

COMUNIDAD INDIGENA KOKONUKO / AUSENCIA DE PRUEBA QUE ACREDITE LA AFECTACIÓN DE LA COMUNIDAD INDÍGENA / DESTINACIÓN TURÍSTICA DEL PREDIO - No afecta derecho fundamental a la consulta previa / SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO VEHICULAR

[N]o hay certeza de que el predio «Agua Tibia 2» fuera territorio ancestral de la comunidad indígena Kokonuko, y, por el otro, que, desde el año 1990, el señor Diego Angulo Rojas es el titular del derecho de dominio de ese predio. (...) Ahora, puede que geográficamente el predio «Agua Tibia 2» esté rodeado de predios que pertenezcan al resguardo Kokonuko, pero eso no implica que deba asumirse sin más, que sea «el corazón del resguardo». Y es que el hecho de que el predio esté rodeado de predios pertenecientes al resguardo tiene una explicación: el Incora, en su programa de «dotar de tierras y mejoras a las comunidades indígenas o recuperar tierras de resguardos ocupados por colonos que no pertenezcan a la respectiva parcialidad» ha venido adquiriendo predios de esa zona —cuya propiedad era de particulares— y los ha entregado, como título colectivo, al Resguardo Kokonuko. Así se desprende de las resoluciones 02 de 1992 y 041 de 2003, que dan cuenta de la adquisición de terrenos colindantes con el predio «Agua Tibia 2». (...) la Sala concuerda con el a quo en cuanto a la validez del acuerdo suscrito el 3 de junio de 2005, en el que intervinieron el gobernador del cabildo Kokonuko y otros representantes de esa comunidad. (...) Se trató de un típico negocio jurídico en el que ambas partes (por un lado, la comunidad indígena, y, por el otro, el señor Angulo Rojas), se presume, de manera voluntaria, aceptaron las obligaciones contenidas en ese documento. (...) La comunidad Kokonuko se comprometió a cesar todo acto de perturbación o usurpación contra el predio «Agua Tibia 2» y a evitar que, en el futuro, se produjeran hechos que atentara contra los intereses económicos y físicos del propietario. De hecho, también se adquirió el compromiso de respetar la servidumbre vehicular existente y las aguas termales que recorrían el predio. Siendo así, desde el año 2005, la comunidad indígena Kokonuko sabía de la explotación económica del predio «Agua Tibia 2», que demandaba el aprovechamiento de aguas termales que pasaban por ese predio. En definitiva, no se advierte que la inscripción del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia en el Registro Nacional de Turismo constituya una medida administrativa que afecte a la comunidad Kokonuko, pues, según se probó, se trata de un predio privado que desde hace ya varios años está destinado a actividades turísticas. (...) Y, en lo que atañe a la servidumbre, se tiene que el propio Cabildo Kokonuko se comprometió a respetarla, según consta en el acuerdo del año 2005. (...) [S]e constata que la servidumbre fue reconocida antes del año 1991, es decir, antes de que existiera el derecho a la consulta previa y, en todo caso, antes de que los predios colindantes fueran otorgados al Resguardo Kokonuko. En conclusión, la Sala estima que las actividades que reprocha la parte actora —destinación turística del predio «Agua Tibia 2» y utilización de la servidumbre de tránsito— no representaron una afectación para la comunidad Kokonuko, que deban ser objeto de concertación en este momento.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 19001-23-33-000-2017-00509-01(AC)

Actor: CABILDO INDÍGENA DE KOKONUKO

Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR, DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA, Y OTROS

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte actora contra la sentencia del 28 de noviembre de 2017¹, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que denegó las pretensiones de la tutela.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de tutela, la comunidad indígena de Kokonuko solicitó la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, a la diversidad étnica y cultural, al debido proceso intercultural, a la dignidad humana individual y colectiva, al territorio como propiedad colectiva, a la autonomía sobre el territorio indígena y a la autodeterminación de los pueblos, que estimó vulnerados por el Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa; el municipio Paracé; la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (Anla); la Agencia Nacional de Tierras; la Corporación Autónoma Regional del Cauca; el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; la Cámara de Comercio de Cauca; el Fondo Nacional de Turismo (Fontur), y el señor Diego Angulo Rojas. Concretamente, formuló las siguientes pretensiones²:

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, ordene señor Juez, al Ministerio del Interior - Oficina de Consulta Previa, que en un término no mayor de veinte (20) días, inicie todos los trámites pertinentes para la realización de la consulta previa en la Comunidad Indígena de Kokonuko, en el que se convoque al Ministerio de Industria y Turismo, Municipio de Puracé, Fondo Nacional de Turismo FONTUR, Cámara de Comercio del Cauca, Corporación Autónoma Regional del Cauca, Diego Angulo Rojas y los que se estime pertinente, en el proceso de planeación, presentación y aprobación por la comunidad, del CENTRO DE TURISMO Y SALUD TERMALES AGUA TIBIA, con el fin de establecer la afectación que los proyectos y obras puedan causar en la integridad espiritual, cultural y cosmogónico, social, a la vida, al ambiente sano y la económica de la comunidad Kokonuko.

¹ Folios 525-545 del expediente.

² Folios 44-45 del expediente.

