ponderación

individualizada que tome en serio el interés general de la minería, lo verifique en concreto y garantice que los sacrificios impuestos a los propietarios estén justificados por el beneficio efectivo para la colectividad.

CAPÍTULO 1. EVOLUCIÓN Y CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN MINERO COLOMBIANO

1.1 Transformación del modelo minero colombiano

El régimen minero colombiano no surgió de una construcción jurídica uniforme ni de una ruptura normativa aislada. Su configuración responde a un proceso histórico prolongado. Este se inicia en el período colonial, continúa con las reformas republicanas del siglo XIX y se consolida, con tensiones aún vigentes, en las transformaciones del siglo XX y los primeros años del XXI. Comprender esa evolución es indispensable para analizar las categorías jurídicas que sustentan la actividad minera contemporánea, en especial la presunción de interés general que es objeto de la presente investigación.

Desde una perspectiva histórico-jurídica, el derecho minero colombiano se caracteriza por la confluencia de dos grandes principios de origen colonial. En palabras de Hernández Betancur ¹, el ordenamiento minero colombiano es:

“un ordenamiento especial, formado a lo largo de centurias a partir de la confluencia de dos grandes categorías implantadas por España durante el periodo colonial: la patrimonialidad, esto es, la existencia de una suerte de derecho de propiedad del Estado en relación con el subsuelo y los recursos naturales no renovables, y el regalismo, entendido como la participación de la organización política en los beneficios económicos derivados de la explotación de dichos bienes.” (p. 107)

Ambos principios, de raíz ibérica ², constituyen el fundamento histórico del régimen minero colombiano y explican la forma en que el ordenamiento jurídico ha concebido la relación entre el Estado y los recursos minerales.

Estos principios no constituyen simples categorías históricas. Por el contrario, han influido directamente en la configuración del régimen minero contemporáneo. A partir de

¹ HERNÁNDEZ BETANCUR. Op. cit.

² La "raíz ibérica" se refiere al conjunto de influencias culturales, lingüísticas, genéticas e históricas originadas por los íberos, pueblos prerromanos que habitaron la costa mediterránea de la Península Ibérica (España y Portugal) desde el siglo VI a.C.

ellos se explican categorías centrales del sistema jurídico minero, como el acceso a los recursos minerales, la naturaleza del título habilitante y la justificación del interés general que sustenta la actividad extractiva. Por lo tanto, sólo adquieren pleno sentido si se las ubica en el largo recorrido normativo que las antecede. Como señala Hernández Betancur ³, la identidad histórico-jurídica del derecho minero colombiano está marcada de manera permanente por esa doble dinámica patrimonialista y regalista, que no desapareció con la independencia ni con la codificación republicana, sino que se reprodujo y adaptó en cada nueva etapa del ordenamiento jurídico nacional.

Entender este proceso es relevante no solo desde una perspectiva histórica, sino también para comprender por qué el legislador de 2001 optó por un modelo concesional con declaratoria general de utilidad pública, y por qué esa decisión legislativa genera las tensiones constitucionales que este trabajo busca examinar. La historia no determina el presente, pero sí lo condiciona; sin conocer la larga trayectoria del regalismo en Colombia, es difícil entender por qué el artículo 13 del Código de Minas declara de interés público toda la industria minera, o por qué esa declaratoria es tan difícil de cuestionar jurídicamente.

1.2 Participación estatal y transición al modelo concesional

El derecho indiano minero estableció una distinción fundamental entre la propiedad del suelo, que podía ser concedida a los colonizadores como premio por sus servicios o adquirida mediante merced real, y la propiedad del subsuelo y de los recursos minerales, que la Corona se reservó para sí desde los primeros momentos de la conquista. Esa reserva no era arbitraria; respondía a la lógica del patrimonio regio ⁴ y al principio de que los minerales, por su extraordinario valor económico y estratégico, debían permanecer bajo el control de la autoridad soberana.

La Real Ordenanza de Minería de 1783 sistematizó ese modelo y consagró el Quinto Real; una regalía del mineral extraído que correspondía a la Corona Española

³ HERNÁNDEZ BETANCUR. Op. cit.

⁴ El patronato regio fue un conjunto de privilegios y facultades especiales concedidos por los papas a los reyes de monarquías europeas (principalmente en el Antiguo Régimen).

como contraprestación por el usufructo del recurso ⁵. El principio que lo sustentaba (la participación obligatoria de la Corona en los beneficios de la extracción de un bien de su propiedad) permaneció constante a lo largo de la época colonial. Ese sistema de concesión condicional, que combinaba el reconocimiento de un derecho de explotación a favor del particular con la reserva de la propiedad del mineral a favor de la Corona, sentó las bases del modelo que Colombia heredó y reprodujo.

Tras la independencia, muchas de estas estructuras normativas fueron adaptadas al nuevo orden republicano, lo que permitió la continuidad de ciertos principios del régimen minero colonial. Esa continuidad normativa se verificó a través de sucesivos Códigos de Minas (entre los que se destaca la Ley 30 de 1903) que mantuvieron la concesión como el instrumento primario de habilitación para la explotación minera. La transición del régimen colonial al régimen republicano no supuso una ruptura en este punto; la propiedad del subsuelo pasó de la Corona española al nuevo Estado colombiano, pero el principio de titularidad pública sobre los recursos minerales se mantuvo sin variación.

A lo largo del siglo XIX, las sucesivas constituciones y reformas legislativas consolidaron ese modelo. La Ley 38 de 1887 ⁶ y el Código Civil adoptado en el mismo período reconocieron la distinción entre la propiedad del suelo y la del subsuelo, estableciendo que los yacimientos minerales eran bienes del Estado con independencia de quién fuera el propietario del predio superficial. Esa distinción tendría consecuencias jurídicas de gran alcance y significaba que un propietario privado no tenía ningún derecho sobre los minerales ubicados debajo de sus tierras, y que el Estado podía otorgar a

⁵ HERNÁNDEZ BETANCUR, Luis Fernando. Patrimonialidad Y Regalismo. La Identidad Histórico–Jurídica Del Derecho Minero Y Petrolero Colombiano (Patrimony and Royalties Entitlement. The Historical-Legal Identity of Colombian Mining and Oil Law). *Revista Contexto*, (52). 2019, no. 52, p. 107-145.

⁶ La Ley 38 de 1887 (del 15 de marzo) fue una norma colombiana que adoptó el Código de Minas del antiguo Estado de Antioquia para todo el país, regulando la denuncia de minas de oro, derechos de los dueños, y obligaciones de explotación.

terceros el derecho de explotarlos sin necesidad de contar con el consentimiento del dueño del suelo.

Este punto merece una precisión histórica que resulta indispensable para entender la lógica profunda del régimen minero colombiano y las tensiones que persisten hasta hoy. El Código de Minas del Estado Soberano de Antioquia no partía de la separación tajante entre suelo y subsuelo que hoy se da por descontada en el ordenamiento colombiano. Por el contrario, ese Código se regía por el principio de la accesión, conforme al cual la propiedad del suelo y la del subsuelo constituían una unidad jurídica indivisible; quien era dueño del predio superficial lo era también, en principio, de lo que se encontraba debajo de él. La regulación antioqueña respondía a esa realidad, pues el propietario del suelo tenía, como regla general, acceso legítimo a los minerales contenidos en su predio, bajo la lógica de que el subsuelo era un accesorio natural e inseparable de la superficie.

Sin embargo, esa concepción no era absoluta; el propio Código antioqueño establecía excepciones significativas, de manera que ciertos minerales, por su valor estratégico para la economía del Estado o por su escasez relativa, se sustraían del principio de accesión y se reservaban para la Nación, que mantenía sobre ellos una titularidad especial con independencia de la propiedad superficial. Así, en un mismo cuerpo normativo convivían dos lógicas: la del propietario del suelo que accede a los minerales comunes de su predio, y la del Estado que se reserva para sí aquellos minerales cuya importancia colectiva justifica sustraerlos del dominio privado.

Esa dualidad revela que la separación entre suelo y subsuelo no fue un dato jurídico originario en la tradición republicana colombiana, sino una construcción progresiva que se consolidó a medida que el Estado asumió un papel más activo en la gestión de los recursos naturales. Comprender esta evolución es determinante para el análisis que propone esta investigación, porque permite advertir que la propiedad estatal del subsuelo, tal como la consagra hoy el artículo 332 de la Constitución, no fue siempre la regla en el derecho colombiano.

Hubo un momento en la historia jurídica nacional en el que suelo y subsuelo se regulaban de manera unitaria, y en el que la propiedad del propietario superficial se extendía a los minerales ubicados bajo sus tierras. La razón por la que esa regulación existía en esos términos era coherente con el contexto económico y político del Estado Soberano de Antioquia al tratarse de una economía regional basada en la minería artesanal de oro, en la que la explotación del subsuelo estaba íntimamente ligada al uso del suelo, y en la que resultaba natural que ambos derechos permanecieran unidos en cabeza del mismo titular. La fragmentación de esa unidad solo se justificó cuando el Estado central advirtió que ciertos recursos del subsuelo tenían una importancia colectiva que trascendía el interés del propietario individual, y que solo podían gestionarse adecuadamente si se los separaba del régimen ordinario de la propiedad superficial.

Este antecedente permite formular una pregunta que ilumina el problema central de esta investigación: si la separación entre la propiedad del suelo y la del subsuelo fue una decisión histórica, motivada por la necesidad de que el Estado administrara recursos de interés colectivo, ¿es coherente que toda actividad de explotación del subsuelo, por el solo hecho de recaer sobre un bien de propiedad estatal, se considere automáticamente de utilidad pública? Dicho de otro modo; la justificación originaria de la separación fue la importancia estratégica de ciertos minerales, no la de todos. Sin embargo, el régimen vigente extiende la presunción de interés general a la totalidad de la industria minera, con independencia del tipo de mineral o de la escala del proyecto. Esa extensión, como se desarrolla en los Capítulos 5 y 6 de este trabajo, genera tensiones constitucionales que el propio ordenamiento jurídico colombiano no ha resuelto de manera satisfactoria.

Es oportuno destacar que los hechos narrados en las páginas anteriores no son mera expresión histórica. Cada etapa del proceso, desde el regalismo colonial hasta la adopción del Código antioqueño con su principio de accesión y sus excepciones en favor de la Nación, pasando por la consolidación de la separación suelo-subsuelo en el siglo XIX, configuran una capa del desarrollo jurídico sobre el cual se construyó el régimen minero actual. Sin esa secuencia, no es posible entender por qué el Estado colombiano se atribuye hoy la titularidad exclusiva del subsuelo, por qué esa titularidad se traduce

en una potestad de conceder la explotación a particulares mediante contratos de concesión, y por qué la declaratoria de utilidad pública del artículo 13 de la Ley 685 de 2001 se presenta como una consecuencia natural de esa propiedad estatal. De igual manera, sin esa secuencia resulta imposible advertir que la premisa de la que parte esa declaratoria, a saber, que todo lo que administra el Estado por ser de su propiedad es automáticamente de utilidad pública, es una conclusión que el derecho minero colombiano fue asumiendo de manera gradual, no un axioma indiscutible.

Siguiendo el orden cronológico, el siglo XX trajo una profunda recomposición del papel del Estado en la economía. Colombia adoptó un modelo de mayor presencia estatal en los sectores estratégicos, incluido el minero-energético, que suponía que el Estado debía intervenir activamente en la economía para orientar el desarrollo hacia objetivos colectivos. En ese contexto, el Decreto Legislativo 2310 de 1974 suprimió el régimen de concesión para los hidrocarburos y se crearon empresas públicas como instrumentos de explotación por parte del Estado. Esta transición normativa respondía a la lógica de que si los recursos del subsuelo son propiedad del Estado, lo más coherente es que el propio Estado los explote directamente, en lugar de concederlos a particulares que se apropiaban de la mayor parte de sus beneficios.

Sin embargo, la participación directa del Estado en la actividad extractiva no se tradujo en una gestión eficiente del sector. Las limitaciones de capacidad institucional, la falta de tecnología especializada, las distorsiones introducidas por la burocracia y las restricciones fiscales derivadas de la crisis de los años ochenta generaron un escenario de inseguridad normativa y baja inversión ⁷. La Ley 2655 de 1988 (Código de Minas vigente antes de la reforma de 2001) intentó racionalizar la explotación del recurso bajo la premisa de su carácter público, pero resultó insuficiente para atraer la inversión privada necesaria y para ordenar un sector marcado por la informalidad y la fragmentación institucional.

⁷ ÁLZATE GÓMEZ, Luisa Fernanda. Minería de oro en el marco de la inseguridad normativa, los grupos de interés y las zonas de exclusión. En: Opinión Jurídica. 2015, vol. 14, no. 28, p. 117-134.

La Constitución Política de 1991 representó un hito fundamental en la configuración del régimen minero. Su artículo 332 estableció de manera expresa que 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 ⁸ preexistentes ⁹. Esta disposición no fue una innovación radical sino que formalizó a nivel constitucional una tradición secular. Lo que sí introdujo la Carta de 1991 fue la articulación de esa propiedad estatal con el nuevo marco de derechos fundamentales, el Estado social de derecho y los principios de función social y ecológica de la propiedad consagrados en el artículo 58 *ibídem*.

Al mismo tiempo, el artículo 334 de la Carta atribuyó al Estado la dirección general de la economía y la facultad de intervenir en la producción, distribución y consumo de bienes para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes ¹⁰. El artículo 80 impuso al Estado el deber de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, y de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental. Ese mandato abrió la puerta a un replanteamiento del rol estatal en el sector minero ya no como explotador directo, sino como regulador, concedente y garante del interés general en el aprovechamiento de unos recursos que, por definición constitucional, son de su exclusiva propiedad.

La transición hacia un modelo que privilegiaría la concesión a los particulares se inscribió en el contexto más amplio de las reformas estructurales de los años noventa, donde el país avanzó gradualmente en la transformación de las empresas estatales mineras y energéticas, integrando capitales privados mientras se retiraba de la producción directa. Ese proceso se inscribió en el contexto del denominado Consenso de Washington, que propugnaba la reducción del Estado empresario y la apertura de los mercados a la inversión extranjera. En el ámbito minero, la influencia de la Agencia

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, agosto, 2001). Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Arts. 270-275.

⁹ COLOMBIA. Constitución Política. 1991 Art. 332.

¹⁰ *Ibíd*.

Canadiense para el Desarrollo Internacional (CIDA) en el diseño institucional del sector es señalada por varios autores como un factor determinante en la orientación del modelo hacia lo que ha sido denominado el enclave exportador: un esquema en el que el Estado renuncia a la explotación directa en favor de la captación de regalías e impuestos, mientras que los privados asumen los riesgos y beneficios de la actividad extractiva.

Ese proceso culminó con la supresión, en 2004, de la Empresa Nacional Minera Limitada (Minercol Ltda.) mediante el Decreto 254, y con la creación del Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas) como entidad dedicada a la exploración básica del subsuelo, dejando la promoción de proyectos en manos de los particulares. La arquitectura institucional que emergió de ese proceso (Ministerio de Minas como rector de la política sectorial, Ingeominas y luego Agencia Nacional de Minería como autoridad concedente, y ANLA como autoridad ambiental) refleja la nueva lógica del Estado regulador en la cual no produce directamente, pero controla, autoriza y extrae una contraprestación económica por el uso de sus recursos.

1.3 La Ley 685 de 2001 y el nuevo esquema jurídico

La expedición de la Ley 685 del 15 de agosto de 2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones, constituyó la culminación del proceso de reforma del régimen minero colombiano iniciado en la década anterior. Este instrumento normativo transformó el esquema jurídico de acceso y aprovechamiento de los recursos minerales de una manera que resulta indispensable comprender para el análisis de las categorías que son objeto de esta investigación. El Código de Minas de 2001 no fue solo una reforma técnica del sector, fue la expresión normativa de una concepción diferente del papel del Estado en la economía extractiva y de la relación entre el interés público y los derechos de los particulares.

El Código se presentó, en su propio texto, como el desarrollo normativo de los artículos 25, 80, 330 (parágrafo), 332, 334, 360 y 361 de la Constitución Política, que regulan el trabajo, la gestión ambiental, los derechos de las comunidades indígenas, la

propiedad del subsuelo, la dirección de la economía y el sistema general de regalías ¹¹. Esa remisión explícita al texto constitucional evidencia la pretensión del legislador de construir un estatuto completo, sistemático y de aplicación preferente que regulara de manera integral las relaciones jurídicas derivadas de la actividad minera. El Código no se limita a regular la concesión sino que abarca también el régimen de zonas excluibles y restringidas, las servidumbres, la expropiación, las regalías, el cierre de minas y la relación con las comunidades étnicas.

El eje central del nuevo esquema es la consolidación del contrato de concesión minera como el único título habilitante para la exploración y explotación de los recursos minerales de propiedad estatal. Según el artículo 14 del Código, a partir de su vigencia solo se puede constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal mediante ese contrato, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional ¹². Esa disposición eliminó la diversidad de figuras contractuales que habían coexistido bajo la legislación anterior (licencias de exploración, permisos de explotación y contratos sobre áreas de aporte) centralizando toda la relación entre el Estado y los particulares en un único instrumento.

La definición legal del contrato de concesión minera, contenida en el artículo 45 del Código, lo caracteriza como el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en la ley ¹³. Su objeto comprende las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes. El plazo del contrato es de treinta años, prorrogable por períodos iguales, lo que significa que un concesionario puede permanecer en el área de su título durante décadas, con consecuencias de largo plazo sobre el territorio y sus comunidades.

¹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, agosto, 2001). Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial no. 44.545 Art. 3.

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*

Un aspecto relevante de este esquema es la naturaleza del derecho que se confiere al concesionario. El artículo 15 del Código establece que el contrato no transfiere al beneficiario un derecho real sobre los minerales in situ, sino únicamente el derecho a explorarlos y explotarlos en las condiciones pactadas. La propiedad estatal sobre los recursos, consagrada en el artículo 5, es inalienable e imprescriptible conforme al artículo 6, y se presume legalmente respecto de los minerales yacentes en terrenos públicos o privados según el artículo 7 ¹⁴. Este diseño refuerza el carácter dominical del Estado sobre el subsuelo, limitando la participación de los particulares al aprovechamiento temporal y condicionado de esos recursos. El concesionario no es propietario del mineral hasta que lo extrae y separa del yacimiento, hasta ese momento, el mineral sigue siendo de propiedad estatal.