TERCERO.- Igualmente, ordene señor Juez, al Ministerio del Interior – Oficina de Consulta Previa, que en un término no mayor de veinte (20) días, inicie todos los trámites pertinentes para la realización de la consulta previa en la Comunidad Indígena de Kokonuko, en el que se convoque al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Agencia Nacional de Tierras, Ministerio de Vías y Transporte, Municipio de Puracé, Diego Angulo Rojas y los que se estime pertinente, en el proceso de presentación y aprobación por la comunidad, de la servidumbre y construcción de un puente de entrada al CENTRO DE TURISMO Y SALUD TERMALES AGUA TIBIA, con el fin de establecer la afectación que los proyectos y obras puedan causar en la integridad espiritual, cultural y cosmogónico, social, a la vida, al ambiente sano y la económica de la comunidad Kokonuko.

CUARTO: Sírvase ORDENAR a las autoridades competentes para que inmediatamente suspenda el funcionamiento de actividades turísticas en el CENTRO DE TURISMO Y SALUD TERMALES AGUA TIBIA, hasta que se realice los trámites pertinentes de la consulta previa ante la Comunidad Indígena Kokonuko.

QUINTO.- Sírvase ORDENAR al señor DIEGO ANGULO ROJAS para que se abstenga de utilizar en la publicidad del CENTRO TURISMO Y SALUD TERMALES AGUA TIBIA, leyendas cosmovisión, cultura, ritualidades, etc., de nuestra comunidad indígena Kokonuko, sin antes haber realizado el proceso de consulta previa.

SEXTO: Sírvase PREVENIR al Municipio de Puracé, para que en el futuro, se abstenga de permitir cualquier medida administrativa que intervenga sobre los territorios habitados por la comunidad indígena Kokonuko, sin agotar el requisito de consulta previa en las condiciones que establece la honorable Corte Constitucional.

SÉPTIMO: Finalmente sírvase ORDENAR a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación apoyar, acompañar y vigilar todo el proceso de consulta previa, con el fin de garantizar los derechos de la comunidad indígena de Kokonuko el cual es sujeto de especial protección constitucional.

2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca la siguiente información:

2.1. En el municipio de Paracé, departamento del Cauca, está ubicado el Resguardo Indígena Kokonuko.

2.2. Según la parte actora, el predio «*Agua Tibia 2*», de propiedad del señor Diego Angulo Rojas, se encuentra dentro de los límites del Resguardo Kokonuko.

2.3. En el año 2005, el señor Diego Angulo Rojas, como propietario del predio «*Agua Tibia 2*», y los representantes del cabildo Kokonuko suscribieron un

acuerdo en el que se pactaron los siguientes compromisos: i) el señor Diego Angulo Rojas ofertaría 30 hectáreas del predio «*Agua Tibia 2*», que serían entregadas al resguardo Kokonuko, y ii) el resguardo Kokonuko, por su parte, cesaría la perturbación sobre el terreno restante del predio «*Agua Tibia 2*» y reconocía servidumbre de tránsito vehicular a favor del señor Diego Angulo Rojas.

2.4. El señor Diego Angulo Rojas destinó el predio a actividades turísticas y lo denominó Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, que inscribió en el Registro Nacional de Turismo y matriculó en la Cámara de Comercio.

3. Argumentos de la tutela

La parte actora sostiene que los demandados vulneraron los derechos fundamentales invocados, toda vez que el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia está afectando al resguardo indígena Kokonuko, sin que se hubiere realizado una consulta previa. En resumen, expuso:

Que el predio en el que funciona el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia queda en el «*corazón del territorio kokonuko*»³ y, con el argumento de que es propiedad privada, se ha impedido la realización de rituales tradicionales (armonización, sanación y equilibrio de la tierra).

Que, además, la publicidad que se ofrece sobre el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia utiliza leyendas falsas sobre la comunidad indígena Kokonuko, circunstancia que tergiversa su identidad cultural.

Que el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia no tiene manejo de aguas residuales y las aguas utilizadas para baños termales eran vertidas nuevamente al río Calera, lo que afectaba a las familias indígenas que están ubicadas en la parte baja del río.

Que, por ende, la inscripción del predio como sitio turístico debió ser motivo de consulta previa en la comunidad indígena Kokonuko, como se ha hecho con otros proyectos turísticos⁴. Que, de hecho, por estar dentro de los límites de la

³ Folio 18 del expediente.

⁴ Invocó los siguientes proyectos: i) Diseño participativo del producto turístico para la comunidad indígena Embera “

comunidad indígena Kokonuko, el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia no paga impuesto de industria y comercio, es decir, que se favorece de los beneficios otorgados para los pueblos indígenas.

Que, por otra parte, la constitución de una servidumbre a favor del predio de Diego Angulo Rojas también ameritaba la realización de una consulta previa en la comunidad indígena Kokonuko, pues, claramente, afectaba el territorio de esa población. Que, incluso, se construyó un puente para el ingreso al Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia.

Que si bien el año 2005 se suscribió un acuerdo en el que consintió la servidumbre, lo cierto es que dicha autorización no era válida, porque ese tipo de decisiones debe ser aprobado por la asamblea general de la comunidad y, en todo caso, el señor Jaime Núñez, que fungió como gobernador del cabildo Kokonuko al momento de suscribir el acuerdo, declaró que ese pacto lo firmó bajo amenaza.

4. Solicitudes de coadyuvancia

4.1. Organización Nacional Indígena de Colombia

La consejera de derechos de los pueblos indígenas, derechos humanos y paz de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) pidió que se le tuviera como coadyuvante y se accediera a las pretensiones de la tutela. En síntesis, invocó jurisprudencia constitucional para explicar que la consulta previa a los pueblos indígenas es un derecho fundamental.

4.2. Consejo Regional Indígena del Cauca

El consejero regional indígena del Cauca solicitó ser reconocido como coadyuvante de la tutela y que se concediera el amparo de tutela, pues, en efecto, la consulta previa es un derecho fundamental, de ahí que todo proyecto, actividad u obra que afectara las comunidades indígenas debía estar sujeto a ese trámite previo.

4.3. Asociación de Cabildos Genaro Sánchez

El Jagua” Río Chorí (Nuquí-Chocó) y ii) Diseño participativo del producto turístico con las comunidades indígenas relacionado con el proyecto Tambo Wasi (Santiago y Valle de Sibundoy – Putumayo).

El representante legal de esa asociación coadyuvó las pretensiones de la tutela, pues, a su juicio, la consulta previa era indispensable para autorizar la destinación del predio «*Agua Tibia 2*» a actividades turísticas y la servidumbre de tránsito vehicular.

5. Intervención de los demandados

5.1. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

El apoderado judicial de la Anla pidió que se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que las funciones de esa entidad no estaban relacionadas con el trámite de consultas previas ni con el otorgamiento de concesiones para servicios turísticos. Agregó que, en todo caso, la parte actora no invocó un perjuicio irremediable y tampoco demostró la vulneración de derechos fundamentales.

5.2. Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa

El director de Consulta Previa del Ministerio del Interior solicitó que se denegaran las pretensiones de la tutela, por cuanto el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia se encuentra en un predio de propiedad privada, es decir, no hace parte del cabildo indígena Kokonuko y, por ende, no era necesaria la consulta previa.

5.3. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

El representante judicial del ministerio pidió que se desvinculara a esa entidad, porque, en lo que atañe al caso concreto, sus competencias se limitaban a la verificación de los requisitos para el registro de la prestación de servicios turísticos, requisitos que cumplió el señor Angulo Rojas.

5.4. Corporación Autónoma Regional del Cauca

La apoderada judicial de la Corporación Autónoma Regional de Cauca estimó que la tutela debía declararse improcedente, porque la parte actora dejó transcurrir

mucho tiempo entre la presunta vulneración de derechos fundamentales y la solicitud de amparo, es decir, incumplió el requisito de la inmediatez.

5.5. Diego Angulo Rojas (propietario del predio Agua Tibia 2)

El apoderado judicial del señor Angulo Rojas solicitó que la tutela fuera declarada improcedente, por incumplimiento del requisito de inmediatez. En ese sentido, expuso: i) que el predio turístico lleva más de 25 años abierto al público y está constituido como establecimiento de comercio desde hace 5 años, por lo que la parte actora pudo, desde hace tiempo, presentar la tutela; ii) que, por un lado, el cabildo demandante no justificó la inactividad en el ejercicio de la acción de tutela, y, por el otro, la decisión pretendida vulneraría el núcleo esencial de los derechos a la propiedad privada y al trabajo del señor Angulo Rojas, pues posee una titulación legítima y desarrolla una actividad económica que se verían afectadas; iii) que no había nexo causal entre la presunta vulneración de derechos fundamentales y la demora en el ejercicio de la acción de tutela.

En cuanto al fondo del asunto, explicó que la consulta previa se erigió como obligación estatal a partir del año 1991 y la finalidad era garantizar un mecanismo de participación para las comunidades y grupos étnicos, cuando pudieran resultar afectados por proyectos, actividades u obras. Señaló que fue hasta el año 2011 que la Corte Constitucional describió un procedimiento preciso para entender surtida esa consulta. Agregó que, en el caso concreto, el señor Angulo Rojas y la comunidad Kokonuko suscribieron un acuerdo en el año 2005, que puede tenerse como mecanismo de participación, en tanto que, para ese momento, no estaba descrito el procedimiento de consulta previa. Adujo que el acuerdo sí era válido, pues fue suscrito por el gobernador del cabildo, que representaba al resguardo, y, además, representó un beneficio para la comunidad indígena, porque logró la adquisición de una porción de terreno. Que no existía prueba idónea sobre la supuesta coacción para la suscripción del acuerdo y, por consiguiente, debía otorgársele plena validez al pacto.

Por otra parte, sostuvo que los reproches sobre violación de normas ambientales no podían ser alegados en sede de tutela, sino que debían ser discutidos mediante el ejercicio de la acción popular o a través de los procedimientos administrativos sancionatorios ambientales.

Finalmente, se refirió a la existencia de las servidumbres, así: i) que la servidumbre a favor del predio «*Agua Tibia 2*» estaba constituida desde mucho antes que el terreno fuera reconocido como resguardo indígena; ii) que, conforme con los artículos 884 y 887 del Código Civil, las servidumbres tienen vocación de permanencia y de inalterabilidad; iii) que esas normas le resultan aplicables a los resguardos indígenas, pues, de acuerdo con el artículo 23 del Decreto 2164 de 1995, estos están sujetos a las servidumbres establecidas por las leyes vigentes; iv) que, incluso, la comunidad indígena autorizó la servidumbre en el acuerdo suscrito en el año 2005, y v) que, en todo caso, según el artículo 905 del Código Civil, la servidumbre es de carácter legal cuando el predio que se benefició de ella esté despojado de comunicación con el camino público más cercano y la servidumbre sea indispensable para el uso y beneficio del predio, como ocurre con el terreno del señor Angulo Rojas.