Desde el punto de vista procedimental, el Código introdujo el principio de la primera solicitud en el tiempo “prior in tempore, potior in iure” conforme al cual quien primero radique una propuesta de concesión que cumpla los requisitos legales tiene derecho de prelación para la celebración del contrato ¹⁵. Ese principio, previsto en el artículo 16 del Código, fue objeto de controversia jurisprudencial. El Consejo de Estado precisó que el artículo 53 de la Ley 685 excluyó expresamente la aplicación del Estatuto de Contratación Estatal al contrato de concesión minera, tanto en sus disposiciones específicas como en sus principios generales. Esa exclusión tiene consecuencias importantes, significa que la selección del concesionario no está sujeta a los principios de transparencia, selección objetiva y libre concurrencia que rigen la contratación pública ordinaria, sino al simple criterio de prelación temporal.¹⁶

La Ley 685 también estableció un régimen de zonas excluibles y restringidas para la actividad minera. Las zonas excluibles comprenden los sistemas de parques

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 11001032600020060005201(33187). 2010.

¹⁶ La exclusión del Estatuto General de Contratación fue confirmada por el Consejo de Estado, que precisó que ni siquiera los principios generales de ese estatuto son aplicables al contrato de concesión minera (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2010). Esta es una de las particularidades más llamativas del régimen minero colombiano, no exenta de críticas desde la perspectiva de la transparencia y el control del gasto público.

nacionales naturales, parques naturales regionales, zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y humedales Ramsar ¹⁷. Las zonas restringidas, reguladas en el artículo 35, son aquellas en las que la actividad minera requiere autorización previa de la entidad correspondiente, como las zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o las áreas de reserva para la seguridad y defensa nacional. Esta delimitación de espacios vedados o condicionados a la minería ha sido objeto de pronunciamientos reiterados de la Corte Constitucional (entre ellos las sentencias C-339 de 2002, C-891 de 2002, C-366 de 2011 y C-389 de 2016) en los que el tribunal ha precisado el alcance de la competencia del legislador para regular la minería en relación con los derechos ambientales y territoriales de la Carta.

Un elemento de especial relevancia para los propósitos de esta investigación es la declaratoria de utilidad pública e interés social contenida en el artículo 13 del Código. Esa disposición establece que la industria minera, en todas sus ramas y fases, es de utilidad pública e interés social, lo que habilita al concesionario para imponer servidumbres sobre predios de terceros y para solicitar la expropiación de los bienes que sean indispensables para el proyecto ¹⁸. La declaratoria no distingue entre tipos de minerales, escalas de explotación ni finalidades del proyecto, opera de manera uniforme para toda la industria minera. Esa uniformidad es precisamente el objeto del análisis crítico que se desarrolla en el Capítulo 5 de esta investigación.

La declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010 mediante la Sentencia C-366 de 2011, por omisión de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, puso de manifiesto las tensiones persistentes entre el modelo concesional, los derechos de las comunidades étnicas y la obligación del Estado de garantizar su participación en las decisiones que afectan sus territorios. Este episodio evidenció que el esquema de la Ley 685, pese a su vocación de integralidad, no logró resolver de manera definitiva los conflictos normativos inherentes a una actividad que se desarrolla en un Estado que reconoce simultáneamente la propiedad pública del subsuelo, la libertad de empresa, los derechos de las comunidades y la protección del

¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 de 2001. Op. cit.

¹⁸ *Ibíd.*

ambiente. Las reformas parciales introducidas por la Ley 1753 de 2015 y la creación de la Agencia Nacional de Minería mediante el Decreto 4134 de 2011 no alteraron la estructura básica del modelo concesional instaurado en 2001.¹⁹

Es así como la Ley 685 de 2001 consolidó un modelo concesional que unificó el acceso al recurso minero bajo un único título habilitante, reafirmó la propiedad inalienable e imprescriptible del Estado sobre los minerales, excluyó al contrato de concesión del régimen general de contratación estatal y estableció un sistema de zonas excluibles, regalías y declaratoria de utilidad pública como instrumentos de articulación entre el interés extractivo y los bienes jurídicos constitucionales en juego.

Este esquema de reconstrucción histórica constituye el punto de partida normativo desde el cual debe analizarse la presunción de interés general en la actividad minera y sus implicaciones para la DUPIS, elementos que permean la legislación actual. Al identificar la persistencia de las categorías coloniales de la patrimonialidad y el regalismo, se logra entender por qué el legislador de 2001 blindó la actividad extractiva con dicha presunción de carácter absoluto, heredera de una soberanía estatal que hoy choca con el pluralismo jurídico contemporáneo. Esta inercia histórica es la causa de la tensión estructural frente al marco axiológico de la Constitución de 1991, sirviendo como el cimiento sobre el cual se edifican los capítulos posteriores bajo un imperativo de ponderación que reconozca la diversidad de los bienes jurídicos en contraposición.

¹⁹ La declaratoria de inexequibilidad por omisión de consulta previa no fue la primera vez que el sistema constitucional colombiano limitó el modelo concesional. La Sentencia C-891 de 2002 ya había precisado que las normas mineras que afectan territorios indígenas deben interpretarse a la luz del derecho a la participación y la consulta previa. La inexequibilidad de 2011 fue, en ese sentido, una consecuencia anunciada de una tensión que el legislador de 2001 no resolvió.

CAPÍTULO 2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA ACTIVIDAD MINERA

Con la adopción del modelo concesional establecido por la Ley 685 de 2001, resulta necesario identificar los fundamentos constitucionales que sustentan el régimen jurídico de la minería en Colombia. La Constitución Política de 1991 no se limita a reconocer la propiedad estatal sobre el subsuelo; establece, además, un conjunto de disposiciones que articulan la titularidad dominical de los recursos naturales, la función de dirección de la economía por parte del Estado, la protección de los derechos colectivos y el régimen de las contraprestaciones económicas derivadas de la explotación de dichos recursos. Este marco constitucional constituye el punto de referencia indispensable para comprender el alcance de la presunción de interés general atribuida a la actividad minera y las implicaciones jurídicas de la declaración de utilidad pública e interés social (DUPIS).

Los artículos 332, 334, 360 y 361 de la Constitución conforman el núcleo del régimen minero colombiano. Leídos de manera sistemática y en concordancia con los principios del Estado social de derecho, el desarrollo sostenible y la función social y ecológica de la propiedad consagrados en los artículos 1, 58 y 80 configuran un modelo en el que la explotación de los recursos minerales se entiende como una actividad con proyección colectiva, sujeta a la dirección estatal y orientada, al menos en su diseño formal, a la satisfacción del interés general. La Corte Constitucional ha denominado este conjunto de disposiciones como la Constitución Ecológica, es decir, un bloque normativo que obliga al Estado a manejar los recursos naturales con responsabilidad y en función del interés colectivo ²⁰. A continuación, se examinan los dos componentes estructurales de ese fundamento constitucional.

2.1 Propiedad estatal del subsuelo (artículo 332 C.P.)

El artículo 332 de la Constitución Política establece, con claridad, que 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 ²¹. Como se examinó en el capítulo anterior, esa norma no creó algo nuevo, sino que formalizó a nivel

²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-339 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

²¹ Constitución. Op. cit.

constitucional una tradición que operaba desde la época colonial. Lo que sí hizo fue dotarla de una jerarquía normativa superior que ninguna ley ordinaria puede contradecir, y articularla con el nuevo marco de derechos fundamentales, el Estado social de derecho y los principios de función social y ecológica de la propiedad consagrados en el artículo 58 *ibídem* ²².

Desde el punto de vista dogmático, la propiedad estatal del subsuelo no funciona igual que la propiedad privada regulada por el Código Civil. Es una propiedad de dominio público, es decir que no puede venderse ni transferirse a los particulares (inalienable), y tampoco puede perderse por el simple paso del tiempo o por el uso prolongado de un tercero (imprescriptible). Esas dos características, reproducidas expresamente en el artículo 6 del Código de Minas ²³, significan en términos prácticos que ningún contrato, ninguna sentencia ni ninguna costumbre puede hacer que los minerales del subsuelo dejen de ser del Estado. La Corte Constitucional precisó que, como propietario del subsuelo, el Estado tiene la obligación de conservar esos bienes y el derecho de percibir los beneficios de su explotación, que puede autorizar a los particulares mediante concesiones ²⁴.

Un elemento particularmente significativo en la interpretación del artículo 332 es la determinación del sujeto al que se atribuye la propiedad. La expresión “el Estado”, empleada por el constituyente, no se refiere exclusivamente a la Nación como entidad centralizada, sino que comprende el conjunto de la organización pública como la Nación, las entidades territoriales y, en últimas, todos los colombianos. La Corte Constitucional ha precisado que el constituyente quiso evitar la centralización nacional de los recursos provenientes de la explotación de los recursos naturales, los cuales deben beneficiar a todos los colombianos ²⁵. Esa interpretación expansiva del concepto de Estado-

²² HERNÁNDEZ BETANCUR. Op. cit.

²³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 de 2001. Op. cit.

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-983 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁵ *Ibíd.*

propietario tiene consecuencias directas sobre la distribución de las regalías y sobre los debates en torno a la autonomía territorial en materia minera.

La disociación entre la propiedad del suelo y la del subsuelo, que como se vio antes tiene origen colonial, ha generado conflictos prácticos que el derecho ha tenido que resolver. El propietario de una finca puede ver cómo el Estado otorga una concesión minera sobre su terreno a un tercero sin que él tenga ninguna posibilidad de impedirlo. Frente a esa situación, la Corte Constitucional ha dicho que, si bien la propiedad estatal del subsuelo prevalece, los dueños del predio tienen derecho a ser compensados cuando la actividad minera afecta el uso de sus tierras ²⁶. Esa compensación no equivale a una participación en los beneficios de la explotación, sino a una indemnización por los perjuicios causados. Esta tensión, que aquí apenas se enuncia, es la que se desarrolla de manera más amplia en el Capítulo 3, dedicado a los instrumentos de intervención sobre la propiedad privada.

El artículo 332 también contiene una salvaguarda importante; la propiedad estatal opera sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes. Con esa cláusula, el constituyente reconoció la existencia de situaciones jurídicas consolidadas bajo la legislación anterior en las que particulares habían obtenido derechos de propiedad sobre ciertos minerales. La Constitución respetó esas situaciones ya consolidadas, y el Código de Minas hizo lo mismo en el inciso final de su artículo 5 ²⁷.

La Sentencia SU-095 de 2018, proferida en sede de unificación, aportó un elemento central para este trabajo, en esa decisión, la Corte Constitucional resolvió una pregunta que había generado mucha controversia: ¿pueden los municipios y departamentos prohibir la minería en sus territorios mediante consultas populares? La respuesta fue negativa. La Corte explicó que la competencia sobre el subsuelo es, por diseño constitucional, de nivel nacional, y que permitir que las entidades territoriales la anulen mediante mecanismos de participación ciudadana equivaldría a darles un poder

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-339 de 2002. Op. cit.

²⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 de 2001. Op. cit.

de veto sobre competencias que la Carta le asignó al Gobierno central ²⁸. Esa decisión, que no ha estado exenta de críticas desde la perspectiva de la autonomía territorial y el derecho a la participación, reafirma la centralidad del artículo 332 como norma que concentra en el nivel nacional la titularidad y el manejo del subsuelo, y será relevante al analizar los alcances de la DUPIS en los capítulos siguientes.

En suma, el artículo 332 de la Constitución Política no sólo atribuye al Estado la propiedad del subsuelo; funda en sus términos todo el régimen jurídico de la actividad minera. La inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la extensión de esa propiedad a todos los recursos minerales con independencia del propietario del suelo suprayacente constituyen las premisas sobre las cuales se construye el modelo concesional, se articula el sistema de regalías y se justifica la intervención del Estado en la economía extractiva. Sobre esas premisas reposa también, como se examinará más adelante, la presunción de interés general que sustenta la DUPIS en el sector minero.

2.2 Regalías e interés económico nacional

Si el artículo 332 responde a la pregunta de quién es dueño del subsuelo, los artículos 360 y 361 de la Constitución responden a la pregunta de qué pasa con el dinero que produce su explotación. Las regalías son, en términos sencillos, la contraprestación que debe pagar quien extrae recursos naturales no renovables por usar un bien que pertenece al Estado. Son la forma en que la propiedad estatal del subsuelo se traduce en beneficio económico para la sociedad, y en ese sentido constituyen el segundo pilar del fundamento constitucional de la actividad minera. Su comprensión no puede separarse de la trayectoria histórica examinada en el capítulo anterior; como señala Hernández Betancur²⁹, las regalías son la versión contemporánea y constitucionalizada del Quinto Real colonial, adaptada al lenguaje de los derechos y las contraprestaciones del Estado social de derecho.

El artículo 360 de la Constitución establece que la explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a

²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-095 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

²⁹ HERNÁNDEZ BETANCUR. Op. cit.

título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte ³⁰. Esa obligación no es opcional ni negociable, pues quien explota el subsuelo debe pagar porque está usando un bien que no le pertenece. La norma encomienda al legislador la determinación de las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, y autoriza la regulación de la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, uso eficiente y destinación de los ingresos derivados de dicha explotación.

La naturaleza jurídica de la regalía ha sido objeto de debate doctrinal y jurisprudencial. Durante un tiempo, parte de la jurisprudencia la concibió como un derecho de las entidades territoriales productoras, es decir, de los departamentos y municipios donde están ubicados los yacimientos. Sin embargo, la Corte Constitucional, al revisar la reforma constitucional de 2011, fue clara en señalar que las regalías son rentas nacionales, dado que pertenecen al Estado en su conjunto, y las entidades territoriales tienen sobre ellas un derecho de participación, no un título de dominio propio ³¹. Esa distinción es importante porque define quién puede decidir sobre esos recursos y cómo se distribuyen, y tiene consecuencias directas sobre la discusión acerca del interés económico nacional en la actividad minera.

El Acto Legislativo 05 de 2011 transformó de manera profunda la arquitectura del sistema de regalías. Antes de esa reforma, el modelo favorecía a las regiones productoras debido a que los departamentos y municipios donde se extraían los recursos recibían la mayor parte de las regalías, mientras que las zonas sin vocación minera quedaban por fuera de los beneficios. Eso generó grandes desigualdades territoriales de tal manera que algunas regiones productoras acumularon recursos enormes (no siempre bien utilizados) mientras otras no recibían nada, aunque los recursos explotados eran

³⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 05 de 2011. Por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de regalías y compensaciones. Diario Oficial No. 48.134 Art. 360,.

³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-010 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

constitucionalmente de toda la Nación ³². Esa asimetría era difícilmente justificable desde la perspectiva del artículo 332: si los minerales son propiedad de todo el Estado (y de todos los colombianos), no resulta razonable que los beneficios de su explotación queden concentrados en las regiones donde casualmente se ubican los yacimientos.

La reforma creó el Sistema General de Regalías (SGR), cuyo objetivo central es redistribuir esos recursos de manera más equitativa en todo el país. El nuevo artículo 361 constitucional estableció que los ingresos del SGR se destinarán a financiar proyectos de desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para pasivos pensionales; a inversiones en educación, ciencia, tecnología e innovación; y al aumento de la competitividad regional, buscando mejorar las condiciones sociales de la población ³³. Para canalizar esos recursos se crearon cuatro fondos: (i) el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; (ii) el Fondo de Desarrollo Regional; (iii) el Fondo de Compensación Regional; y (iv) el Fondo de Ahorro y Estabilización.

La Ley 1530 de 2012, que regula la organización del SGR, definió entre sus objetivos la creación de condiciones de equidad en la distribución de los ingresos provenientes de la explotación de recursos naturales no renovables; la propiciación de mecanismos de inversión que prioricen la distribución hacia la población más pobre; la promoción del desarrollo y la competitividad regional; y el fomento de proyectos que impulsen la producción minero-energética en todas sus escalas ³⁴. En conjunto, ese diseño apunta a que la explotación del subsuelo genere un retorno social que justifique, desde la perspectiva del interés general, las implicaciones que esa actividad tiene sobre los territorios y las comunidades.

Es importante señalar, sin embargo, que el diseño constitucional del SGR no resuelve por sí solo la pregunta sobre el interés económico nacional en la actividad minera. El hecho de que las regalías se redistribuyan de manera más equitativa no

³² TRANSPARENCIA COLOMBIA. La reforma al Sistema General de Regalías. Balance y recomendaciones. s.f.

³³ Acto Legislativo 05. Op. cit.

³⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1530 de 2012. Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías. Diario Oficial no. 48.433 Art. 2.

significa automáticamente que toda actividad minera sea de interés público en la intensidad que justifica la expropiación de predios privados. Como se analiza en el Capítulo 5, el interés económico nacional en la minería varía según el tipo de mineral, la escala del proyecto y su capacidad de generar un retorno social verificable y proporcional al sacrificio que se impone a los propietarios afectados.

Además, varios estudios han señalado que el retorno social prometido por el sistema de regalías no siempre llega a las comunidades más directamente afectadas por la actividad extractiva. Las comunidades que conviven con los proyectos mineros (que soportan el ruido, el polvo, la contaminación del agua y el deterioro del paisaje) no necesariamente son las más beneficiadas por las regalías, que se distribuyen conforme a criterios de equidad territorial de alcance nacional ³⁵. Esa brecha entre el diseño formal del sistema y su funcionamiento real debilita la justificación material de la presunción de interés general que sustenta la DUPIS, cuestión que se retoma de manera crítica en el Capítulo 5.

En síntesis, el fundamento constitucional de la actividad minera en Colombia se apoya en dos pilares complementarios como la propiedad estatal del subsuelo, que le da al Estado el control sobre los recursos minerales y la potestad de regularlos y concederlos en explotación; y el sistema de regalías, que convierte esa propiedad en un mecanismo de redistribución orientado al desarrollo nacional. Ambos sostienen la idea de que la minería es una actividad de interés general. Pero como se verá en los capítulos siguientes, esa afirmación requiere un examen más cuidadoso cuando se analiza en relación con los derechos individuales y colectivos que pueden verse afectados por la actividad extractiva, y con la pregunta de si el interés público es siempre suficientemente intenso como para justificar los instrumentos más gravosos de intervención sobre la propiedad privada.

³⁵ MEDRANO SÁNCHEZ, M. I., et al. La responsabilidad social empresarial en la relación comunidades campesinas y empresas mineras. En: Lex. 2019, vol. 17, no. 23, p. 327-360. ÁLZATE GÓMEZ, Luisa Fernanda. Minería de oro en el marco de la inseguridad normativa, los grupos de interés y las zonas de exclusión. En: Opinión Jurídica. 2015, vol. 14, no. 28, p. 117-134.

CAPÍTULO 3. INSTRUMENTOS DE LIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA

Los fundamentos constitucionales examinados en el capítulo anterior (la propiedad estatal del subsuelo y el sistema de regalías) no son solo declaraciones formales sino que producen efectos jurídicos concretos sobre los derechos de quienes son dueños de terrenos o bienes que la actividad minera necesita. Cuando el Estado declara que una actividad económica es de utilidad pública, esa declaración habilita jurídicamente el uso de dos instrumentos que pueden limitar o suprimir el derecho de propiedad de los particulares siendo las servidumbres y la expropiación. En el caso de la minería, la Ley 685 de 2001 reguló ambas figuras de manera específica, articulando su funcionamiento con la declaratoria general de utilidad pública del artículo 13. Este capítulo examina esa articulación en tres partes; primero, desde la perspectiva del derecho de propiedad y sus límites constitucionales; luego, en relación con las servidumbres mineras; finalmente, respecto de la expropiación en el sector extractivo.