5.6. Agencia Nacional de Tierras

La jefe de la Oficina Jurídica de la Agencia Nacional de Tierras propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que dentro de sus funciones no estaba la de reglamentar ni intervenir en los procesos de consulta previa.

5.7. Municipio de Puracé

El alcalde del municipio de Puracé sostuvo que lo relacionado con el trámite de consulta previa le corresponde al Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa. Mencionó que la parte actora no acreditó el perjuicio irremediable para acudir en vía de tutela y que, de hecho, esa comunidad indígena tuvo conocimiento de la actividad turística que se desarrolla en el predio desde hace algunos años, pero solo hasta ahora promovió la acción de tutela. Afirmó que, en realidad, lo que se busca es entorpecer el alcance de la sentencia del 24 de abril de 2017, confirmada por el Consejo de Estado, mediante fallo del 29 de junio de 2017, en la que se ordenó a las autoridades que hiciera cesar la perturbación que la comunidad indígena estaba ejerciendo sobre el predio del señor Angulo Rojas.

5.8. Cámara de Comercio del Cauca

La primer suplente de la presidencia ejecutiva de la Cámara de Comercio del Cauca pidió que se denegaran las pretensiones respecto de esa organización, pues su actividad se limitó a la verificación de los requisitos formales para la inscripción del Centro de Turismo y Salud «*Agua Tibia 2*» como prestador de servicios turísticos, lo que efectivamente hizo.

6. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Cauca, por sentencia del 28 de noviembre de 2017, denegó las pretensiones de la tutela. Las razones de la decisión, en síntesis, fueron:

Que, conforme con la jurisprudencia constitucional, la tutela es el mecanismo idóneo para pedir la protección del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, en tanto que otro tipo de acciones no ofrecen soluciones omnicomprensivas y definitivas.

Que la vulneración de derechos fundamentales se predicaba por el hecho de no adelantar consulta previa para: i) la explotación económica del predio «*Agua Tibia 2*», en el que funciona el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, y ii) la constitución de la servidumbre de tránsito al predio Agua Tibia 2, que incluye la construcción de un puente utilizado para el ingreso a ese predio.

Que, en el presente asunto, si bien se alegaba el incumplimiento del requisito de la inmediatez, lo cierto era que la explotación económica del predio «*Agua Tibia 2*» y el aprovechamiento de la servidumbre aún permanecían en el tiempo, de ahí que sí fuera procedente el estudio de fondo.

Que, según las pruebas del expediente de tutela, no había duda de que el predio «*Agua Tibia 2*» era de propiedad del señor Diego Angulo Rojas y, de hecho, así lo concluyeron el Tribunal Administrativo del Cauca y el Consejo de Estado en la tutela 2017-00158. Que, por ende, como predio privado, el propietario podía determinar libremente la destinación.

Que, por otra parte, de acuerdo con lo probado en el expediente, la comunidad indígena del Kokonuko, desde el año 2005, ha venido reclamando la propiedad de ese predio, lo que ha provocado la realización de reuniones y acuerdos entre

ambas partes. Que, justamente, en acuerdo del 3 de junio de 2005, el señor Angulo Rojas se comprometió a ofertar 30 hectáreas de su predio —hectáreas que fueron denominadas «*Agua Tibia 3*»— para que fueran entregadas a la comunidad indígena Kokonuko y, a cambio, esa comunidad respetaría el predio restante «*Agua Tibia 2*» y haría cesar toda perturbación, usurpación o daños contra los intereses del señor Angulo Rojas.

Que el señor Jaime Muñoz, gobernador del cabildo Kokonuko para el año 2005, adujo que fue coaccionado para suscribir ese acuerdo, pues se le amenazó con la posible detención a él y otros representantes de la comunidad. Que, sin embargo, el acuerdo del año 2005 no fue suscrito por ninguna autoridad estatal, que son las que tiene potestades de detención. Que, específicamente, el acuerdo fue suscrito por las autoridades del cabildo indígena, representantes de la comunidad y los asesores, por un lado, y por el señor Angulo Rojas y su abogado, por el otro, lo que denotaba la libertad y voluntariedad del acuerdo.

Que, en todo caso, los actores no pueden invocar el presunto vicio del acuerdo para dejar sin validez el compromiso que favorecía al señor Angulo Rojas, pues la invalidez del acuerdo afectaría también el traslado de dominio de las 30 hectáreas —a favor de la comunidad indígena— que se dio en virtud, justamente, de lo convenido.

Que se evidenciaba que el funcionamiento del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia implicaba amenaza contra la convivencia pacífica, las creencias, los usos y costumbres de la comunidad indígena, por cuanto esa actividad turística se ejercía exclusivamente en el predio privado, que no es ocupado por el pueblo Kokonuko.

Que, adicionalmente, a raíz de las reclamaciones de la comunidad Kokonuko, las autoridades estatales debieron intervenir y, como posible solución, se adquirió el compromiso de comprar el predio al señor Angulo Rojas, siempre y cuando mediara voluntad de enajenar. Que, como no se ha materializado ese compromiso, los actores promueven la tutela para forzar la enajenación del predio. Que, precisamente, el fallo de tutela del 29 de junio de 2017, proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, exhortó al Estado para que procurara el cumplimiento del compromiso adquirido.

Que, en cuanto a la servidumbre para el acceso al predio del señor Angulo Rojas, se verificó que la servidumbre fue autorizada desde septiembre del año 1981, cuando el terreno era propiedad de Celinda de Valencia, es decir, antes de que la consulta previa se erigiera como derecho fundamental y antes de que el terreno pasara a convertirse en resguardo indígena. Que, de hecho, esa servidumbre fue ratificada en el acuerdo del año 2005.

Que, en todo caso, la sentencia proferida dentro de la acción de tutela 2017-00158-01, al amparar el derecho a la propiedad privada y al trabajo, precisó que la prohibición de la perturbación del predio «*Agua Tibia 2*» comprendía también respetar la servidumbre de tránsito. Que, en igual sentido, la parte demandante no explicó de manera precisa y tampoco demostró la existencia del puente que, presuntamente, se construyó para usar la servidumbre de tránsito, por lo que no podía establecerse si había o no afectación para la comunidad indígena.

Que, frente a las demás inconformidades de la parte actora, la tutela resultaba improcedente, porque: i) la ausencia de plan de manejo de aguas residuales en el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia podía ser reprochada mediante acción popular o denuncias ante la autoridad ambiental; ii) la utilización de las leyendas para hacer publicidad al Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia podía conjurarse mediante el ejercicio de una acción civil que restringiera el uso del nombre de la comunidad, las creencias, costumbres, historias y demás, y iii) la exención del pago del impuesto de industria y comercio al Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia podía discutirse a través de una queja ante la autoridad competente.

7. Impugnación

La parte actora impugnó la sentencia de tutela de primera instancia. Las razones de la inconformidad pueden sintetizarse así:

Que el *a quo* desconoció la noción de territorio que tienen las comunidades indígenas. Que, como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia C-371 de 2014, la protección constitucional del territorio de las comunidades indígenas comprende los lugares de significación religiosa, ambiental o cultural, así como la totalidad del hábitat que ocupan o se utilizan de alguna manera, independientemente de que estén fuera de los límites físicos de los títulos

colectivos. Que, de hecho, la sentencia T-698 de 2011 expuso que uno de los derechos de la propiedad colectiva es la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos. Que, además, puede haber territorios que no hayan sido objeto de posesión ancestral por razones ajenas a los pueblos indígenas, pero eso no justifica la negación de derechos asociados al territorio.

Que, por ende, el predio «*Agua Tibia 2*» sí hace parte del territorio del resguardo Kokonuko, pues «*está ubicado en el corazón del territorio Kokonuko*»⁵, de ahí que sea desacertado la conclusión del *a quo*, según la cual, la actividad turística se ejercía exclusivamente en territorio privado. Que, precisamente, los ancestros de la comunidad Kokonuko realizaban rituales de armonización, sanación y equilibrio en el predio «*Agua Tibia 2*», prácticas ancestrales que no pueden realizar actualmente porque el señor Anulo Rojas les prohíbe el ingreso.

Que, por otra parte, el juez de tutela de primera instancia omitió valorar la copia simple del título colonial, la escritura pública 394 de 1912, la escritura pública 538 de 1937 y las resoluciones de estructuración y ampliación 02 del 10 de febrero de 1992 y 041 del 10 de abril de 2003, que demostraban la ancestralidad del territorio.

Que fue en el año 2017, cuando el señor Angulo Rojas promovió acción de tutela para pedir el amparo del derecho a la propiedad y al trabajo, que la comunidad Kokonuko tuvo conocimiento de que se había otorgado la concesión servicios turísticos al predio «*Agua Tibia 2*».

Que, en definitiva, como la actividad turística ejercida en el predio «*Agua Tibia 2*» afecta a la comunidad Kokonuko, era necesario adelantar la consulta previa. Que, igualmente, la consulta previa era necesaria para la utilización de la servidumbre, en que se construyó un puente sin ningún tipo de permiso.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela

⁵ Folio 561 del expediente.

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa ordinario debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

2. Planteamiento del problema jurídico

La parte actora sostuvo, básicamente, que se le vulneró el derecho fundamental a la consulta previa, por cuanto, sin mediar ninguna concertación con la comunidad indígena del Kokonuko: **i)** se permitió que el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, que funciona en el predio «*Agua Tibia 2*», fuera inscrito en el Registro Nacional de Turismo, y **ii)** se impuso una servidumbre pasiva de tránsito, en la que se construyó un puente, que posibilita el ingreso al Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia.

El *a quo* denegó las pretensiones porque: **i)** el predio «*Agua Tibia 2*» era de propiedad privada y, por ende, podía destinarse libremente; **ii)** la actividad turística se ejercía exclusivamente dentro del predio privado, por lo que no representaba una afectación a la comunidad indígena Kokonuko; **iii)** que el acuerdo suscrito en el año 2005 era plenamente válido y, en él, la comunidad indígena se comprometió a no perturbar el predio del señor Angulo Rojas y a respetar la servidumbre, y **iv)** que, de todos modos, la servidumbre existe desde el año 1981, es decir, antes de que la consulta previa se erigiera como derecho fundamental.