El análisis de la DUPIS (que es la figura que activa ambos instrumentos y que constituye el núcleo del problema de investigación de esta tesis) se reserva para un capítulo propio, dada su centralidad y la complejidad de las tensiones que genera. Lo que se desarrolla aquí es el sustrato teórico y normativo sin el cual no es posible comprender el alcance y las limitaciones de esa declaratoria.

3.1 El derecho de propiedad y sus límites constitucionales

Para comprender en qué medida el Estado puede limitar o suprimir el derecho de propiedad en beneficio del interés general, es necesario partir de la base teórica que da sustento a esa posibilidad. El derecho de propiedad es uno de los derechos de más larga tradición en el pensamiento jurídico occidental; desde el derecho romano hasta el constitucionalismo liberal del siglo XVIII, fue concebido como un derecho subjetivo absoluto, erga omnes y prácticamente ilimitable por parte del Estado. La propiedad privada era, en esa visión, el fundamento de la libertad individual y el límite infranqueable de la intervención estatal.

La transformación del Estado liberal en Estado social, ocurrida a lo largo del siglo XX, implicó una revisión profunda de esa concepción. El jurista francés León Duguit fue uno de los primeros en articular, desde el punto de vista teórico, una crítica sistemática

al concepto de propiedad como derecho subjetivo absoluto. Para Duguit, la propiedad no es un derecho que el individuo tenga frente a la sociedad, sino una función social. En su formulación clásica:

“el propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario”.³⁶

Esta concepción no suprime el derecho de propiedad, pero cambia radicalmente su fundamento; en lugar de ser un atributo natural del individuo, es una institución social que el ordenamiento jurídico reconoce en la medida en que cumple una función útil para la comunidad.

Las ideas de Duguit tuvieron una influencia determinante en el constitucionalismo latinoamericano del siglo XX. En Colombia, la reforma constitucional de 1936 introdujo por primera vez la función social de la propiedad como límite explícito al ejercicio del derecho de dominio. La Constitución de 1991 no solo mantuvo ese principio, sino que lo enriqueció con la adición de la función ecológica, según la cual el propietario no solo debe ejercer su derecho en función del interés social, sino también en armonía con la protección del ambiente³⁷. Esa doble función, social y ecológica, convierte la propiedad privada en un derecho condicionado desde su origen; no existe una propiedad absoluta que luego el Estado recorta, sino un derecho que nace con sus propias limitaciones incorporadas.

Desde la perspectiva de la teoría garantista, Luigi Ferrajoli ha señalado que los derechos fundamentales (entre ellos el de propiedad) no son absolutos, sino que se ejercen dentro de un sistema de garantías recíprocas que incluye tanto el respeto de los

³⁶ DUGUIT, León. Citado por: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre las transformaciones del Derecho Público, de León Duguit. En: Revista de Administración Pública. 2013, no. 190, p. 75 p. 75.

³⁷ Constitución. Op. cit.

derechos individuales como la satisfacción de los derechos sociales y colectivos ³⁸. En esa visión, la intervención del Estado en la propiedad privada no es una violación del derecho, sino la expresión de un sistema jurídico que reconoce que los derechos individuales tienen límites determinados por los derechos de los demás y por las necesidades de la colectividad. El garantismo no propugna el Estado mínimo ni el Estado máximo, sino el Estado regulado, aquel que actúa conforme a un sistema de normas que delimitan con precisión sus competencias y salvaguardan los derechos de todos.

La Corte Constitucional colombiana ha recogido y desarrollado estas perspectivas en una jurisprudencia consistente sobre los límites constitucionales al derecho de propiedad. En la Sentencia C-595 de 1999, declaró inexecutable la expresión 'arbitrariamente' contenida en el artículo 669 del Código Civil, que definía la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una cosa de esa manera. Para la Corte, esa palabra era incompatible con el modelo constitucional de propiedad, que no admite un ejercicio sin límites ni responsabilidades; la propiedad es un derecho constitucional cuyo ejercicio comprende obligaciones específicas derivadas de sus funciones sociales y ecológicas ³⁹. Ese fallo tuvo una trascendencia teórica y práctica enorme al eliminar la arbitrariedad como atributo del dominio, la Corte confirmó que el propietario colombiano no tiene el poder de usar sus bienes de manera contraria a los intereses de la sociedad.

En la Sentencia C-491 de 2002, la Corte reiteró que la propiedad privada es un derecho relacional, cuyo contenido y límites se determinan en función de su articulación con los demás derechos y principios constitucionales. Señaló que la explotación de los bienes privados exige la adopción de medidas que tiendan a su integración en la sociedad como elemento crucial del desarrollo, y que el Estado tiene competencia para intervenir en el ejercicio de la propiedad cuando ello sea necesario para lograr objetivos de interés colectivo ⁴⁰. Esta lectura de la propiedad como derecho condicionado por el interés general es la que permite comprender porqué la Constitución admite instrumentos

³⁸ FERRAJOLI, Luigi; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés y GREPPI, Andrea. Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2011.

³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-595 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-491 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

como las servidumbres y la expropiación, pues no son excepciones al derecho de propiedad, sino expresiones de su naturaleza condicionada.

La Corte ha identificado tres tipos de limitaciones constitucionales a la propiedad privada, jerarquizadas por su intensidad. El primero es la función social donde el propietario no puede usar sus bienes de manera que afecte los intereses de la comunidad o que los sustraiga de su función productiva y social. El segundo es la función ecológica, donde el uso de la propiedad debe ser compatible con la conservación del ambiente, conforme a los artículos 58, 79 y 80 de la Carta ⁴¹. El tercero, es la expropiación, sucede cuando el interés privado colisiona con una necesidad declarada de utilidad pública, el Estado puede obligar al propietario a ceder su bien, siempre que exista una ley que defina esos motivos, un procedimiento judicial o administrativo, y una indemnización previa ⁴².

El principio de proporcionalidad es el instrumento metodológico que la Corte Constitucional ha adoptado para controlar la constitucionalidad de las intervenciones estatales sobre el derecho de propiedad. Las restricciones deben ser razonables, proporcionadas al fin que se persigue y no deben afectar el núcleo esencial del derecho ⁴³. Desde la teoría de los derechos fundamentales, Alexy y Bernal Pulido⁴⁴ identifican tres subprincipios que estructuran ese control:

“cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro. Este principio expresa la idea de optimización relativa a las posibilidades jurídicas, y se descompone en los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.” (pp. 138, 161)

Una intervención que suprime los atributos básicos del dominio (como ocurre con la expropiación) sólo es constitucional si supera los tres subprincipios. Ese estándar

⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴² Constitución. Op. cit.

⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189 de 2006. Op. cit.

⁴⁴ ALEXY, Robert y BERNAL PULIDO, Carlos. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

adquiere especial relevancia en el análisis crítico de la DUPIS que se desarrolla en el Capítulo 5.

3.2 Servidumbres mineras

La servidumbre es, en términos generales, un gravamen que se impone sobre un predio (llamado predio sirviente) en beneficio de otro predio o de una actividad determinada. En el derecho civil ordinario, las servidumbres pueden ser voluntarias; cuando nacen de un acuerdo entre las partes o legales; cuando la ley las impone directamente en atención a ciertas circunstancias objetivas. En el ámbito minero, todas las servidumbres son de carácter legal y forzoso, es decir que no requieren acuerdo entre las partes para nacer, ni pueden ser evitadas por el propietario del predio afectado.

El fundamento de esa naturaleza forzosa es precisamente la declaratoria de utilidad pública del artículo 13 del Código de Minas. Dado que la industria minera es de interés social, los predios que se encuentren en su camino deben soportarla, aunque el dueño no esté de acuerdo. El artículo 166 del Código establece que para el ejercicio eficiente de la industria minera en todas sus fases y etapas podrán establecerse las servidumbres que sean necesarias sobre los predios ubicados dentro o fuera del área objeto del título minero ⁴⁵. Esa disposición es de una amplitud considerable, pues no limita las servidumbres al área de la concesión, sino que las extiende a cualquier predio necesario para el proyecto, lo que puede incluir predios situados a kilómetros del área de extracción.

El artículo 168 del Código reconoce expresamente el carácter legal y forzoso de las servidumbres mineras. A diferencia de las servidumbres civiles ordinarias, que se perfeccionan mediante un acuerdo de voluntades inscrito en el registro, las servidumbres mineras operan de pleno derecho desde que se dan las condiciones previstas en la ley, sin necesidad de declaración formal de ninguna autoridad. Lo que se decide ante las autoridades no es si la servidumbre existe, sino la forma en que se ejercerá y el monto de la compensación que el concesionario debe pagar al propietario afectado ⁴⁶. El

⁴⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 de 2001. Op. cit.

⁴⁶ AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA. Concepto jurídico No. 20221200280771. 2022.

propietario del predio sirviente no tiene, en principio, la posibilidad de negarse a que la servidumbre se establezca; su única prerrogativa es discutir las condiciones de su ejercicio y la cuantía de la compensación.

El Código de Minas regula varios tipos de servidumbres según la necesidad que las origina. La servidumbre de ocupación, regulada en el artículo 174, permite al concesionario usar temporal o permanentemente los terrenos del predio sirviente para instalaciones, depósitos de materiales o infraestructura necesaria para el proyecto ⁴⁷. La servidumbre de presa y acueducto, del artículo 175, autoriza el uso de aguas del predio sirviente para las labores mineras ⁴⁸. La de desagüe, del artículo 176, permite conducir las aguas residuales de las operaciones a través del predio sirviente ⁴⁹. La de sondeos y labores preparatorias, del artículo 177, habilita la realización de trabajos de prospección y exploración en el predio ⁵⁰. Las de ventilación y de comunicaciones y tránsito, de los artículos 178 y 179, regulan respectivamente el paso de aire necesario para las labores subterráneas y el uso de caminos, cables y tuberías para el transporte de personas, materiales y minerales ⁵¹.

Frente al dueño del predio sirviente, el Código reconoce dos derechos básicos tales como ser notificado antes de que la servidumbre se ejerza, mediante un aviso formal sobre la necesidad de ocupar el predio; y recibir una compensación por los perjuicios que la servidumbre le cause ⁵². Si no hay acuerdo sobre el monto de esa compensación, el conflicto se tramita mediante el procedimiento administrativo previsto en el artículo 285 del Código, que remite a la Ley 1274 de 2009 sobre avalúos en los procesos de adquisición de inmuebles por motivos de utilidad pública o interés social.

Aunque la servidumbre es, en términos jurídicos, una herramienta menos invasiva que la expropiación porque no suprime el derecho de propiedad sino que lo restringe, sus efectos prácticos pueden ser muy significativos. Un propietario cuyo predio es objeto

⁴⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 de 2001. Op. cit.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA. Concepto jurídico No. 20211200278771. 2021.

de una servidumbre de ocupación puede ver limitado el uso de su tierra de manera prolongada, con impactos directos sobre su actividad agrícola, su vivienda o su proyecto de vida. Un propietario afectado por una servidumbre de acueducto puede ver cómo el agua de sus predios es desviada hacia el proyecto minero, reduciendo la disponibilidad del recurso para sus propias labores. En todos esos casos, quien asume el costo directo del supuesto beneficio colectivo de la minería es el propietario del predio sirviente, que puede no recibir ningún beneficio concreto de la explotación del subsuelo adyacente ⁵³.

Esa asimetría entre quienes cargan con los costos de la actividad minera y quienes reciben sus beneficios es una de las razones por las que, en el Capítulo 5, se cuestiona si la presunción uniforme de interés público que sustenta las servidumbres mineras está siempre justificada. La pregunta no es si las servidumbres son inconstitucionales, pues la Corte Constitucional las ha avalado en múltiples oportunidades, sino si la amplitud de la declaratoria del artículo 13 es compatible con el principio de proporcionalidad en todos los casos, o si en algunos de ellos el sacrificio que se impone al propietario resulta desproporcionado en relación con el beneficio colectivo que efectivamente produce el proyecto minero.

3.3 Expropiación en el sector minero

Si la servidumbre restringe el derecho de propiedad, la expropiación lo suprime. Es el instrumento más intenso de intervención estatal sobre la propiedad privada, y por eso mismo exige el cumplimiento de requisitos más estrictos. El artículo 58 de la Constitución establece tres condiciones que deben concurrir para que la expropiación sea constitucionalmente válida: que existan motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador; que se cumpla el procedimiento previsto en la ley; y que el propietario reciba una indemnización previa, cuyo monto se fija de común acuerdo o por decisión judicial en los términos que indique la ley ⁵⁴. En el sector minero, esos tres elementos están regulados de manera específica en el Código de Minas.

⁵³ ARANGO DUQUE, J. C. La expropiación por motivos de utilidad pública e interés social en el sector minero colombiano: una mirada desde el derecho de propiedad. En: Revista de Derecho. 2020, no. 54, p. 482-511.

⁵⁴ Constitución. Op. cit.

La primera condición, los motivos de utilidad pública o interés social, está satisfecha por el artículo 13 del Código, que declara de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases, y habilita el uso de la expropiación para obtener los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo ⁵⁵. Esa declaratoria general es el fundamento jurídico de todas las expropiaciones en el sector, debido a que el legislador ya definió los motivos de utilidad pública, por ende, el concesionario puede activar el mecanismo cuando lo necesite, sin que sea necesaria una nueva ley para cada caso concreto. La generalidad de esa declaratoria, como se señala en el Capítulo 5, es precisamente uno de los aspectos más problemáticos desde el punto de vista de la justicia constitucional.

La segunda condición, la existencia de un procedimiento legal, está regulada en los artículos 189 a 193 del Código de Minas. El artículo 189 establece que la solicitud de expropiación debe ser presentada por el concesionario ante la Agencia Nacional de Minería, indicando con precisión cuáles bienes necesita, por qué son indispensables para el proyecto y quiénes son sus propietarios. La autoridad ordena inscribir la petición en los registros correspondientes, cita a los interesados para que ejerzan su derecho de defensa y designa peritos para verificar la indispensabilidad del bien y establecer el avalúo base para la indemnización ⁵⁶.

La condición de indispensabilidad, regulada en el artículo 186 del Código, es una limitación importante al alcance de la expropiación minera. No cualquier inmueble útil puede expropiarse, solo aquel sin el cual el proyecto no puede desarrollarse de manera eficiente. El artículo 186 precisa que los bienes expropiables son los inmuebles por naturaleza o adhesión permanente, y los derechos constituidos sobre los mismos que sean indispensables para las edificaciones e instalaciones del proyecto, para la extracción o captación de los minerales y para el ejercicio de las servidumbres correspondientes ⁵⁷. La indispensabilidad debe establecerse mediante un dictamen

⁵⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 de 2001. Op. cit.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*

pericial designado por la autoridad concedente ⁵⁸, lo que en la práctica introduce un elemento de valoración técnica en el proceso.

El artículo 188 contempla un límite adicional, el cual, no puede expropiarse un bien inmueble que ya esté adquirido o destinado al ejercicio de otro título minero vigente ⁵⁹. Esa prohibición busca evitar que un concesionario perjudique a otro mediante la figura de la expropiación, preservando la coherencia del sistema de títulos habilitantes.

La tercera condición, la indemnización previa, es la que más directamente protege al propietario afectado. El avalúo pericial sirve como base para la determinación del precio, que puede acordarse entre las partes o, en ausencia de acuerdo, ser fijado por la autoridad administrativa. El Código prevé que el concesionario debe consignar el monto de la indemnización antes de que se produzca la entrega material del bien, y que ese monto debe cubrir no solo el valor comercial del inmueble sino también los perjuicios causados al propietario por la expropiación, incluidos los daños consecuenciales ⁶⁰.

Casos concretos de este procedimiento se registran en las Resoluciones 18-1796 y 18-1800 de 2008, mediante las cuales el entonces Ministerio de Minas y Energía tramitó expropiaciones a favor del Consorcio Drummond en el departamento del Cesar. Esos casos son emblemáticos porque ilustran cómo el mecanismo opera en la práctica; un concesionario de gran minería carbonífera solicita la expropiación de predios que requiere para expandir sus instalaciones, la autoridad verifica la indispensabilidad mediante dictamen pericial, se notifica a los propietarios afectados, se establece el avalúo y se consigna la indemnización. El procedimiento es formalmente garantista, pero su resultado sobre la pérdida del predio por parte del propietario; es irreversible.

Desde el punto de vista del propietario, eso plantea una pregunta que el Código no responde con suficiente detalle: ¿es razonable perder un bien (quizás el único que se tiene) cuando todavía no existe certeza sobre la viabilidad del proyecto? La norma dice

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ *Ibíd.*

que sí. Lo que esta investigación pregunta es si ese "sí" automático resiste el escrutinio constitucional.

Esa amplitud de la expropiación minera, que abarca la fase exploratoria, que no exige una demostración de viabilidad económica del proyecto y que opera sobre la base de la declaratoria uniforme del artículo 13, conecta directamente con el problema central de la investigación. Como se analiza en el Capítulo 5, la expropiación descansa en el supuesto de que toda la industria minera genera un interés público suficientemente intenso para justificar ese sacrificio extremo sobre los derechos del propietario. Verificar si esa presunción es siempre constitucionalmente sostenible, o si en cambio requiere una gradación que el Código de Minas no contempla, es uno de los objetivos centrales de los capítulos que siguen.

En síntesis, las servidumbres y la expropiación son los dos instrumentos a través de los cuales la declaratoria de utilidad pública de la minería produce efectos concretos sobre la propiedad privada. Ambos tienen base constitucional en el artículo 58 de la Carta y están regulados de manera específica en el Código de Minas, operando sobre el supuesto de que el interés general de la actividad minera justifica limitar o suprimir los derechos individuales de los propietarios afectados. Sin embargo, ambos remiten a la DUPIS, que es la figura que activa esas posibilidades. Por su centralidad en el problema de investigación, la DUPIS será objeto de un capítulo propio, en el que se examinará su naturaleza jurídica, sus requisitos, su alcance y las tensiones que genera cuando se aplica de manera uniforme a toda la actividad minera.

CAPÍTULO 4. LA DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL EN LA ACTIVIDAD MINERA

4.1 Alcance normativo del artículo 13 de la Ley 685 de 2001

El artículo 13 de la Ley 685 de 2001 es la norma central de este trabajo. Su texto establece que la industria minera es de utilidad pública e interés social en todas sus ramas y fases, y que por esa razón pueden decretarse expropiaciones sobre los bienes inmuebles necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo, a solicitud de parte interesada y conforme a los procedimientos del Código de Minas ⁶¹. La disposición añade que la expropiación no procederá sobre bienes ya adquiridos o destinados por otro titular minero para su propia concesión, lo que protege la seguridad jurídica de quienes ya tienen derechos constituidos.

Lo primero que llama la atención es la amplitud de la calificación. Al referirse a todas las ramas y fases, el artículo cobija sin distinción la prospección, la exploración, la construcción y montaje, la explotación, el beneficio, la transformación, el transporte y la promoción de los minerales, conforme al ámbito material que define el artículo 2 del mismo Código. Eso significa que la presunción de utilidad pública opera de manera idéntica para una operación artesanal de materiales de construcción y para un megaproyecto de gran minería a cielo abierto. Como se desarrolla en el Capítulo 5 de este trabajo, esa equiparación genera tensiones constitucionales que el propio ordenamiento jurídico colombiano ha comenzado a reconocer, aunque todavía de manera parcial.

El segundo elemento estructural de la norma es el nexo causal entre la declaratoria y la expropiación. La locución “por tanto” que une ambas partes del artículo no es casual; expresa que la posibilidad de expropiar es una consecuencia directa e inmediata de la calificación de utilidad pública. Sin embargo, esa habilitación no es incondicional; el propio artículo establece tres requisitos concurrentes: que la expropiación sea solicitada por el titular del proyecto, que se tramite por los procedimientos del Código y que los bienes sean necesarios para el ejercicio y eficiente desarrollo de la actividad. Este último criterio de necesidad debería funcionar, al menos

⁶¹ *Ibíd.*

en el plano normativo, como un límite material que exige demostrar que la privación del dominio es indispensable para la viabilidad del proyecto.

En la práctica, sin embargo, ese límite opera de manera débil. Como se analiza, la presunción general que establece la norma invierte la carga argumentativa; en lugar de que el titular minero deba acreditar la utilidad pública del proyecto concreto, la ley la presume por el solo hecho de tratarse de actividad minera, y es el propietario afectado quien debe asumir la carga de desvirtuarla. El artículo 13 del Código de Minas encuentra su fundamento en el artículo 58 de la Constitución Política, al cual remite de manera expresa. Esa remisión implica que la declaratoria debe interpretarse dentro del marco constitucional que regula la propiedad, su función social y la potestad expropiatoria del Estado, lo que, como se desarrollará, impone límites materiales que la norma legal por sí sola no garantiza.

4.2 Naturaleza jurídica de la DUPIS

La DUPIS no es un acto administrativo particular mediante el cual la autoridad minera declare, frente a un proyecto específico, que este reviste interés general. Es, en cambio, una calificación normativa emanada directamente del legislador, inscrita en el texto de una ley de la República, que atribuye a la totalidad de la industria minera la condición de actividad de utilidad pública e interés social ⁶². Eso significa que la DUPIS opera como una presunción legal de interés general que se activa por el solo hecho de que una actividad pueda calificarse como minera en los términos del Código. No se requiere ninguna declaración particular ni ninguna evaluación individualizada del grado de beneficio colectivo que reporta el proyecto.

Desde la dogmática del derecho administrativo, la DUPIS cumple la función de presupuesto sustancial o causa expropriandi que habilita el ejercicio de la potestad expropiatoria en el sector minero. El artículo 58 de la Constitución Política condiciona la expropiación a la existencia de “motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador”, y la DUPIS del artículo 13 es, precisamente, esa definición legislativa

⁶² Ibíd.

para el ámbito minero. En términos de Pimiento⁶³, existe una “relación complementaria y equilibrada entre propiedad y expropiación, pues no existe propiedad constitucional sin el correlativo instituto expropiatorio” (p. 484). La DUPIS es el puente normativo que conecta esa garantía constitucional con la potestad estatal de sacrificarla cuando el interés colectivo lo exige.

Más allá de su dimensión jurídica, la DUPIS también es un instrumento de política pública. Al elevar la industria minera a categoría de utilidad pública, el legislador de 2001 hizo una opción política explícita en favor del modelo extractivista como eje de desarrollo económico, en el contexto de apertura económica y atracción de inversión extranjera que caracterizó a Colombia en las décadas finales del siglo XX. Como se examinó en el Capítulo 1, esa decisión se inscribe en el tránsito del Estado empresario hacia el Estado regulador y concedente. Sin embargo, esa dimensión programática no exime a la DUPIS de los controles constitucionales que le son propios; el hecho de que el legislador haya calificado la minería como actividad de utilidad pública no implica que todo acto expropiatorio amparado en esa calificación sea, por ese solo hecho, constitucionalmente legítimo.

La tensión estructural que genera la naturaleza general y abstracta de la DUPIS se manifiesta con particular intensidad cuando la expropiación recae sobre territorios en los que coexisten múltiples intereses generales constitucionalmente protegidos. El artículo 332 de la Constitución fundamenta el interés en la explotación del subsuelo y en la generación de regalías. Pero los artículos 64 y 65 protegen la economía campesina y la seguridad alimentaria; el artículo 79 garantiza el derecho al ambiente sano; y el artículo 80 impone al Estado el deber de planificar el aprovechamiento de los recursos naturales de manera sostenible. Cuando un proyecto minero opera en un territorio de vocación agropecuaria habitado por comunidades campesinas, la mera invocación de la presunción legal del artículo 13 resulta insuficiente para resolver esa colisión, por tanto, se requiere un ejercicio de ponderación material entre intereses generales concurrentes que la DUPIS, por su propia naturaleza abstracta, no está diseñada para realizar.

⁶³ PIMIENTO. 2016. Citado por: LORENZONI ESCOBAR, Lina. Medidas administrativas con efectos expropiatorios en Colombia: el caso de los contratos de concesión minera. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2020, vol. 50, no. 133, p. 484.

4.3 Relación con el artículo 186 del Código de Minas

El artículo 186 de la Ley 685 de 2001 es el desarrollo operativo del artículo 13; mientras este establece la calificación general que justifica la expropiación, aquel define qué bienes pueden expropiarse y en qué condiciones. Su texto dispone que podrán expropiarse los bienes inmuebles por naturaleza o adhesión permanente y los derechos constituidos sobre estos que sean indispensables para las edificaciones e instalaciones del proyecto minero, para la extracción o captación de los minerales y para el ejercicio de las servidumbres correspondientes, señalando que excepcionalmente también procederá la expropiación en beneficio de los trabajos exploratorios ⁶⁴.

El aporte más significativo del artículo 186 es la introducción del criterio de indispensabilidad. A diferencia del artículo 13, que habla de bienes “necesarios”, el artículo 186 exige que sean “indispensables”, lo que establece un estándar más exigente debido a que no basta con que el bien sea útil para el proyecto, sino que se debe demostrar que sin él la actividad no puede materializarse. En términos del principio de proporcionalidad analizado en el Capítulo 3, el requisito de indispensabilidad corresponde directamente al subprincipio de necesidad, que exige que no exista una medida alternativa igualmente eficaz pero menos lesiva para el derecho del propietario.

El inciso final del artículo 186, que establece el carácter excepcional de la expropiación en la fase exploratoria, refuerza la idea de que la DUPIS no es una habilitación incondicionada. La lógica es clara, pues en la etapa de exploración el titular aún no ha establecido la existencia de reservas probadas, por lo que el interés público del proyecto se encuentra en un estado de mera expectativa. Imponer a un propietario el sacrificio definitivo de su derecho a cambio de un beneficio colectivo todavía incierto plantea serias dudas sobre la proporcionalidad de la medida.

Vista de manera conjunta, la complementariedad entre los artículos 13 y 186 presenta, sin embargo, insuficiencias importantes. Ninguna de las dos disposiciones establece un mecanismo de ponderación entre el interés general minero y los otros intereses generales constitucionalmente protegidos que pueden verse comprometidos por la expropiación. Adicionalmente, como ha señalado Lorenzoni Escobar⁶⁵, el régimen

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ LORENZONI ESCOBAR. Op. cit.

diseñado por ambas normas responde a un modelo clásico de expropiación formal que no contempla las situaciones en las que la afectación de derechos se produce por vías distintas, como la delimitación posterior de áreas protegidas o la restricción de los planes de ordenamiento territorial, que pueden producir efectos equivalentes a la expropiación sin activar el mecanismo indemnizatorio del artículo 58 de la Constitución (p. 493).

4.4 La presunción legal del interés general

La técnica legislativa empleada por el artículo 13 del Código de Minas no se limitó a habilitar la expropiación en casos concretos y debidamente individualizados. En cambio, optó por establecer una presunción legal de interés general que cobija de manera uniforme a toda la industria minera. Eso significa que el titular del proyecto está exento de demostrar, en cada caso particular, que su actividad produce un beneficio efectivo y tangible para la colectividad. Basta invocar la calificación legal y agotar sin éxito la etapa de negociación directa con el propietario para que el poder coercitivo del Estado se ponga al servicio de la adquisición forzosa del bien.

Desde la perspectiva teórica, la noción de interés general que subyace a la DUPIS conecta con la tradición del derecho público elaborada por León Duguit, cuya idea de solidaridad social como fundamento de la intervención estatal sobre los derechos individuales fue analizada en el Capítulo 3. Como advierte Rodríguez-Arana Muñoz⁶⁶ al comentar esa obra, el derecho corre el riesgo de acomodarse a la realidad cuando se convierte en “un mero procedimiento a usar como convenga por el poder político o el poder económico y financiero de cada momento” (p. 62). Esa advertencia es pertinente para la DUPIS minera; existe el riesgo de que la presunción legal del interés general se convierta en un instrumento procedimental al servicio del poder económico del concesionario, vaciando de contenido la exigencia constitucional de que la expropiación obedezca efectivamente a motivos de utilidad pública.

4.4.1 Justificación constitucional

La justificación constitucional de la DUPIS descansa en tres pilares. El primero es la propiedad estatal del subsuelo consagrada en el artículo 332 de la Constitución, que

⁶⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. Op. cit.

le da al Estado la titularidad sobre los recursos minerales y la facultad de regularlos y concederlos en explotación. El segundo es la potestad de intervención económica del artículo 334, que autoriza al Estado a intervenir en la explotación de los recursos naturales para mejorar la calidad de vida de los habitantes. El tercero es la reserva de ley del artículo 58, conforme a la cual corresponde exclusivamente al Congreso definir los motivos que justifican el sacrificio del interés particular en favor del interés general.

Sin embargo, como expresa Lorenzoni Escobar⁶⁷, este margen de configuración legislativa no es ilimitado, toda vez que la Constitución impone contornos materiales que no pueden desconocerse. El artículo 58 de la Constitución Política no solo habilita la potestad expropiatoria, sino que también consagra la función social y ecológica de la propiedad, exige el pago de una indemnización previa y garantiza el respeto al debido proceso. En este sentido, señala que la regulación constitucional “sienta las bases para una relación complementaria y equilibrada entre propiedad y expropiación” (p. 484) y define, al mismo tiempo, “precisas condiciones para que una expropiación sea legítima” (p. 484). Estas salvaguardas fundamentales no pueden ser eludidas mediante el simple expediente de una presunción legal; por lo tanto, la legitimidad constitucional de la DUPIS exige verificar en cada caso concreto que el proyecto reporte un beneficio colectivo que prevalezca sobre el sacrificio individual impuesto al propietario, asegurando que no se vulneren otros intereses generales de igual o superior jerarquía constitucional ⁶⁸.

4.4.2 Efectos jurídicos frente al derecho de propiedad

La DUPIS despliega cuatro efectos jurídicos concretos sobre el derecho de propiedad que vale la pena distinguir. El primero es la subordinación del derecho individual al interés general presunto donde el propietario de un inmueble en el área de influencia de un proyecto minero queda expuesto a la expropiación sin que se verifique de manera individualizada que el proyecto concreto reporta un beneficio colectivo que justifique ese

⁶⁷ LORENZONI ESCOBAR. Op. cit.

⁶⁸ LORENZONI ESCOBAR, Lina. Medidas administrativas con efectos expropiatorios en Colombia: el caso de los contratos de concesión minera. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2020, vol. 50, no. 133, p. 482-500 p. 492.

sacrificio ⁶⁹. Como expresan Cuevas Martínez y Caicedo Pedraza⁷⁰, la expropiación es “una herramienta cuyo único titular es el Estado, que se sobrepone al derecho a la propiedad con el fin de seguir intereses de carácter colectivo” (p. 3), y reconoce al propietario “una indemnización que debe cumplir con las características de ser previa y justa” (p. 3). La función social de la propiedad no equivale a una habilitación ilimitada para su restricción; todo sacrificio del derecho individual exige motivos constitucionalmente válidos y las garantías correspondientes ⁷¹.

El segundo efecto es la habilitación de la potestad expropiatoria en favor de particulares. El artículo 13 de la Ley 685 (2001) prevé que las expropiaciones se decreten “a solicitud de parte interesada” (art. 13), expresión que comprende no solo a entidades públicas sino también a los concesionarios privados. Eso significa que el poder coercitivo del Estado se pone al servicio de un proyecto cuyo beneficiario directo e inmediato puede ser una empresa privada que explota recursos del subsuelo en virtud de una delegación estatal. Esta circunstancia plantea una pregunta que el Código no responde: ¿resulta constitucionalmente admisible que la presunción de interés general opere con la misma intensidad cuando quien se beneficia de la expropiación no es el Estado sino un agente privado con ánimo de lucro?

El tercer efecto es la potencial desprotección de otros derechos constitucionalmente tutelados. Cuando la expropiación recae sobre predios agrícolas habitados por comunidades campesinas o sobre zonas de importancia ecológica, el sacrificio del derecho de propiedad puede comprometer la seguridad alimentaria, la economía campesina y la preservación de ecosistemas estratégicos, todos ellos intereses que gozan de protección constitucional propia ⁷².

El cuarto efecto es procesal. La DUPIS invierte la carga argumentativa; al operar como presunción legal, el interés general de la actividad minera se tiene por establecido sin demostración adicional, y es el propietario quien debe asumir la carga de controvertir

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 485.

⁷⁰ CUEVAS MARTÍNEZ. *Op. cit.*

⁷¹ *Ibíd.*, p. 484.

⁷² *Ibíd.*, p. 484-492.

no ya el monto del avalúo sino la propia legitimidad del sacrificio de su derecho ⁷³. Esa inversión resulta especialmente gravosa cuando el afectado es un pequeño propietario rural o una comunidad campesina que carece de los recursos técnicos y jurídicos para cuestionar efectivamente la presunción que ampara al concesionario ⁷⁴.

4.5 Operatividad práctica de la DUPIS

La calificación legislativa del artículo 13 no opera como una habilitación automática e inmediata para la privación coactiva del dominio. El propio Código condiciona la expropiación al agotamiento de una etapa previa de negociación directa con el propietario. Desde el derecho administrativo, esta estructura responde a un principio reconocido por la doctrina, entendiéndose que la expropiación es la última ratio del ordenamiento para la adquisición de bienes en función del interés general, y no un instrumento de primera línea al que pueda acudir sin haber intentado antes la obtención del bien por vías menos gravosas para el particular ⁷⁵. Esa lógica de subsidiariedad opera como una garantía material del derecho de propiedad que complementa las garantías formales del artículo 58 de la Constitución.

Lo que singulariza el procedimiento en materia minera frente a otros sectores es la configuración subjetiva de la relación jurídica, pues quien solicita la expropiación no es el Estado actuando en su propio nombre, sino un particular titular de un contrato de concesión que ejerce una delegación estatal. Eso genera una tensión estructural que atraviesa todo el procedimiento, pues el poder coercitivo del Estado se activa a solicitud de un agente privado que, aunque opera bajo un título habilitante emanado del Estado, persigue también la maximización de un interés económico particular. Como se señaló en el planteamiento de este trabajo, la presunción del artículo 13 no contempla mecanismos para evaluar, en cada caso concreto, si el beneficio colectivo del proyecto justifica materialmente la afectación del derecho de propiedad del tercero ⁷⁶.

⁷³ *Ibíd.*, p. 497.

⁷⁴ CUEVAS MARTÍNEZ, J. y CAICEDO PEDRAZA, Y. P. La expropiación administrativa por motivos de utilidad pública o interés social: Procedencia en los proyectos viales en Colombia. Artículo de investigación. Bogotá: Universidad Libre, 2021 p. 13.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 9.

⁷⁶ LORENZONI ESCOBAR. Op. cit., p. 497.

4.5.1 Etapa de negociación directa

Como sostienen Cuevas Martínez y Caicedo Pedraza⁷⁷, antes de activar la potestad expropiatoria, el titular del proyecto minero debe adelantar gestiones tendientes a la adquisición consensuada del predio (p. 12). Esta etapa comprende, en la práctica, cuatro momentos. Primero, la identificación y caracterización predial; la delimitación del área de influencia del proyecto con base en los estudios técnicos y la individualización de cada predio comprometido, incluyendo su destinación, las construcciones o mejoras existentes y los demás elementos que determinarán el avalúo ⁷⁸. Segundo, el estudio de títulos; la verificación de quién ostenta el dominio, si existen gravámenes o limitaciones y si es jurídicamente viable la transferencia directa, tarea que resulta especialmente compleja en zonas rurales donde la informalidad en la tenencia de la tierra es un fenómeno frecuente.

Tercero, la elaboración del avalúo; la estimación del valor del inmueble teniendo en cuenta el uso permitido del suelo, las características intrínsecas del predio, la localización, la factibilidad de servicios públicos y los demás factores que inciden en el valor que se reconocerá al titular afectado ⁷⁹. Cuarto, la presentación de la oferta; el concesionario formula al propietario una propuesta de adquisición que este puede aceptar, objetar parcialmente o rechazar (p. 12). Si hay acuerdo, la transferencia se perfecciona por vía contractual; si no, queda abierto el camino para la expropiación ⁸⁰.

Esta etapa de negociación presenta particularidades que la distinguen de la enajenación voluntaria en otros sectores. La asimetría entre las partes es notablemente más pronunciada cuando quien promueve la adquisición es una empresa minera con amplia capacidad técnica y financiera frente a un propietario rural sin asesoría jurídica especializada. Además, la presión inherente a la presunción legal de utilidad pública introduce un elemento coercitivo implícito, es decir, el propietario sabe que, si no acepta, el concesionario puede solicitar la expropiación de su predio, lo que reduce materialmente su margen de negociación. La DUPIS, en ese sentido, proyecta sus

⁷⁷ CUEVAS MARTÍNEZ. Op. cit.

⁷⁸ CUEVAS MARTÍNEZ. Op. cit., p. 12.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 12.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 13.

efectos sobre la autonomía de la voluntad del propietario incluso antes de que se active formalmente el procedimiento expropiatorio ⁸¹.

4.5.2 Activación de la potestad expropiatoria

Cuando la negociación directa resulta infructuosa, el concesionario puede solicitar la activación de la potestad expropiatoria. Es en este punto donde la DUPIS despliega su efecto jurídico más intenso, el cual, la presunción legal del artículo 13 suple la necesidad de una declaratoria particular de interés general para el caso concreto. A diferencia de otros sectores donde la declaratoria debe emanar de un acto administrativo específico que evalúe las circunstancias del proyecto, en materia minera la ley ha efectuado esa calificación de manera anticipada y general, de modo que al titular le basta con invocar la pertenencia de su proyecto al género “industria minera” para que la presunción opere a su favor ⁸².