En la impugnación, se aduce: **i)** que, según la noción de territorio de las comunidades indígenas, el predio «*Agua Tibia 2*» sí era parte del resguardo Kokonuko, así no estuviere dentro de los límites físicos del título colectivo⁶, pues estaba ubicado en el corazón del resguardo y, además, era un lugar en el que los

⁶ Título de dominio sobre un predio que se otorga a toda la comunidad, y no a alguien en particular.

ancestros llevaban a cabo rituales de armonización, sanación y equilibrio de la tierra, y ii) que no se valoraron la copia simple del título colonial, la escritura pública 394 de 1912, la escritura pública 538 de 1937 y las resoluciones de estructuración y ampliación 02 del 10 de febrero de 1992 y 041 del 10 de abril de 2003, que demostraban la ancestralidad del territorio.

Así, en los términos de la impugnación, a la Sala le corresponde determinar si estuvo ajustada a derecho la decisión del *a quo*, al concluir que no era necesario adelantar la consulta previa para la inscripción del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia en el Registro Nacional de Turismo, en tanto que se trataba de un predio privado y la destinación no afectaba a la comunidad indígena Kokonuko, ni tampoco para utilización de la servidumbre de tránsito que beneficia al predio «*Agua Tibia 2*», pues ese gravamen existía desde antes que la consulta previa fuera reconocido como derecho fundamental.

Previo a abordar la solución del caso concreto, la Sala estima necesario referirse a la consulta previa como derecho fundamental.

2.1. La consulta previa como derecho fundamental⁷

Es sabido que la conquista y posterior colonización del continente americano trajo aparejada la coexistencia de personas de distintas latitudes del planeta: indígenas, africanos y europeos, todos, con características fenotípicas, creencias, costumbres e idiomas marcadamente diferentes. A ese cúmulo de rasgos lingüísticos, culturales, religiosos, etcétera, que caracterizan a determinado grupo humano, es a lo que comúnmente se le denomina: etnia. De ahí que al conjunto de personas de la misma etnia se le llame grupo étnico o comunidad étnica.

Ahora, si bien el término grupo étnico no alude específicamente a los grupos minoritarios (pues, como se dijo, en estricto sentido hace referencia al conjunto de personas de la misma etnia), lo cierto es que la jurisprudencia nacional ha utilizado dicha expresión preferentemente para referirse a comunidades históricamente discriminadas, comunidades que, por cuenta de la imposición de una visión del mundo mayoritariamente aceptada y del acceso restringido a instancias de decisión, han visto debilitadas sus prácticas culturales, sociales y espirituales. Los

⁷ Consideraciones expuestas por la Sala en sentencia del 10 de diciembre de 2015, expediente 70001-23-33-000-2015-00197-01, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

grupos étnicos asentados en territorio colombiano son los indígenas, los negros, los raizales, los palenqueros y los rom o gitanos⁸.

Ese contexto de debilitamiento sistemático de los valores y costumbres de los grupos étnicos, sumado a «*las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven*»⁹, explica la adopción en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del Convenio 169 sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes.

En Colombia, el Convenio 169 de la OIT se aprobó mediante la Ley 21 de 1991, que es la primera respuesta efectiva del Estado frente a las voces inconformes que empezaban a exigir cambios profundos en el sistema político-normativo imperante del país, que no propendía por la protección de la diversidad étnica y cultural¹⁰. Vale decir que dicha ley también fue el preludio del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica. El artículo 7 de la Constitución Política, por ejemplo, hace alusión al reconocimiento y la protección de la diversidad étnica de la nación colombiana por parte del Estado.

No es casualidad, entonces, que uno de los aspectos centrales del Convenio 169 de la OIT sea el de la consulta previa.

⁸ Sobre el reconocimiento del pueblo rom o gitano como grupo etnocultural diverso, la Corte Constitucional, en sentencia C-864 de 2008, señaló que “*Aunque no existe en la Constitución Política un reconocimiento específico del Pueblo ROM como un grupo étnico sujeto de especial protección constitucional, el mismo sí ha sido reconocido por el Consejo Nacional de Seguridad social en Salud como un pueblo tribal objeto de la aplicación del Convenio 169 de la OIT, por lo que el mencionado Consejo ha dictado normas especiales dirigidas a proteger el derecho a la salud de los miembros de este pueblo (...)*”

la Corte concluye que un órgano gubernamental ha reconocido formalmente que el pueblo Rom o pueblo gitano, por su proceso histórico y cultural y su conciencia de identidad comunitaria, es un pueblo tribal o grupo étnico al cual se hacen extensivas las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional de Trabajo, OIT (...)”.

⁹ Consideraciones del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

¹⁰ “*Para Stavenhagen (2009), el pasado colonial y poscolonial de la explotación, racismo y exclusión social de los pueblos étnicos que se mantuvo en la construcción de los Estados nacionales en las Américas tuvo como ruptura histórica la década de los 80 del siglo XX, donde un considerable número de Estados adoptaron reformas legales que incorporaron por vez primera los pueblos indígenas al marco legal de los países*”. Extracto tomado del texto de autoría de Rodrigo Almanza Hernández y Carlos Eduardo Salinas Alvarado: Consulta previa: recorrido introductorio hacia un diálogo intercultural. Revista Centro de Estudios Políticos del Ministerio del Interior y de Justicia, número 2, año 2. Enero – junio de 2010.

La consulta previa es, pues, el derecho fundamental¹¹ de los grupos étnicos a ser informados y consultados sobre la adopción de las medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos directamente. *Grosso modo*, el objetivo principal de la consulta previa es establecer un diálogo con el respectivo grupo étnico, que favorezca la adopción de las medidas administrativas o legislativas y al mismo tiempo mantener incólume su integridad étnica y cultural.

Sobre la finalidad de la consulta previa, en sentido más amplio, la Corte Constitucional manifestó¹²:

[L]a consulta previa tiene la finalidad de (i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.

Ahora, conviene recordar que la consulta previa no genera el derecho de veto de los grupos étnicos frente a las medidas administrativas o legislativas que pretenda implementar el Estado, sino que, en palabras de la Corte Constitucional, «se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo»¹³.

Dicho de otro modo: la consulta previa es el espacio propicio para que, por una parte, las autoridades expliquen detalladamente en qué consisten las medidas administrativas o legislativas que planean implementar y determinen de qué manera tales medidas pueden afectar directamente al grupo étnico consultado. Y,

¹¹ En varios pronunciamientos, la Corte Constitucional ha reiterado que el derecho de los grupos étnicos a la consulta previa es de carácter fundamental. Ver, entre otras, las siguientes sentencias: T-428 de 1992, SU-037 de 1997, T-652 de 1998, T-634 de 1999, SU-383 de 2003, T-955 de 2003, T-737 de 2005, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-769 de 2009.

¹² Sentencia SU-039 de 1997. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

¹³ Sentencia SU-383 de 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

por otra, es la oportunidad para que las comunidades étnicas formulen los reparos que tengan sobre dichas medidas y, de ser posible, lleguen a un acuerdo con las autoridades respecto de la forma de resolverlos y de garantizar la preservación de la identidad etnocultural.

La consulta previa es, pues, el mecanismo que materializa el derecho de participación de las comunidades étnicas para proteger su identidad cultural, social y económica.

2.2. Solución del caso concreto

En primer lugar, la Sala se referirá a las pruebas que, según la parte actora, fueron omitidas por el *a quo* y que demostraban que el predio «*Agua Tibia 2*» era un lugar ancestral para la comunidad indígena Kokonuko.

Las pruebas presuntamente omitidas son: copia simple del título colonial, la escritura pública 394 de 1912, la escritura pública 538 de 1937 y las resoluciones de estructuración y ampliación 02 del 10 de febrero de 1992 y 041 del 10 de abril de 2003.

Sobre el particular, debe decirse que los documentos que se aducen como título colonial y como escrituras públicas 394 de 1912 y 538 de 1937 resultan ilegibles¹⁴ y, por ende, no constituyen prueba idónea de que el predio denominado «*Agua Tibia 2*» haya pertenecido o haya sido ocupado por la comunidad indígena Kokonuko.

En igual sentido, las resoluciones 02 de 1992¹⁵ y 041 de 2003¹⁶ tampoco dan cuenta de que predio «*Agua Tibia 2*» haya sido territorio ancestral de la comunidad Kokonuko. En esas resoluciones, el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (Incora) cedió algunos predios, que adquirió a título de compraventa y de donación, para que hicieran parte del título colectivo del Resguardo Kokonuko. Dentro de los predios cedidos no se relacionó el predio «*Agua Tibia 2*» y, de hecho, el artículo primero de la Resolución 041 de 2003 dispuso «*se dejan a salvo*

¹⁴ Folios 94-132 del expediente

¹⁵ Folios 133-148 del expediente.

¹⁶ Folios 149-165 del expediente.

los derechos de terceros adquiridos con justo título que pudieren quedar incluidos dentro de la delimitación en la ampliación del Resguardo de Kokonuko»¹⁷.

Ahora bien, en el expediente de tutela obra el certificado de tradición del predio «*Agua Tibia 2*»¹⁸, expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán, en el que aparece como propietario el señor Diego Angulo Rojas. Además, se aportó la escritura pública 1559 del 31 de mayo de 1990¹⁹, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Popayán, en la que se registró que el predio «*Agua Tibia 2*» pasaba a ser propiedad exclusiva del señor Diego Angulo Rojas.

Lo anterior permite colegir, por un lado, que no hay certeza de que el predio «*Agua Tibia 2*» fuera territorio ancestral de la comunidad indígena Kokonuko, y, por el otro, que, desde el año 1990, el señor Diego Angulo Rojas es el titular del derecho de dominio de ese predio.

Ahora, puede que geográficamente el predio «*Agua Tibia 2*» esté rodeado de predios que pertenezcan al resguardo Kokonuko, pero eso no implica que deba asumirse sin más, que sea «*el corazón del resguardo*». Y es que el hecho de que el predio esté rodeado de predios pertenecientes al resguardo tiene una explicación: el Incora, en su programa de «*dotar de tierras y mejoras a las comunidades indígenas o recuperar tierras de resguardos ocupados por colonos que no pertenezcan a la respectiva parcialidad*»²⁰, ha venido adquiriendo predios de esa zona —cuya propiedad era de particulares— y los ha entregado, como título colectivo, al Resguardo Kokonuko. Así se desprende de las resoluciones 02 de 1992 y 041 de 2003, que dan cuenta de la adquisición de terrenos colindantes con el predio «*Agua Tibia 2*».

Adicionalmente, se pone de presente que, según se afirmó en la sentencia de segunda instancia proferida dentro de la acción de tutela 19001233300020170015801²¹, el Gobierno Nacional se comprometió a adquirir el

¹⁷ Folio 165 del expediente.

¹⁸ Folio 167-170 del expediente.