El Código de Minas contempla dos modalidades de expropiación. La vía judicial, que es la modalidad ordinaria, se tramita ante la jurisdicción contencioso-administrativa; el juez verifica la legalidad de la declaratoria de utilidad pública, evalúa la procedencia de la expropiación y determina el monto de la indemnización. Ofrece mayores garantías procedimentales al expropiado, pero comporta dilaciones que pueden afectar la viabilidad temporal del proyecto. La vía administrativa, de carácter excepcional, concentra la decisión en la propia administración mediante acto administrativo motivado con consignación previa del precio, sin perjuicio del control jurisdiccional posterior que mantiene la garantía del expropiado ⁸³.

Un elemento que singulariza la expropiación minera frente al esquema ordinario es que la iniciativa parte del concesionario privado y no del Estado. En el modelo ordinario, el Estado identifica una necesidad de interés general y decide si expropiar con base en una valoración autónoma del interés público comprometido. En materia minera, en cambio, es el concesionario quien define qué predios necesita, formula la solicitud y orienta el procedimiento, mientras la autoridad minera verifica el cumplimiento de requisitos formales al amparo de una presunción que hace innecesaria la evaluación

⁸¹ *Ibíd.*, p. 13.

⁸² LORENZONI ESCOBAR. *Op. cit.*, p. 485.

⁸³ CUEVAS MARTÍNEZ. *Op. cit.*, p. 14.

material del interés general en el caso concreto. Esa configuración, como se desarrolla en el Capítulo 5, es uno de los principales argumentos para cuestionar la compatibilidad de la presunción uniforme del artículo 13 con las exigencias constitucionales de proporcionalidad y ponderación.

CAPÍTULO 5. LA APLICACIÓN UNIFORME DEL INTERÉS GENERAL Y SUS ASIMETRÍAS JURÍDICAS

5.1 La heterogeneidad de la industria minera

El artículo 13 del Código de Minas presupone, de manera implícita, que el sector extractivo colombiano es una unidad funcional susceptible de un tratamiento jurídico homogéneo. Sin embargo, la realidad del sector desmiente esa premisa. La industria minera en Colombia abarca desde operaciones artesanales y de pequeña minería asociadas a economías de subsistencia de comunidades campesinas e indígenas, hasta megaproyectos de gran minería a cielo abierto ejecutados por corporaciones multinacionales en virtud de contratos de concesión. Las diferencias entre ambos extremos no son meramente cuantitativas, puesto que implican lógicas económicas, sociales y ambientales radicalmente distintas. Como se examina en este capítulo, el propio Código de Minas ofrece indicios de esa diversidad al distinguir, en su artículo 11, los materiales de construcción como una categoría diferenciada, lo que evidencia que el legislador reconoció, al menos parcialmente, que no todos los minerales ni todas las modalidades de explotación pueden equipararse en cuanto a su significación económica y social ⁸⁴.

La heterogeneidad del sector se manifiesta en cuatro dimensiones. En cuanto a la escala, los proyectos van desde la minería artesanal de materiales de construcción, que puede constituir una extensión natural de la economía local con impactos ambientales relativamente acotados, hasta proyectos de extracción de minerales metálicos a gran escala que pueden afectar de manera irreversible el paisaje, los acuíferos y la vocación productiva de extensos territorios. En cuanto al tipo de mineral, la extracción de materiales de construcción satisface una demanda interna vinculada al desarrollo de infraestructura, mientras que la explotación de minerales preciosos con vocación exportadora genera beneficios que, en buena medida, se materializan fuera del territorio donde se produce el impacto. En cuanto al impacto territorial, como lo ha documentado Lorenzoni Escobar ⁸⁵, ciertos territorios como páramos y zonas con

⁸⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 de 2001. Op. cit.

⁸⁵ LORENZONI ESCOBAR. Op. cit., p. 485.

vocación agrícola presentan una sensibilidad especial que entra en tensión directa con la explotación minera. Y en cuanto al beneficiario efectivo, la delegación de la exploración y explotación a particulares mediante el contrato de concesión significa que, en numerosos casos, la expropiación beneficia directamente a un agente privado con ánimo de lucro que actúa bajo un título habilitante estatal.

Esta última dimensión plantea un interrogante que la doctrina administrativista ha comenzado a examinar con cuidado. Como señala Rodríguez-Arana Muñoz⁸⁶ al analizar la obra de Duguit, la presunción de interés general solo es constitucionalmente admisible en la medida en que la actividad que se pretende amparar “contribuya efectivamente a la satisfacción de necesidades colectivas”, circunstancia que no puede darse por sentada en todos los proyectos mineros por el solo hecho de estar amparados por una calificación legal de carácter abstracto (p. 63). La solidaridad social que fundamenta la intervención del Estado sobre los derechos individuales no es una fórmula vacía sino que exige que el beneficio colectivo sea real, verificable y proporcional al sacrificio impuesto ⁸⁷.

5.2 El principio de proporcionalidad

La heterogeneidad descrita conduce al examen del principio de proporcionalidad como criterio de control constitucional de la aplicación uniforme de la DUPIS. Como se explicó en el Capítulo 3 de este trabajo con fundamento en Alexy y Bernal Pulido⁸⁸, el principio de proporcionalidad se descompone en tres subprincipios, a saber, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Aplicados a la presunción del artículo 13, cada uno de estos subprincipios pone de relieve aspectos distintos de la tensión entre la generalidad de la norma y la particularidad de los casos concretos.

El subprincipio de idoneidad exige que la expropiación sea apta para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo que se invoca, esto es, la satisfacción del interés general a través del desarrollo de la industria minera. La cuestión no es si la minería puede contribuir al interés general en términos abstractos, sino si el proyecto concreto, en sus condiciones específicas de ejecución, es efectivamente idóneo para materializar ese

⁸⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. Op. cit.

⁸⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre las transformaciones del Derecho Público, de León Duguit. En: Revista de Administración Pública. 2013, no. 190, p. 61-100 p. 62.

⁸⁸ ALEXY. Op. cit.

interés. Una presunción legal que opera de manera automática sin considerar las particularidades del caso da por satisfecho un requisito que debería verificarse concretamente. Como advierte Sánchez Morón⁸⁹, la pluralidad de intereses públicos que gestionan las diferentes autoridades no es infrecuente que entren en conflicto, y esa tensión sólo se resuelve mediante una coordinación efectiva que permita evaluar, caso por caso, la idoneidad de la medida frente a la totalidad de los intereses públicos en juego (p. 14).

El subprincipio de necesidad impone la obligación de acreditar que no existen alternativas igualmente eficaces, pero menos lesivas del derecho fundamental afectado. El propio Código de Minas contempla mecanismos previos a la expropiación, como la negociación directa y la constitución de servidumbres, que pueden resultar suficientes para garantizar la viabilidad del proyecto sin necesidad de suprimir el dominio del particular. La aplicación automática de la presunción puede propiciar que se acuda a la expropiación sin haber agotado genuinamente esas alternativas menos invasivas, lo que contravendría este segundo nivel de escrutinio constitucional. La diferencia con el sector de infraestructura vial es ilustrativa, en ese contexto, la expropiación administrativa opera únicamente cuando se han verificado condiciones especiales de urgencia y el beneficiario directo es el propio Estado, lo que ofrece una vinculación inmediata e incontrovertible con el interés general que no siempre está presente en los proyectos mineros ejecutados por particulares⁹⁰.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto exige una ponderación entre la gravedad de la afectación del derecho de propiedad y la importancia de la satisfacción del interés general. Aquí las asimetrías de la presunción uniforme se manifiestan con mayor nitidez. Cuando la expropiación se decreta en favor de un proyecto de gran minería que genera cuantiosas regalías, dinamiza la economía regional y satisface demandas de recursos estratégicos para el desarrollo nacional, la ponderación puede inclinarse razonablemente a favor del interés general, siempre que se garantice una indemnización justa y previa. Pero cuando la misma presunción se

⁸⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. La coordinación administrativa como concepto jurídico. En: Documentación Administrativa. 1992, no. 230-231, p. 11-30.

⁹⁰ CUEVAS MARTÍNEZ. Op. cit., p. 22.

aplica para habilitar la expropiación en favor de un proyecto con baja generación de regalías, ejecutado por un particular con capacidad económica limitada y con impactos ambientales desproporcionados respecto de su aporte fiscal, el sacrificio impuesto al propietario puede resultar desproporcionado frente al beneficio colectivo efectivamente obtenido. Esa asimetría se agudiza cuando la expropiación afecta predios destinados a actividades agrícolas y habitados por comunidades campesinas cuya subsistencia depende de la vocación productiva del suelo, pues en ese escenario la ponderación no enfrenta un interés general contra un interés particular, sino dos intereses generales de rango constitucional que compiten por la prevalencia sobre un mismo territorio ⁹¹.

5.3 Límites materiales de la presunción del interés general

Las consideraciones precedentes permiten identificar cuatro límites materiales que el ordenamiento constitucional colombiano impone a la presunción del artículo 13. Estos límites no provienen de una norma legal específica que condicione la aplicación de la DUPIS a un análisis caso a caso, pues ese es precisamente uno de los vacíos normativos que este trabajo señala. Se infieren, en cambio, de la interpretación sistemática de los principios constitucionales que enmarcan la potestad expropiatoria.

El primer límite se encuentra en la propia naturaleza de la propiedad en el Estado social de derecho. Como ha señalado Lorenzoni Escobar⁹², la norma constitucional ha reconfigurado la propiedad de manera que esta solo puede entenderse en su relación con el interés general (p. 484), lo que implica que no existe potestad expropiatoria legítima sin la garantía efectiva del derecho de propiedad. La presunción del artículo 13 no puede operar como un sustituto de la verificación material del beneficio colectivo en cada caso concreto, so pena de desnaturalizar la garantía constitucional y reducirla a una fórmula retórica.

El segundo límite deriva de la función social y ecológica de la propiedad consagrada en el artículo 58 de la Constitución. La presunción de interés general que ampara la industria minera no puede interpretarse como una habilitación para que la explotación del subsuelo prevalezca de manera incondicionada sobre la protección del

⁹¹ LORENZONI ESCOBAR. Op. cit., p. 484 - 485.

⁹² LORENZONI ESCOBAR. Op. cit.

medio ambiente y los ecosistemas estratégicos. El propio artículo 1 del Código de Minas reconoce ese imperativo al señalar que el aprovechamiento de los recursos mineros debe realizarse en “forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible” ⁹³. La Constitución Ecológica identificada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-339 de 2002 condiciona toda actividad extractiva al respeto de los bienes jurídicos ambientales que son, también, intereses generales de rango constitucional ⁹⁴.

El tercer límite lo establece la protección constitucional de la economía campesina y la seguridad alimentaria. Los artículos 64 y 65 de la Constitución imponen al Estado obligaciones positivas en materia de acceso a la tierra y protección de la producción de alimentos que no pueden ser desplazadas por la presunción de utilidad pública minera sin una justificación constitucionalmente suficiente. Cuando un proyecto minero se asienta en territorio con vocación agrícola, la expropiación no solo priva al propietario de su derecho individual, sino que puede comprometer la viabilidad de una actividad económica que el propio ordenamiento constitucional ha elevado a la categoría de interés protegido ⁹⁵. La colisión entre el desarrollo minero y la protección de la economía campesina exige un ejercicio de ponderación que la aplicación automática de la DUPIS dificulta.

El cuarto límite es la prohibición de instrumentalización del poder coercitivo del Estado en beneficio predominante de intereses privados. Como se ha señalado, la delegación de la exploración y explotación a particulares mediante el contrato de concesión implica que, en numerosos casos, la expropiación se decreta en beneficio de un agente privado con ánimo de lucro. Si bien la actividad del concesionario se enmarca formalmente en una función de utilidad pública, la realidad económica del negocio minero muestra que los beneficios de la explotación se distribuyen de manera asimétrica entre el Estado y el particular. Como señala Rodríguez-Arana Muñoz ⁹⁶, la exigencia de que el

⁹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 de 2001. Op. cit.

⁹⁴ LORENZONI ESCOBAR. Op. cit., p. 484.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 492.

⁹⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. Op. cit.

derecho administrativo se oriente a la regulación del poder público al servicio de las libertades (p. 64) impone que la presunción de interés general encuentre su límite en la verificación efectiva de que la medida expropiatoria contribuye, de manera tangible y proporcionada, a la satisfacción de necesidades colectivas que trascienden el mero interés empresarial del concesionario (p. 63).

En conjunto, estos cuatro límites materiales apuntan a la misma conclusión que se desarrolla en las conclusiones de este trabajo; la DUPIS, tal como está configurada en el artículo 13 del Código de Minas, necesita ser complementada con mecanismos de ponderación individualizada que garanticen que los instrumentos más gravosos de intervención sobre la propiedad privada solo se activen cuando el interés colectivo del proyecto específico es suficientemente intenso para justificar el sacrificio que se impone al propietario afectado. Esa exigencia no desvirtúa el reconocimiento del interés general de la actividad minera, por el contrario, lo toma en serio, lo verifica en concreto y garantiza que los sacrificios individuales que impone estén efectivamente justificados por el beneficio que produce para la colectividad. Esa diferenciación se desarrolla en el capítulo siguiente, donde se examinan los distintos tipos de explotación minera y la gradación del interés público que cada uno comporta.

CAPÍTULO 6. TIPOS DE EXPLOTACIÓN MINERA Y GRADACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO

Los capítulos anteriores han mostrado que el régimen jurídico de la minería en Colombia descansa en una declaratoria amplia; el artículo 13 del Código de Minas señala que la industria minera es de utilidad pública e interés social en todas sus ramas y fases. Esa declaratoria, como se examinó en los capítulos precedentes, tiene raíces históricas, está articulada con el fundamento constitucional de la propiedad estatal del subsuelo y con el sistema de regalías, y activa los instrumentos de intervención sobre la propiedad privada. La pregunta que surge ahora es si esa declaratoria tan amplia resulta jurídicamente sostenible en todos los casos, o si, por el contrario, el interés público que puede justificar las cargas que la minería impone sobre los derechos de terceros varía dependiendo del tipo de mineral, la escala del proyecto y las finalidades que este persigue.

Esa pregunta tiene consecuencias prácticas directas para los propietarios que enfrentan servidumbres o expropiaciones en razón de proyectos cuyo beneficio colectivo puede ser difícilmente verificable. Si el interés público es siempre el mismo, independientemente de si se trata de extraer litio para la transición energética o arena para una construcción privada, entonces la DUPIS opera como una habilitación general que no admite ninguna ponderación. Si, en cambio, el interés público varía según la naturaleza del proyecto, entonces la declaratoria uniforme del artículo 13 puede generar resultados desproporcionados que el ordenamiento jurídico colombiano necesita corregir.

6.1. Tipos de minerales

El Código de Minas de 2001 no clasifica los minerales por su importancia estratégica ni por la intensidad del interés público que su explotación representa. Su enfoque es predominantemente técnico y contractual; distingue entre minerales metálicos, no metálicos, piedras preciosas, materiales de construcción y minerales radiactivos, pero esa clasificación no tiene consecuencias directas sobre los derechos que se pueden imponer a terceros ni sobre los requisitos que debe cumplir el concesionario para justificar la utilidad pública de su proyecto. Todos los minerales

quedan cobijados, por igual, bajo la declaratoria del artículo 13, con independencia de su relevancia estratégica, su valor de mercado, su escasez relativa o sus implicaciones para el interés nacional.

Esa neutralidad del Código de Minas frente a la diferenciación estratégica no significa que el ordenamiento jurídico colombiano carezca de instrumentos para reconocer que no todos los minerales tienen el mismo valor desde el punto de vista del interés público. La categoría de minerales de interés estratégico, creada por el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, introdujo una distinción relevante donde el legislador le atribuyó a la autoridad minera la función de determinar cuáles minerales son estratégicos para el país y de delimitar áreas especiales para su explotación mediante procesos de selección objetiva, distintos del sistema ordinario de concesión por prelación temporal ⁹⁷. Con base en esa competencia, la Agencia Nacional de Minería actualizó el listado mediante la Resolución 1006 del 30 de noviembre de 2023, ampliándolo a diecisiete grupos de minerales, entre los que se incluyen el litio, el cobalto, el grafito, las tierras raras, el cobre, el níquel, el zinc, los fosfatos, el magnesio y el potasio, entre otros ⁹⁸.

La definición adoptada por la ANM en ese documento merece citarse directamente, pues sus términos son relevantes para el análisis de proporcionalidad que se propone en esta investigación:

“garantizar soberanía en el abastecimiento de la demanda interna actual o futura, asociada a los desarrollos industriales requeridos para soportar una transición energética gradual, para la reindustrialización de la economía, el desarrollo agrícola, la infraestructura pública y el fortalecimiento de cadenas productivas.” ⁹⁹

Esa definición conecta los minerales estratégicos con fines colectivos verificables y concretos, siendo estos la seguridad energética, soberanía alimentaria, industrialización

⁹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1753 de 2015. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Art. 20.

⁹⁸ AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA. Resolución 1006 (30, noviembre, 2023). Por la cual se determinan los minerales de interés estratégico para el país.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 4.

y competitividad nacional. Lo que resulta significativo, desde el punto de vista jurídico, es que esos fines no son atribuibles a toda la industria minera por igual.

Al lado de esa categoría de alta relevancia estratégica, el ordenamiento reconoce también los minerales de uso industrial para sectores como la construcción y la manufactura (materiales de construcción, calizas, yesos, arcillas), los minerales preciosos con su larga tradición regulatoria (oro, plata, esmeraldas), y los minerales radiactivos con su régimen especialmente restrictivo. Esa pluralidad evidencia que, desde el punto de vista material, no todos los minerales generan el mismo nivel de interés público, y que el ordenamiento jurídico colombiano ha comenzado a reconocer esa diferencia, aunque de manera parcial e incompleta.

6.2 Intensidad del interés público según finalidad

Más allá de la naturaleza del mineral, la intensidad del interés público también depende de la finalidad que persigue el proyecto. No es lo mismo un proyecto cuya producción se destina al abastecimiento del mercado interno y a la satisfacción de necesidades colectivas verificables, que uno orientado exclusivamente a la exportación de materias primas sin transformación, con retorno fiscal mínimo y sin articulación con las cadenas productivas del país.

Esta distinción tiene bases sólidas en la jurisprudencia constitucional. La Corte Constitucional ha reconocido que el interés general que justifica la intervención del Estado en la economía y la imposición de cargas sobre los derechos privados no es una categoría abstracta e indefinida, sino una que debe verificarse caso por caso y ponderarse frente a los intereses en conflicto ¹⁰⁰. Aunque la Corte no llegó a declarar inconstitucional el artículo 13 del Código de Minas, los argumentos vertidos en esa sentencia abren la puerta a una interpretación diferenciada del interés público minero según la naturaleza del proyecto.

¹⁰⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Desde la perspectiva de la teoría de la ponderación desarrollada por Robert Alexy y Bernal Pulido ¹⁰¹, los conflictos entre principios constitucionales no se resuelven mediante la declaración abstracta de uno como superior al otro, sino mediante un juicio concreto que evalúa el grado de afectación de cada principio en el caso específico. El principio de proporcionalidad, que Alexy descompone en tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), exige que cualquier restricción a un derecho fundamental sea adecuada para lograr el fin que la justifica, que no exista una medida alternativa menos gravosa que logre el mismo fin, y que el beneficio para el interés general sea mayor que el costo que impone al derecho restringido. Cuando ese test se aplica a la presunción del artículo 13 del Código de Minas, el resultado depende críticamente del tipo de proyecto minero bajo análisis.

Para un proyecto de extracción de litio destinado a la fabricación nacional de baterías para energías renovables, los tres subprincipios pueden satisfacerse con relativa facilidad. El mineral es estratégico para la transición energética, el fin colectivo es verificable y urgente, no existen alternativas equivalentes en el corto plazo, y el beneficio para la sociedad en su conjunto es proporcional al sacrificio que se impone al propietario afectado. Para un proyecto de extracción de materiales de construcción orientado al mercado privado con bajo retorno fiscal, el tercer subprincipio como la proporcionalidad en sentido estricto es mucho más difícil de satisfacer, especialmente cuando el propietario afectado pierde el uso de un bien que constituye su único patrimonio productivo y los beneficios de la extracción son primordialmente privados.

A partir de esa lógica, es posible identificar al menos tres niveles de intensidad del interés público en la actividad minera colombiana. El primero corresponde a los proyectos que involucran minerales estratégicos vinculados a la transición energética, la seguridad alimentaria o la soberanía nacional; en estos casos el interés público es de alta intensidad porque el beneficio colectivo es verificable, urgente y no puede obtenerse fácilmente por medios alternativos. El segundo comprende proyectos de mediana y gran minería orientados a la exportación de minerales con regalías significativas y generación de empleo directo; aquí el interés público existe, pero su intensidad es moderada y depende

¹⁰¹ ALEXY. Op. cit.

del efectivo retorno fiscal y social del proyecto. El tercero engloba la pequeña minería y la minería de materiales de construcción para uso local o privado; en estos casos, el beneficio colectivo directo es más difuso y en consecuencia, la intensidad del interés público para justificar los instrumentos más gravosos de la DUPIS resulta más débil.

Esta gradación no implica negar el interés público de la pequeña minería ni su relevancia social. La Ley 685 de 2001 la reconoce expresamente como una actividad legítima y socialmente valiosa, especialmente cuando constituye el sustento de comunidades rurales y étnicas ¹⁰². Lo que se plantea es cuestionar si ese interés es siempre suficientemente intenso para justificar, sin distinción, los efectos más gravosos de la DUPIS como la expropiación de predios ajenos, con independencia de si el proyecto genera o no un beneficio proporcional para la colectividad.

6.3 Relevancia estratégica

El concepto de relevancia estratégica introduce una dimensión adicional en el análisis; no se trata solo de qué se extrae ni para qué, sino de si el Estado colombiano tiene un interés especial en controlar, promover o proteger ese recurso en el contexto de la economía global, la geopolítica y las necesidades de largo plazo del país.

En el contexto global actual, la relevancia estratégica de los minerales está estrechamente vinculada a la transición energética. La demanda mundial de litio, cobalto, grafito y tierras raras ha crecido de manera exponencial en los últimos años, impulsada por la producción de baterías para vehículos eléctricos y sistemas de almacenamiento de energía renovable. Varios organismos internacionales, entre ellos la Agencia Internacional de Energía y la CEPAL, han señalado que los países con reservas significativas de estos minerales se encuentran en una posición estratégica privilegiada para la economía del siglo XXI, y que la gestión de esos recursos será determinante para su desarrollo a largo plazo ¹⁰³. Colombia, que posee reservas relevantes de varios de

¹⁰² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 de 2001. Op. cit.

¹⁰³ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. La minería en América Latina y el Caribe: tendencias y perspectivas. XII Conferencia Anual de Ministerios de Minería de las Américas (CAMMA), 2023.

estos minerales, tiene un interés nacional específico y verificable en su explotación racional.

La categoría de minerales estratégicos definida por la Resolución 1006 de 2023 tiene, en ese contexto, un valor jurídico que va más allá de la organización administrativa del sector. Al identificar cuáles minerales son críticos para garantizar la soberanía nacional, avanzar en la transición energética y desarrollar la infraestructura que el país necesita, el Estado está reconociendo implícitamente que el interés público en esos recursos es cualitativamente superior al que tiene en otros minerales cuya explotación no tiene ese tipo de implicaciones estratégicas ¹⁰⁴. Para los minerales estratégicos, la Ley 1753 de 2015 ya incorporó, al menos parcialmente, la lógica de que no todos los minerales merecen el mismo tratamiento jurídico, al crear un régimen diferenciado de adjudicación mediante procesos de selección objetiva. La pregunta que esta investigación plantea es si esa diferenciación debería extenderse también al régimen de la DUPIS.

La relevancia estratégica también tiene una dimensión temporal que no puede ignorarse. Los minerales que hoy son considerados estratégicos para la transición energética no necesariamente tenían esa condición hace una década, y es posible que en el futuro sean reemplazados por nuevos materiales a medida que la tecnología avance. Esto significa que la declaratoria de interés estratégico no puede ser estática ni permanente, sino que, por el contrario, debe responder a las condiciones cambiantes de la economía global y las necesidades nacionales. El derecho minero colombiano ha comenzado a reconocer esa realidad con la actualización del listado de minerales estratégicos en 2023, pero aún no ha desarrollado los mecanismos para que esa actualización tenga consecuencias directas sobre la intensidad del interés público y los efectos jurídicos de la DUPIS.

6.4 ¿Es justificable una presunción uniforme?

Con el panorama descrito en los apartados anteriores, es posible abordar la pregunta central de este capítulo: ¿tiene sentido jurídico que el artículo 13 del Código de

¹⁰⁴ AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA. Resolución 1006 de 2023. Op. cit.

Minas declare de utilidad pública e interés social toda la industria minera, en todas sus ramas y fases, sin distinción alguna entre el tipo de mineral, la escala del proyecto o la finalidad de la explotación? La respuesta exige distinguir entre dos planos de análisis que con frecuencia se confunden.

En el plano de la conveniencia política y la simplificación normativa, es comprensible que el legislador haya optado por una declaratoria general. Una declaratoria uniforme permite certeza jurídica a los concesionarios (que saben desde el inicio que su actividad está protegida por la presunción de utilidad pública), facilita la tramitación de proyectos ante las autoridades (que no tienen que evaluar caso por caso si el proyecto cumple con los requisitos del interés general) y evita conflictos interpretativos sobre cuáles proyectos merecen ese reconocimiento y cuáles no. Desde esa perspectiva pragmática, la declaratoria uniforme del artículo 13 tiene una racionalidad administrativa innegable.

En el plano de la justicia constitucional y la proporcionalidad jurídica, sin embargo, esa misma generalidad puede generar resultados desproporcionados cuando se aplica a realidades muy distintas entre sí ¹⁰⁵. La figura de la presunción legal implica que quien se beneficia de ella no necesita probarla, pero quien la sufre puede desvirtuarla. En la práctica del derecho minero, sin embargo, el propietario de un predio que enfrenta una servidumbre o una expropiación no tiene mecanismos efectivos para cuestionar si el proyecto específico que las activa realmente satisface el interés general en la intensidad que justifica esa afectación. La utilidad pública está predefinida por el artículo 13, y la autoridad minera no realiza, en cada caso, un juicio de proporcionalidad entre el beneficio colectivo esperado y el sacrificio impuesto al propietario ¹⁰⁶. El resultado es que el propietario queda en una posición jurídica de debilidad estructural frente a la presunción, que en la práctica no puede desvirtuar.

¹⁰⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 de 2015. Op. cit.

¹⁰⁶ LORENZONI ESCOBAR. Op. cit.

6.5 Análisis crítico

El análisis crítico de la presunción uniforme de interés público parte de cuatro argumentos que, leídos en conjunto, evidencian las tensiones que esa presunción genera en el ordenamiento jurídico colombiano. Esos argumentos no son mutuamente excluyentes, se refuerzan entre sí y apuntan hacia la misma conclusión.

El primero es el argumento de la supra-inclusividad. Este planteamiento, recogido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-619 de 2015, parte de la observación de que una norma que declara de interés público toda una industria (sin distinción por tipo de mineral, escala ni finalidad) incurre en una generalización tan amplia que termina por equiparar situaciones cualitativamente distintas. La categorización supra-inclusiva otorga los privilegios derivados de la declaratoria de utilidad pública a proyectos que, examinados individualmente, no tendrían suficiente peso en el interés general para justificar la expropiación de predios privados ¹⁰⁷. La Corte no declaró inconstitucional el artículo 13 en esa oportunidad, pero reconoció la pertinencia del debate sobre la proporcionalidad de la presunción uniforme, dejando abierta la posibilidad de un desarrollo jurisprudencial que exija un examen más fino en los casos concretos.

El segundo es el argumento de la desproporción entre el sacrificio y el beneficio, que remite directamente a la teoría de la ponderación de Alexy y Bernal Pulido ¹⁰⁸. Como se señaló en el apartado anterior, el test de proporcionalidad exige que una restricción a un derecho fundamental sea idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Cuando se aplica ese test a la expropiación activada por la presunción del artículo 13, el resultado varía de manera significativa según el tipo de proyecto; para la extracción de minerales estratégicos de alta relevancia colectiva, el test puede superarse; para proyectos con bajo retorno social y finalidad primordialmente privada, el tercer subprincipio, la proporcionalidad en sentido estricto, puede no satisfacerse especialmente cuando el propietario afectado es una persona en situación de vulnerabilidad cuyo único patrimonio es el predio objeto de la expropiación. Ferrajoli et

¹⁰⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 de 2015. Op. cit.

¹⁰⁸ ALEXY. Op. cit.

al.¹⁰⁹ han señalado en este sentido que el sistema de garantías de los derechos no puede reducirse a una formalidad procedimental; exige también una verificación sustantiva de que la restricción al derecho individual es materialmente justificada por el beneficio colectivo que produce.

El tercer argumento es el de la insuficiencia del retorno social como contrapeso. Como se señaló en el Capítulo 2, el sistema de regalías es el mecanismo constitucional que convierte la propiedad del subsuelo en beneficio colectivo. Sin embargo, varios estudios han documentado que ese retorno social no siempre llega a las comunidades más directamente afectadas por la actividad minera ¹¹⁰. Si las regalías se distribuyen de manera difusa en el territorio nacional pero los impactos ambientales, sociales y sobre la propiedad se concentran en las comunidades vecinas al proyecto, entonces la presunción de utilidad pública no describe una realidad de beneficio generalizado, sino una transferencia de costos desde los proyectos hacia esas comunidades. En palabras de Vergel Bermúdez et al.¹¹¹, la colisión entre el interés general y el interés particular en el contexto de la intervención estatal sobre la propiedad privada no puede resolverse simplemente invocando la primacía abstracta del primero, requiere una verificación concreta de que los beneficios colectivos son reales, proporcionales y efectivamente distribuidos hacia quienes cargan con los costos de la actividad.

El cuarto argumento proviene del derecho comparado. En varios países de la región andina, el derecho minero ha comenzado a introducir mecanismos de diferenciación entre proyectos según su relevancia estratégica y su capacidad de retorno social. Perú ha desarrollado un régimen diferenciado de pasivos ambientales y de consulta previa según el tamaño e impacto del proyecto. Ecuador establece en su Ley de Minería distintas categorías con requisitos y obligaciones diferenciados según la escala de la explotación. Chile, a través de la Comisión Nacional de Minería y el marco

¹⁰⁹ FERRAJOLI. Op. cit.

¹¹⁰ MEDRANO SÁNCHEZ, M. I., et al. La responsabilidad social empresarial en la relación comunidades campesinas y empresas mineras. En: Lex. 2019, vol. 17, no. 23, p. 327-360. ÁLZATE GÓMEZ, Luisa Fernanda. Minería de oro en el marco de la inseguridad normativa, los grupos de interés y las zonas de exclusión. En: Opinión Jurídica. 2015, vol. 14, no. 28, p. 117-134.

¹¹¹ VERGEL BERMÚDEZ. Op. cit.

regulatorio de la transición energética, ha avanzado en la definición de minerales críticos con regímenes especiales de adjudicación y control ¹¹². Esos desarrollos comparados muestran que la diferenciación dentro de la actividad minera no es una propuesta teórica o abstracta, sino una tendencia real en el derecho minero latinoamericano, que Colombia podría incorporar para fortalecer la coherencia interna de su régimen y la protección de los derechos de los propietarios afectados.

A estos cuatro argumentos se puede agregar una consideración adicional de carácter sistémico. El propio ordenamiento jurídico colombiano ha comenzado a moverse en la dirección de la diferenciación; la Ley 1753 de 2015 creó un régimen especial para los minerales estratégicos, y la Resolución 1006 de 2023 actualizó el listado de esos minerales. Esas decisiones normativas revelan que el legislador y la autoridad minera han reconocido implícitamente que no todos los minerales tienen el mismo peso en el interés público nacional. La pregunta es por qué esa diferenciación, que ya opera en el régimen de adjudicación de títulos, no se extiende al régimen de la DUPIS y a los instrumentos de intervención sobre la propiedad privada. Todo lo anterior no conduce necesariamente a la conclusión de que el artículo 13 del Código de Minas sea inconstitucional.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-619 de 2015, lo declaró exequible, aunque con una lectura que deja abierta la posibilidad de que en casos concretos la autoridad minera deba realizar un juicio de proporcionalidad antes de activar los instrumentos más gravosos de la DUPIS. Lo que sí puede concluirse, a partir de los argumentos presentados, es que la presunción uniforme de interés público resulta jurídicamente insuficiente como fundamento autónomo de la expropiación y de las servidumbres mineras en todos los casos, y que el ordenamiento colombiano necesita mecanismos que permitan graduar la intensidad de esa presunción en función de la relevancia estratégica del mineral, la escala del proyecto, su capacidad real de retorno social y la proporcionalidad entre el beneficio colectivo esperado y el sacrificio que se impone a los propietarios afectados. Ese es, precisamente, el nudo que la DUPIS está

¹¹² CEPAL. Op. cit.

llamada a resolver, y cuya solución jurídica se enriquece con la perspectiva comparada que ofrece el capítulo siguiente.

CAPÍTULO 7. DERECHO COMPARADO: EL RÉGIMEN MINERO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

7.1 Justificación del sistema comparado y metodología

El análisis del régimen jurídico de la actividad minera en Colombia gana en perspectiva y en profundidad cuando se contrasta con el de otros sistemas jurídicos que han resuelto los mismos problemas de fondo como la titularidad sobre los recursos del subsuelo, el acceso de los particulares a esos recursos y la tensión entre el interés general y los derechos de propiedad, de maneras radicalmente distintas. Para que ese contraste sea riguroso y no meramente descriptivo, es necesario inscribirlo en un marco metodológico preciso.

En este capítulo se adopta como guía la propuesta de Mauro Cappelletti, quien concibe el derecho comparado no como un cuerpo normativo autónomo, sino como un método de análisis jurídico. Cappelletti articula el análisis comparativo en seis etapas sucesivas: la identificación de un punto de partida común o *tertium comparationis*; el examen de las soluciones jurídicas adoptadas por los sistemas comparados; la investigación de las razones que explican las analogías y diferencias entre esas soluciones; la identificación de las grandes tendencias evolutivas; la valoración de la eficacia de cada modelo; y, finalmente, la predicción de desarrollos futuros. Esa estructura permite que la comparación no se agote en la aproximación de normas, sino que revele las lógicas profundas de cada ordenamiento.

Lo que Cappelletti denomina “macro-comparación”, es decir, el análisis entre familias jurídicas distintas, resulta especialmente pertinente aquí, pues el sistema colombiano se inscribe en la tradición del Civil Law y el estadounidense en el Common Law. Es precisamente en la macro-comparación donde el método revela con mayor nitidez las razones estructurales por las cuales sistemas distintos adoptan soluciones diferentes frente a problemas compartidos.

La elección de los Estados Unidos como sistema de referencia obedece a criterios objetivos. En primer lugar, existe un criterio de relevancia del problema compartido. Ambos países poseen reservas minerales significativas y han debido resolver el mismo

problema de fondo: cómo organizar jurídicamente el acceso a los recursos del subsuelo, cómo equilibrar el interés general con los derechos de propiedad y cómo articular la participación de los particulares en la actividad extractiva. Ese problema común constituye el *tertium comparationis* que, según Cappelletti, es el presupuesto indispensable de todo análisis comparativo significativo.

En segundo lugar, opera un criterio de diferencia estructural. Si se comparase el régimen colombiano con el de otro país latinoamericano de tradición patrimonialista y regalista similar como Perú, Chile o Ecuador, las diferencias serían de grado, no de naturaleza. El sistema estadounidense, en cambio, parte de premisas filosóficas y constitucionales radicalmente opuestas, pues no reconoce la propiedad estatal inalienable del subsuelo como principio rector, no contempla un régimen de regalías de rango constitucional, no utiliza el contrato de concesión como título habilitante exclusivo y no establece una declaratoria general de utilidad pública e interés social que habilite la intervención sobre la propiedad privada ajena. Esa diferencia permite conocer los supuestos implícitos del modelo colombiano y evaluar con mayor rigor las decisiones normativas que lo distinguen.

En tercer lugar, se presenta un criterio de pertenencia a familias jurídicas distintas. Colombia opera dentro de la tradición del Civil Law, con codificación sistemática, primacía de la ley escrita y un modelo de Estado regulador que interviene activamente en la economía. Los Estados Unidos operan dentro del Common Law, con un sistema basado en precedentes judiciales, libre iniciativa privada como principio organizador y un Estado cuyo papel histórico en el sector minero ha sido más de registrador que de concedente. Esa diferencia de familia jurídica, que Cappelletti califica como el terreno propio de la macro-comparación, es la que mayor riqueza analítica ofrece al ejercicio comparativo.

Por último, concurre un criterio de antigüedad y estabilidad normativa. La Ley de Minería de 1872 (Mining Law of 1872) es uno de los estatutos federales más antiguos de los Estados Unidos que sigue vigente en lo esencial. Esa prolongada vigencia permite observar los efectos de largo plazo de un modelo que prescindió deliberadamente de las categorías centrales del sistema colombiano como regalías, concesión estatal y DUPIS.

La persistencia del modelo estadounidense, pese a las críticas que ha recibido durante más de un siglo, constituye un dato empírico relevante que el análisis comparativo debe tomar en cuenta.

7.2 Primera fase: el *tertium comparationis*

Cappelletti sostiene que el punto de partida de todo análisis comparativo significativo no es una solución jurídica común, sino un problema o necesidad social compartida. Si bien no es necesario que exista una semejanza del material jurídico objeto de comparación, lo que sí se requiere es un punto de partida común pre-jurídico, es decir, un problema o una necesidad social real que comparten dos o más países. Sin ese *tertium comparationis*, cualquier análisis comparativo carecería de significado.

En el caso que ocupa esta investigación, el *tertium comparationis* puede formularse en los siguientes términos, esto es, que tanto Colombia como los Estados Unidos son países con reservas minerales significativas que han organizado el acceso de los particulares a la explotación de esos recursos, y de cómo articular esa explotación con los derechos de quienes son dueños de los terrenos superficiales donde se encuentran los yacimientos. Ese problema tiene una dimensión económica en la generación de riqueza a partir de los recursos del subsuelo, una dimensión política en la distribución de los beneficios de esa riqueza entre el Estado, los particulares y las comunidades, y una dimensión jurídica en la tensión entre el interés general en la explotación del recurso y los derechos de propiedad de los titulares de los predios afectados. Ambos sistemas han tenido que dar respuesta a ese problema, pero lo han hecho de maneras que, como se verá a continuación, son radicalmente distintas.

7.3 Segunda fase: las soluciones jurídicas del problema

La segunda fase del análisis comparativo, según Cappelletti, consiste en identificar las normas, instituciones y procesos jurídicos con los que los países examinados han intentado resolver el problema compartido. Es el momento de resaltar cómo las intervenciones jurídicas pueden ser muy diversas en cada país, sin que esto prive de significado a la comparación, sino más bien lo contrario.

7.3.1 El modelo colombiano

El sistema colombiano, como se ha examinado en los capítulos precedentes, resuelve el problema a partir de una premisa estatista y patrimonialista. El artículo 332 de la Constitución Política establece que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, con independencia de quién sea el dueño del predio superficial ¹¹³. Esa propiedad es inalienable e imprescriptible, y el Estado no puede renunciar a ella ni transferirla a los particulares. El concesionario no adquiere ningún derecho real sobre los minerales in situ, pues solo obtiene el derecho temporal de explorarlos y explotarlos bajo las condiciones del contrato ¹¹⁴.

La Ley 685 de 2001 consolidó el contrato de concesión como único título habilitante. El Estado es el protagonista del sistema, quien determina qué áreas están disponibles para la minería mediante el régimen de zonas excluibles y restringidas; otorga los contratos de concesión a través de la Agencia Nacional de Minería; establece las condiciones técnicas, ambientales y económicas de la explotación; y puede revocar el título si el concesionario incumple sus obligaciones. Las regalías, de rango constitucional consagradas en los artículos 360 y 361, constituyen la contraprestación obligatoria por el uso de un bien que pertenece al Estado. Además, el artículo 13 del Código de Minas declara de utilidad pública e interés social toda la industria minera, habilitando al concesionario para imponer servidumbres sobre predios de terceros y solicitar la expropiación de los bienes indispensables para el proyecto.

7.3.2 El modelo estadounidense

El sistema estadounidense resuelve el mismo problema desde premisas radicalmente distintas. La Ley de Minería de 1872 (Mining Law of 1872), que rige para los minerales de roca dura (hardrock minerals) en tierras federales, nació como respuesta a la fiebre del oro de California y a los auges mineros del Oeste durante mediados del siglo XIX; ante la ausencia de normas que regularan el acceso a los minerales en tierras federales, los propios mineros desarrollaron sus propias costumbres

¹¹³ Constitución. Op. cit.

¹¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 de 2001. Op. cit.

y códigos, que el Congreso terminó codificando en 1872 ¹¹⁵. Esa génesis explica el rasgo más característico del sistema; fue diseñado desde la perspectiva del minero individual, no desde la perspectiva del Estado como titular del recurso.

La disposición central de la Ley de 1872 es el principio de libre iniciativa o libre acceso “self-initiation o free Access”, que permite a los ciudadanos estadounidenses y a las empresas explorar por minerales y establecer derechos sobre tierras federales sin necesidad de autorización previa de ninguna agencia gubernamental ¹¹⁶. Esta disposición es la piedra angular del sistema; cualquier persona puede ingresar a tierras federales abiertas a la minería, identificar un sitio con potencial mineral, estacarlo (staking a claim ¹¹⁷) y reportarlo al registrador del condado y al Bureau of Land Management ¹¹⁸, sin que ninguna autoridad tenga que aprobar esa decisión. El Estado no concede, simplemente registra lo que el particular ya ha hecho por su propia iniciativa.

El proceso de exploración y desarrollo bajo la Ley de 1872 sigue una secuencia determinada por la lógica del mercado más que por la planificación estatal. El interesado realiza primero un reconocimiento general de amplias áreas de territorio, identifica un sitio prometedor, verifica que esté en dominio federal y no haya sido retirado del acceso, y luego estaca el claim. Dado que el tamaño máximo de cada claim es de aproximadamente 20 acres ¹¹⁹(muy inferior al de una operación minera típica), los claimants suelen estacar bloques más grandes equivalente a un sitio de 1.000 acres que requeriría al menos 50 grupos de marcaciones y registros ¹²⁰. Los derechos sobre las

¹¹⁵ MORRISS, Andrew P.; MEINERS, Roger E. y DORCHAK, Andrew. Hardrock Homesteads: Free Access and the General Mining Law of 1872. En: Journal of Energy & Natural Resources Law. 2006, vol. 24, no. 2, p. 255.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ En el sistema minero de Estados Unidos, “estacar un claim” (to stake a claim) se refiere al acto de delimitar físicamente en el terreno el área sobre la cual se reclama un derecho minero, mediante la colocación de estacas o marcadores en sus límites.

¹¹⁸ El Bureau of Land Management (BLM) se traduce como Oficina de Administración o Gestión de Tierras, es una agencia del gobierno federal de Estados Unidos encargada de administrar y gestionar las tierras públicas federales.

¹¹⁹ 20 acres equivalen alrededor de 8 hectáreas. Debido a esta limitación, los proyectos mineros de mayor escala suelen conformarse mediante la agrupación de múltiples claims contiguos que, en conjunto, abarcan el área requerida para la exploración o explotación del yacimiento.

¹²⁰ *Ibíd.*

claims se mantienen de año en año mediante el pago de una tarifa anual de mantenimiento de 100 dólares por claim, introducida en 1992 en reemplazo del anterior requisito de trabajo de evaluación anual.

La seguridad jurídica plena de los derechos sobre el claim se encuentra condicionada a la demostración del descubrimiento de un depósito mineral comercialmente viable. El estándar de “descubrimiento”, desarrollado a través de una extensa línea de decisiones judiciales, exige que el claimant demuestre la viabilidad económica de la explotación, considerando factores como la cantidad y calidad del mineral, los precios del mercado y los costos esperados de extracción, procesamiento, comercialización, cumplimiento de obligaciones ambientales y reclamación del terreno ¹²¹. Una vez acreditado el descubrimiento, el gobierno federal no puede invalidar los derechos del claimant; si requiere el terreno para destinarlo a otro uso, debe adquirirlo. Este principio (según el cual el Estado debe compensar al titular del claim para recuperar el uso del terreno) invierte la lógica del modelo colombiano, en el que es el Estado quien, en función del interés general, puede imponer servidumbres o incluso expropiar.

Por su parte, el claimant tiene también la opción de adquirir el título de propiedad pleno sobre el terreno y los minerales mediante el sistema de patentes mineras (mineral patents), a un costo de entre 2,50 y 5 dólares por acre tarifa fijada originalmente por la ley y nunca actualizada ¹²². La patente implica la transferencia de la titularidad del dominio, tanto del suelo como del subsuelo, desde el gobierno federal hacia el particular de manera permanente y sin condición de uso minero. Los productores no pagan regalías sobre los minerales extraídos de tierras federales bajo la Ley de 1872, lo que ha generado críticas persistentes por parte de quienes señalan que el erario público no recibe un retorno justo por el uso de recursos de dominio federal ¹²³.

El debate sobre la reforma de la Ley de Minería de 1872 ha girado históricamente en torno a tres temas principales. El primero se refiere al grado de control administrativo sobre la explotación minera en tierras públicas; quienes promueven la reforma sostienen

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² *Ibíd.*

¹²³ *Ibíd.*

que el sector privado dispone de una discrecionalidad excesiva para decidir el uso de estas tierras, por lo que proponen sustituir el sistema actual por uno de permisos o arrendamientos (permit/lease system), que otorgue mayor capacidad de control a las agencias federales.

El segundo tema es la protección ambiental. La Ley de 1872 no contiene disposiciones ambientales propias. No obstante, las actividades mineras se encuentran sujetas a otras normas ambientales federales, estatales y locales, incluidas las aplicadas por el Forest Service y el Bureau of Land Management.

El tercer eje del debate es el del retorno económico al Estado. La ley no establece regalías sobre la producción minera y, además, permite adquirir tierras federales a precios muy bajos mediante el sistema de patentes. Por esta razón, el Government Accountability Office ha señalado de manera recurrente que el sistema de la Ley de 1872 no garantiza un retorno justo de los recursos minerales públicos, y algunos sectores académicos y políticos han llegado a calificarla como el mayor subsidio encubierto en la historia de la política de tierras federales de los Estados Unidos ¹²⁴.

El sistema de libre acceso a los recursos minerales, aunque ha sido considerado eficiente para incentivar la exploración privada, también presenta costos. La ausencia de un mecanismo centralizado de planificación y control ha permitido que algunas claims se utilicen para fines no mineros, como residencias, vertederos, cultivos de marihuana o establecimientos comerciales. Sin embargo, estudios del Government Accountability Office han estimado que estos usos no autorizados representan solo una fracción muy pequeña del total de claims activos. Por último, la ley tampoco resuelve de forma satisfactoria el problema de la responsabilidad por los daños ambientales generados por minas abandonadas. Normas posteriores, como la ley conocida como Superfund (CERCLA), han creado incentivos que en algunos casos desincentivan la intervención en sitios antiguamente minados, lo que ha contribuido a que muchos de estos pasivos ambientales permanezcan sin remediación o deban ser asumidos por el Estado ¹²⁵.

¹²⁴ GENERAL ACCOUNTING OFFICE. Modernization of 1872 Mining Law Needed to Encourage Domestic Mineral Production, Protect the Environment, and Improve Public Land Management. Washington: Government Printing Office, 1974.

¹²⁵ GENERAL ACCOUNTING OFFICE. Federal Land Management: An Assessment of Hardrock Mining Damage. Washington: Government Printing Office, 1988.

7.4 Tercera fase: las razones de las analogías y diferencias

Cappelletti señala que el tercer momento del análisis comparativo es una investigación de las razones que puedan explicar las analogías, pero sobre todo las diferencias en las soluciones adoptadas en respuesta a un mismo problema mediante razones históricas, sociológicas, éticas, etc. En esta fase, es pertinente moverse fuera del campo del derecho entendido en sentido restringido, reconociendo que el derecho constituye en realidad un elemento fundamental, aunque no pueda separarse de los otros, del sistema social en su conjunto.

7.4.1 Razones históricas

El modelo colombiano tiene sus raíces en la tradición colonial ibérica, donde la Corona se reservó la propiedad del subsuelo y los recursos minerales como patrimonio regio, y estableció el Quinto Real como contraprestación por el usufructo del recurso. Esa lógica patrimonialista y regalista no desapareció con la independencia; por el contrario se reprodujo y adaptó en cada nueva etapa del ordenamiento jurídico nacional, hasta quedar formalizada en el artículo 332 de la Constitución de 1991.

El modelo estadounidense nació en un contexto radicalmente distinto mediante la expansión territorial hacia el Oeste y la necesidad de colonizar vastos territorios. La Ley de 1872 no fue concebida como un instrumento de control estatal sobre los recursos, sino como un mecanismo para incentivar la ocupación productiva de tierras federales. Las tierras del Oeste eran de dominio federal no por una afirmación de soberanía sobre los recursos del subsuelo, sino por razones históricas vinculadas a la adquisición territorial. El sistema fue diseñado para facilitar la transferencia de esas tierras al dominio privado, no para mantenerlas bajo control estatal.

7.4.2 Razones filosófico - políticas

El modelo colombiano se inscribe en una tradición de Estado interventor que asume la dirección de la economía y la gestión de los recursos estratégicos como funciones propias del poder público, conforme al artículo 334 de la Constitución. El Estado no solo regula, es propietario del recurso, lo concede, fija las condiciones y extrae una contraprestación obligatoria.

El modelo estadounidense refleja una filosofía liberal e individualista en la que el particular es el protagonista, la cual consiste en la toma de iniciativa de explorar, establecer sus derechos por su propia acción, y luego el Estado reconoce y registra lo que él ha hecho. Según Morriss et al.¹²⁶, el principio de free access minimiza la discrecionalidad administrativa y reduce los riesgos de corrupción al eliminar la potestad de los funcionarios para otorgar derechos de manera arbitraria. La libre iniciativa privada desplaza la competencia desde la capacidad de obtener favores gubernamentales hacia la capacidad real de descubrir y desarrollar recursos ¹²⁷.

7.4.3 Razones institucionales

El sistema colombiano requiere una arquitectura institucional robusta como un Ministerio de Minas como rector de la política sectorial, una Agencia Nacional de Minería como autoridad concedente, una Autoridad Nacional de Licencias Ambientales como autoridad ambiental, y un Registro Minero Nacional que centraliza la información sobre títulos. El sistema estadounidense requiere principalmente un registro confiable y un marco de regulación ambiental que opera por fuera de la ley minera propiamente dicha. La Ley de 1872 no contiene ninguna disposición ambiental. La protección del ambiente queda enteramente en manos de otras leyes federales y de las regulaciones del Forest Service y el Bureau of Land Management ¹²⁸. En Colombia, el Código de Minas está articulado desde su origen con el régimen ambiental y la doctrina de la Constitución Ecológica ¹²⁹.

7.4.4 Razones relativas a la protección de la propiedad privada

La diferencia más significativa para esta investigación concierne a la relación entre la actividad minera y los derechos de propiedad de terceros. En Colombia, el artículo 13 del Código de Minas declara de utilidad pública e interés social toda la industria minera, habilitando servidumbres y expropiaciones sobre predios de terceros de manera automática y uniforme. En los Estados Unidos, el claimant no puede imponer

¹²⁶ MORRISS. Op. cit.

¹²⁷ MORRISS. Op. cit., p. 271.

¹²⁸ GAO/1988. Op. cit.

¹²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-339 de 2002. Op. cit.

servidumbres ni solicitar expropiaciones sobre tierras privadas adyacentes con base en una declaratoria general de utilidad pública. Su derecho se limita al área de las tierras federales sobre las que ha establecido sus claims. Si necesita acceder a tierras privadas, debe negociar con los propietarios en condiciones de mercado, sin el respaldo de ninguna presunción de interés general.

7.5 Cuarta fase: investigación de las grandes tendencias evolutivas

La cuarta fase del análisis comparativo consiste, según Cappelletti, en la investigación de eventuales trends, de tendencias evolutivas que pueden ser convergentes o divergentes. Ambos sistemas muestran tendencias convergentes en dos ámbitos. Primero, la incorporación de la variable ambiental como condicionante de la actividad minera, en Colombia, articulada desde el Código de Minas; en los Estados Unidos, mediante normas ambientales federales desarrolladas con posterioridad a la Ley de 1872, como la ley conocida como Superfund (CERCLA). Segundo, el reconocimiento de que no todos los minerales tienen el mismo valor estratégico. En Colombia, la Ley 1753 de 2015 y la Resolución 1006 de 2023 introdujeron la categoría de minerales de interés estratégico; en los Estados Unidos, el debate sobre la reforma de la Ley de 1872 incluye propuestas para diferenciar el tratamiento según el tipo de mineral.

Sin embargo, persisten divergencias fundamentales. Colombia ha constitucionalizado las regalías y creado el Sistema General de Regalías para redistribuir esos ingresos. Los Estados Unidos siguen sin contemplar regalías sobre la producción de minerales de roca dura en tierras federales, lo que el Government Accountability Office ha señalado como un esquema que no garantiza un retorno justo ¹³⁰. Paradójicamente, en este punto el modelo colombiano es más protector del interés colectivo. Igualmente, la tendencia colombiana hacia el fortalecimiento de la DUPIS no tiene correlato en el sistema estadounidense, donde la protección del propietario privado frente a la actividad minera sigue operando a través de las reglas ordinarias del mercado.

¹³⁰ GAO/1974. Op. cit.

7.6 Quinta fase: la valoración

Ahora bien, la quinta etapa del análisis comparativo es, según Cappelletti, la valoración: se trata de evaluar las soluciones adoptadas en cuanto a su eficacia o ineficacia en la resolución del problema/necesidad del cual ha arrancado la investigación teniendo como base que esta valoración no es absoluta, sino relativa al problema social concreto asumido como *tertium comparationis*.

7.6.1 Fortalezas y debilidades del modelo colombiano

El modelo colombiano presenta fortalezas significativas desde la perspectiva del interés colectivo. La propiedad estatal del subsuelo, las regalías constitucionales y el Sistema General de Regalías aseguran que la explotación del recurso público beneficie materialmente al Estado. La articulación entre el régimen minero y el ambiental, reforzada por la jurisprudencia constitucional, ofrece un marco de protección de los ecosistemas estratégicos que el modelo estadounidense no posee de manera integrada.

Sin embargo, la declaratoria uniforme de utilidad pública del artículo 13 del Código de Minas genera resultados que, a la luz del análisis comparado, pueden valorarse como desproporcionados. Al operar de manera automática y sin distinción entre tipos de minerales, escalas de proyecto ni finalidades de la explotación, la DUPIS otorga los mismos privilegios de intervención sobre la propiedad privada a todos los proyectos mineros, con independencia de su capacidad real de retorno social.

7.6.2 Fortalezas y debilidades del modelo estadounidense

El modelo estadounidense presenta ventajas competitivas reconocidas. Según Morriss et al.¹³¹, la seguridad jurídica que proporciona un título de propiedad claro fomenta inversiones de largo plazo, pues permite que los reclamantes mantengan sus derechos mientras generan el conocimiento técnico necesario sobre la viabilidad económica del yacimiento (p. 270). El sistema funciona como un mecanismo que premia el capital de riesgo invertido en el descubrimiento de recursos cuyo valor es inicialmente incierto para el Estado (p. 277).

¹³¹ MORRISS. Op. cit.

Sin embargo, desde la perspectiva del retorno social y la equidad, presenta debilidades evidentes. La ausencia de regalías significa que el erario público no recibe contraprestación específica vinculada a la explotación del recurso. El Government Accountability Office ha documentado que este esquema no garantiza un retorno justo al erario público y que la ley fue concebida para incentivar la colonización del Oeste, no para maximizar los ingresos del Estado federal ¹³². Además, la ley tampoco resuelve satisfactoriamente el problema de la responsabilidad por daños ambientales de minas abandonadas ¹³³.

7.6.3 Valoración comparada frente al problema de la DUPIS

Evalutados frente al problema central de esta investigación, ambos sistemas presentan insuficiencias distintas. El colombiano otorga certeza al concesionario pero a costa de reducir las garantías del propietario afectado, que no tiene mecanismos efectivos para cuestionar si el proyecto merece esa protección en el caso concreto. El estadounidense otorga mayor protección al propietario privado al no contemplar intervención sobre la propiedad ajena, pero deja sin respuesta cómo garantizar que el interés colectivo se materialice cuando el proyecto requiere acceso a tierras privadas.

Esta tensión no tiene una solución perfecta en ninguno de los dos sistemas. Lo que el contraste comparado permite hacer es identificar con mayor precisión qué aspectos del modelo colombiano están justificados por sus propios presupuestos constitucionales, y cuáles podrían beneficiarse de una revisión que tome en cuenta la experiencia de sistemas que han optado por soluciones distintas.

7.7 Sexta fase: predicción de desarrollos futuros

La última etapa del análisis comparativo representa, según Cappelletti, una inferencia de todas las demás. Se trata de prever desarrollos futuros como eventos probables y no certezas, pues la realidad es demasiado extensa para ser analizada completamente.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ GAO/1988. Op. cit.

Es así como podemos inferir que es probable que el sistema estadounidense continúe bajo presión reformadora. La creciente demanda de minerales críticos para la transición energética puede acelerar las reformas hacia un sistema que diferencie entre tipos de minerales e introduzca mecanismos de retorno económico al Estado federal. Es previsible, asimismo, que el sistema colombiano avance hacia una mayor diferenciación dentro del régimen de la DUPIS. El propio ordenamiento colombiano ha comenzado a moverse en esa dirección; la Ley 1753 de 2015 y la Resolución 1006 de 2023 revelan que el legislador y la autoridad minera han reconocido implícitamente que no todos los minerales tienen el mismo peso en el interés público nacional. La extensión de esa diferenciación al régimen de la DUPIS es una evolución que los principios constitucionales de proporcionalidad y ponderación parecen exigir.

En particular, este análisis comparado refuerza el argumento central de esta investigación, entendiéndose que la presunción uniforme de utilidad pública del artículo 13 del Código de Minas necesita ser complementada con mecanismos de ponderación individualizada que garanticen que los instrumentos más gravosos de la DUPIS como servidumbres y expropiación solo se activen cuando el interés colectivo del proyecto específico es suficientemente intenso para justificar el sacrificio que se impone al propietario afectado. Esa exigencia, que el sistema estadounidense no tiene porque no contempla la intervención sobre la propiedad privada ajena, es precisamente la que el sistema colombiano necesita desarrollar dentro de sus propios parámetros constitucionales.

CAPÍTULO 8. CONCLUSIONES

A lo largo de los capítulos precedentes, esta investigación ha recorrido el régimen jurídico de la actividad minera en Colombia con un propósito específico para examinar si la presunción uniforme de interés general que lo sostiene resulta constitucionalmente justificada cuando se aplica de manera indiscriminada a todos los tipos de explotación minera, y si los instrumentos de intervención sobre la propiedad privada que esa presunción activa, en especial la DUPIS, la expropiación y las servidumbres, son siempre proporcionales al sacrificio que imponen a los propietarios afectados. Las conclusiones que siguen recogen los hallazgos más relevantes de ese análisis y formulan apreciaciones que señalan caminos posibles para el desarrollo del régimen minero colombiano.

Primera conclusión

El régimen minero colombiano tiene una raíz histórica que condiciona de manera determinante su lógica actual. El patrimonialismo y el regalismo, heredados del modelo colonial ibérico y reproducidos de manera ininterrumpida, se tradujeron en la propiedad estatal del subsuelo consagrada en el artículo 332 de la Constitución Política de 1991 y en el sistema de regalías de los artículos 360 y 361 superiores. La Ley 685 de 2001 institucionalizó ese modelo bajo la figura del contrato de concesión como único título habilitante.

La declaratoria de utilidad pública del artículo 13 del Código de Minas no es el resultado de un análisis diferenciado del interés público de cada tipo de actividad minera, es la expresión normativa de una tradición que siempre consideró la explotación del subsuelo como una prerrogativa del soberano y una fuente de beneficio colectivo. Como señala Hernández Betancur¹³⁴, el derecho minero colombiano es "la síntesis de gran cantidad de elementos políticos, normativos y económicos tan antiguos como complejos" (p. 108). Reconocer ese origen no implica que la declaratoria sea ilegítima, pero sí que merece ser examinada con los instrumentos del constitucionalismo contemporáneo.

¹³⁴ HERNÁNDEZ BETANCUR. Op. cit.

Segunda conclusión

La declaratoria de utilidad pública e interés social de toda la industria minera opera de manera automática y uniforme, sin que la autoridad minera realice, en cada caso, un juicio de proporcionalidad entre el beneficio colectivo esperado y el sacrificio que se impone al propietario afectado. El análisis desarrollado en los capítulos precedentes permite concluir que esa presunción uniforme es jurídicamente insuficiente como fundamento autónomo de la expropiación y de las servidumbres mineras en todos los casos. Una norma que equipara el interés público de la extracción de minerales estratégicos para la transición energética con el de la extracción de materiales de construcción para uso privado no está realizando una ponderación constitucional, está dispensando a todos los proyectos de la obligación de justificar su utilidad pública en términos concretos y verificables.

Esta conclusión no implica que el artículo 13 del Código de Minas sea inconstitucional. La Corte Constitucional lo declaró exequible en la Sentencia C-619 de 2015. Lo que se plantea es que la exequibilidad de la norma en abstracto no resuelve el problema de su aplicación desproporcionada en casos concretos, y que el ordenamiento jurídico colombiano necesita mecanismos que permitan graduar la intensidad de esa presunción en función de la relevancia estratégica del mineral, la escala del proyecto y su capacidad real de retorno social.

Tercera conclusión

A lo largo de esta investigación, se ha evidenciado una tensión estructural en la arquitectura del Código de Minas; el Estado colombiano no solo ha delegado la explotación del recurso, sino que ha puesto a disposición de concesionarios privados el ejercicio de la potestad expropiatoria, una de las facultades más invasivas del poder público. Al amparo del artículo 13 de la Ley 685 de 2001, la DUPIS opera como una *causa expropriandi* automática que despoja al Estado de su deber de valorar, en cada caso concreto, si el sacrificio de la propiedad privada realmente redundará en un beneficio colectivo superior.

Esta configuración jurídica permite que el poder coercitivo estatal se convierta, en la práctica, en un instrumento procedimental para maximizar la rentabilidad de agentes

privados con ánimo de lucro. En un Estado Social de Derecho, la utilidad pública no puede ser una presunción irrefutable que exonere al beneficiario de demostrar la idoneidad y necesidad de la medida, so pena de desnaturalizar la función social de la propiedad y subordinar derechos fundamentales a lógicas puramente extractivistas

Cuarta conclusión

La aplicación automática de la DUPIS ignora que, en territorios de vocación agropecuaria, la actividad minera no colisiona simplemente con un interés particular, sino con otros intereses generales de rango constitucional, como la seguridad alimentaria (Art. 65 C.P.) y la protección de la economía campesina (Art. 64 C.P.). La investigación demuestra que el modelo de expropiación minera actual se agota en una visión puramente patrimonialista, asumiendo que una indemnización económica previa compensa el sacrificio del propietario. Sin embargo, desde la perspectiva de la justicia material, el dinero no repara la ruptura del arraigo territorial ni la destrucción de proyectos de vida vinculados a la tierra.

Al no existir un mecanismo de ponderación que evalúe la indispensabilidad del predio frente a la vocación del suelo, la DUPIS termina desplazando actividades productivas esenciales para la vida humana en favor de una industria extractiva temporal. Es necesario que el derecho minero evolucione hacia un test de proporcionalidad en sentido estricto, donde el beneficio colectivo de la mina sea real, tangible y superior al costo social de afectar la despensa agrícola del país.

Quinta conclusión

La investigación muestra que el propio ordenamiento jurídico colombiano ha comenzado a moverse en la dirección de la diferenciación. La Ley 1753 de 2015, al crear un régimen especial de adjudicación para los minerales estratégicos, y la Resolución 1006 de 2023 de la ANM, al actualizar el listado de esos minerales, revelan que el legislador y la autoridad administrativa han reconocido implícitamente que no todos los minerales tienen el mismo peso en el interés público nacional.

Sin embargo, esa diferenciación no se ha extendido al régimen de la DUPIS, generando una asimetría normativa que carece de justificación constitucional sólida. Al mismo tiempo, la brecha entre el diseño formal del sistema de regalías y el beneficio

efectivamente recibido por las comunidades más afectadas por la actividad minera ¹³⁵ debilita la justificación material de la presunción uniforme. Si las regalías se distribuyen de manera difusa en el territorio nacional mientras los impactos se concentran en las comunidades vecinas a los proyectos, la declaratoria de utilidad pública no describe una realidad de beneficio generalizado, sino una transferencia de costos que el derecho aún no ha resuelto de manera satisfactoria.

Sexta conclusión

Más allá del diagnóstico de la asimetría normativa, esta investigación permite concluir que la utilidad pública debe dejar de entenderse como un concepto estático para ser tratada como una categoría dinámica y finalista. Si bien la Resolución 1006 de 2023 de la ANM ya jerarquizó los minerales según su importancia para el desarrollo nacional, el paso lógico que el ordenamiento debe dar es la inversión de la carga argumentativa en el trámite de la DUPIS.

Para los minerales estratégicos como el litio, el cobre o el cobalto, la presunción de interés general podría mantenerse bajo un escrutinio de proporcionalidad estándar; sin embargo, para la minería de materiales de construcción o minerales destinados al mercado privado, la DUPIS no debería operar de forma automática. En estos casos, el concesionario debería perder el beneficio de la presunción legal y asumir la carga de demostrar, mediante un ejercicio de ponderación técnica y social, que su proyecto específico reporta un beneficio colectivo real que supera el costo del sacrificio de la propiedad privada. Solo mediante esta gradación procesal se garantiza que la expropiación no sea un atajo administrativo, sino una medida de última ratio justificada materialmente.

¹³⁵ MEDRANO SÁNCHEZ, M. I., et al. La responsabilidad social empresarial en la relación comunidades campesinas y empresas mineras. En: Lex. 2019, vol. 17, no. 23, p. 327-360. ÁLZATE GÓMEZ, Luisa Fernanda. Minería de oro en el marco de la inseguridad normativa, los grupos de interés y las zonas de exclusión. En: Opinión Jurídica. 2015, vol. 14, no. 28, p. 117-134. VERGEL BERMÚDEZ, J.; CASADIEGOS SANTANA, M. H. y CARRASCAL VERGEL, A. M. La propiedad privada: tendencia de los pronunciamientos jurisprudenciales en Colombia a partir de la colisión interés general y el interés particular. En: Justicia. 2023, vol. 14, no. 2.

Séptima conclusión

El análisis comparado bajo el método de Mauro Cappelletti permite concluir que la declaratoria automática de utilidad pública no es una condición sine qua non para la existencia de una industria minera vigorosa. El contraste con el modelo estadounidense de la Mining Law de 1872 demuestra que es posible organizar el acceso a los recursos del subsuelo prescindiendo de instrumentos coercitivos como la DUPIS, obligando al concesionario a acudir al mercado y a la negociación directa en condiciones de igualdad con el propietario superficial.

Esta mirada internacional desmitifica la idea de que la presunción uniforme del artículo 13 es una necesidad técnica del sector; por el contrario, revela que se trata de una opción política del legislador colombiano que hoy resulta desproporcionada. Mientras que en el sistema del Common Law la protección del propietario privado es la regla general y la intervención estatal es la excepción, en Colombia la DUPIS ha invertido esta lógica. Por lo tanto, la experiencia comparada refuerza la tesis central de este trabajo: el ordenamiento colombiano puede y debe transitar hacia un modelo de ponderación individualizada, pues la protección de la propiedad privada no es un obstáculo para la minería, sino un incentivo para que la industria busque niveles mucho más elevados de legitimidad social al convencer al propietario y a la comunidad que el proyecto es beneficioso, y ambiental al demostrar con pruebas técnicas y rigurosas que no va a afectar el medio ambiente.

En conjunto, los capítulos que conforman este trabajo apuntan a la necesidad de transformar la DUPIS de una habilitación general y automática en un instrumento de intervención sobre la propiedad privada que opere de manera diferenciada, proporcional y verificable. Esa transformación no implica abandonar el reconocimiento del interés general de la actividad minera, implica tomarlo en serio, verificarlo en concreto y garantizar que los sacrificios que impone a los propietarios afectados estén efectivamente justificados por el beneficio que produce para la colectividad. Ese es, en definitiva, el estándar que la Constitución Política de 1991 exige y que el régimen minero colombiano aún tiene pendiente de satisfacer plenamente.

REFERENCIAS

- Acto Legislativo 05 de 2011. Por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de regalías y compensaciones. Diario Oficial No. 48.134.
- Agencia Nacional de Minería [ANM]. (2021). Concepto jurídico No. 20211200278771.
- Agencia Nacional de Minería [ANM]. (2022). Concepto jurídico No. 20221200280771.
- Agencia Nacional de Minería [ANM]. (2023, 30 de noviembre). Resolución 1006 de 2023. Por la cual se determinan los minerales de interés estratégico para el país.
- Alexy, R., y Bernal Pulido, C. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álzate Gómez, L. F. (2015). Minería de oro en el marco de la inseguridad normativa, los grupos de interés y las zonas de exclusión. *Opinión Jurídica*, 14(28), 117-134.
- Arango Duque, J. C. (2020). La expropiación por motivos de utilidad pública e interés social en el sector minero colombiano: una mirada desde el derecho de propiedad. *Revista de Derecho*, (54), 482-511.
- Cappelletti, M. (1991). El derecho comparado: método y finalidades (una propuesta metodológica).
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL]. (2023). La minería en América Latina y el Caribe: tendencias y perspectivas [Presentación]. XII Conferencia Anual de Ministerios de Minería de las Américas (CAMMA).
- Congreso de la República de Colombia. (1887, 15 de marzo). Ley 38 de 1887. Por la cual se adopta el Código de Minas del antiguo Estado de Antioquia para toda la República. Diario Oficial no. 7.019.
- Congreso de la República de Colombia. (1988, 23 de diciembre). Ley 2655 de 1988. Por la cual se expide el Código de Minas. Diario Oficial no. 38.625.

Congreso de la República de Colombia. (2009, 5 de enero). Ley 1274 de 2009. Por la cual se establece el procedimiento de avalúo para las servidumbres petroleras y mineras. Diario Oficial no. 47.223.

Congreso de la República de Colombia. (2010, 9 de febrero). Ley 1382 de 2010. Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas. Diario Oficial no. 47.618.

Congreso de la República de Colombia. (2001, 15 de agosto). Ley 685 de 2001. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial no. 44.545.

Congreso de la República de Colombia. (1903, 15 de junio). Ley 30 de 1903. Por la cual se adopta el Código de Minas del Estado de Antioquia para toda la República.

Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1530 de 2012. Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías. Diario Oficial no. 48.433.

Congreso de la República de Colombia. (2015). Ley 1753 de 2015. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Diario Oficial no. 49.538.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2010). Sentencia 11001032600020060005201(33187).

Constitución Política de Colombia. (1991).

Corte Constitucional de Colombia. (1999). Sentencia C-595 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-339 de 2002. M. P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia. (2002, 22 de octubre). Sentencia C-891 de 2002. M. P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-491 de 2002. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. (2016, 27 de julio). Sentencia C-389 de 2016. M. P. María Victoria Calle Correa.

- Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-189 de 2006. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-983 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia C-366 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-010 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia C-619 de 2015. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia SU-095 de 2018. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Cuevas Martínez, J., y Caicedo Pedraza, Y. P. (2021). La expropiación administrativa por motivos de utilidad pública o interés social: Procedencia en los proyectos viales en Colombia. (Artículo de investigación, Universidad Libre de Bogotá).
- Lorenzoni Escobar, L. (2020). Medidas administrativas con efectos expropiatorios en Colombia: el caso de los contratos de concesión minera. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 50(133), 482-500.
- Ferrajoli, L., Ibáñez, P. A., y Greppi, A. (2011). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trotta.
- General Accounting Office [GAO]. (1974). *Modernization of 1872 Mining Law Needed to Encourage Domestic Mineral Production, Protect the Environment, and Improve Public Land Management*. Government Printing Office.
- General Accounting Office [GAO]. (1988). *Federal Land Management: An Assessment of Hardrock Mining Damage*. Government Printing Office.
- Hernández Betancur, L. F. (2019). Patrimonialidad Y Regalismo. La Identidad Histórico–Jurídica Del Derecho Minero Y Petrolero Colombiano (Patrimony and Royalties Entitlement. The Historical-Legal Identity of Colombian Mining and Oil Law). *Revista Contexto*, (52).

- Medrano Sánchez, M. I., Masías Vidal, J. L., Obeso Cuadra, J. K., Morón Paredes, G., Moreano Márquez, W. L., García Segovia, M. E., y Coveñas Lalupu, J. (2019). La responsabilidad social empresarial en la relación comunidades campesinas y empresas mineras. *Lex*, 17(23), 327-360.
- Ministerio de Minas y Energía. (2008). Resolución 18-1796 de 2008.
- Ministerio de Minas y Energía. (2008). Resolución 18-1800 de 2008.
- Morriss, A. P., Meiners, R. E., y Dorchak, A. (2006). Hardrock Homesteads: Free Access and the General Mining Law of 1872. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 24(2), 255.
- Presidente de la República de Colombia. (1974, 28 de octubre). Decreto Legislativo 2310 de 1974. Por el cual se dictan normas sobre la exploración y explotación de hidrocarburos. *Diario Oficial* n.º 34.195.
- Presidente de la República de Colombia. (2011, 3 de noviembre). Decreto 4134 de 2011. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería (ANM), se determina su objetivo y estructura orgánica. *Diario Oficial* n.º 48.242.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2013). Sobre las transformaciones del Derecho Público, de León Duguit. *Revista de Administración Pública*, (190), 61-100.
- Sánchez Morón, M. (1992). La coordinación administrativa como concepto jurídico. *Documentación Administrativa*, (230-231), 11-30.
- Transparencia Colombia. (s.f.). La reforma al Sistema General de Regalías. Balance y recomendaciones.
- Vergel Bermúdez, J., Casadiegos Santana, M. H., y Carrascal Vergel, A. M. (2023). La propiedad privada: tendencia de los pronunciamientos jurisprudenciales en Colombia a partir de la colisión interés general y el interés particular. *Justicia*, 14(2).