¹⁹ Folios 407-412 del expediente.

²⁰ Numeral 6 del artículo 54 de la Ley 135 de 1961, modificado por el artículo 21 de la Ley 30 de 1988.

²¹ A la que hicieron alusión las partes del proceso y que fue consultada en la página web del Consejo de Estado.

predio «*Agua Tibia 2*» para entregarlo al resguardo Kokonuko, pero hasta la fecha no ha sido posible²².

Por otra parte, la Sala concuerda con el *a quo* en cuanto a la validez del acuerdo suscrito el 3 de junio de 2005²³, en el que intervinieron el gobernador del cabildo Kokonuko y otros representantes de esa comunidad.

En efecto, el acuerdo se trató de un típico negocio jurídico en el que ambas partes (por un lado, la comunidad indígena, y, por el otro, el señor Angulo Rojas), se presume, de manera voluntaria, aceptaron las obligaciones contenidas en ese documento. Si se pretende restar eficacia a ese negocio jurídico por una presunta coacción, es necesario demostrar, ante autoridad judicial competente, la nulidad de ese negocio jurídico por vicio del consentimiento, lo que, hasta el momento, no ha hecho el cabildo indígena Kokonuko. Además, tal y como advirtió el juez de tutela de primera instancia, la supuesta coacción consistió en amenazas de detención, medida coercitiva que no podía ser utilizada por la contraparte —Diego Angulo Rojas—.

En este punto, resulta de vital importancia mencionar algunos de los compromisos que se adquirieron en el acuerdo del año 2005. En ese sentido, las cláusulas tercera y cuarta dispusieron:

TERCERA: el cabildo y la comunidad indígena de Kokonuco, como consecuencia de la venta voluntaria por parte del señor Diego Angulo Rojas, se comprometen a respetar y hacer respetar el predio restante Aguatibia No. 2 de su propiedad, cesando todo acto de perturbación, daños o usurpación en general que atente contra los intereses económicos y físicos de su dueño y evitar que estos hechos sucedan en el futuro, incluyendo los posteriores cabildos y la comunidad indígena de Kokonuco. Se tendrá en cuenta como legislación aplicable la Ley 160 de 1994, el Decreto 2164 de 1995, en armonía con la Ley 21 de 1991. CUARTA: el cabildo y la comunidad indígena de Kokonuco, respetara y harán respetar en lo sucesivo la servidumbre activa de tránsito vehicular de un ancho de 8 metros que da acceso al predio Aguatibia No. 2 y a las termas existentes en el citado predio, servidumbre que se ubica desde la carretera central que conduce de Coconuco hacia Paletará hasta el Río Calera, servidumbre que se reconoce y se otorga al propietario del predio Aguatibia No. 2 por parte del cabildo y la comunidad indígena de Kokonuco.

²² Ese hecho también aparece documentado en notas de prensa: <http://www.wradio.com.co/noticias/regionales/gobierno-nacional-ha-incumplido-indigenas-del-cauca/20170419/nota/3440867.aspx>

²³ Folios 175 y 176 del expediente.

Como se ve, en esa oportunidad, la comunidad Kokonuko se comprometió a cesar todo acto de perturbación o usurpación contra el predio «*Agua Tibia 2*» y a evitar que, en el futuro, se produjeran hechos que atentara contra los intereses económicos y físicos del propietario. De hecho, también se adquirió el compromiso de respetar la servidumbre vehicular existente y las aguas termales que recorrían el predio.

Siendo así, desde el año 2005, la comunidad indígena Kokonuko sabía de la explotación económica del predio «*Agua Tibia 2*», que demandaba el aprovechamiento de aguas termales que pasaban por ese predio.

En definitiva, no se advierte que la inscripción del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia en el Registro Nacional de Turismo constituya una medida administrativa que afecte a la comunidad Kokonuko, pues, según se probó, se trata de un predio privado que desde hace ya varios años está destinado a actividades turísticas. Si, en realidad, la afectación fuera de la magnitud expuesta en el escrito de tutela, no hubiera pasado desapercibida y mucho menos habría sido tolerada por la comunidad durante los años en que se ha explotado de esa manera el bien.

Y, en lo que atañe a la servidumbre, se tiene que el propio Cabildo Kokonuko se comprometió a respetarla, según consta en el acuerdo del año 2005.

En todo caso, esa servidumbre fue reconocida desde el año 1990, pues, de conformidad con la cláusula cuarta de la escritura pública 1.559 de 1990 — documento en el que se entregó la propiedad del predio al señor Angulo Rojas—, «*las adjudicaciones de los lotes determinados como aparecen en la cláusula anterior, comprende las de las edificaciones que en ella se encuentran y las de las servidumbres de tránsito que permiten el acceso a ellos*»²⁴. Por consiguiente, se constata que la servidumbre fue reconocida antes del año 1991, es decir, antes de que existiera el derecho a la consulta previa y, en todo caso, antes de que los predios colindantes fueran otorgados al Resguardo Kokonuko.

En conclusión, la Sala estima que las actividades que reprocha la parte actora — destinación turística del predio «*Agua Tibia 2*» y utilización de la servidumbre de

²⁴ Folio 411 del expediente.

tránsito— no representaron una afectación para la comunidad Kokonuko, que deban ser objeto de concertación en este momento.

Queda resuelto, entonces, el problema jurídico propuesto: la decisión del *a quo* sí estuvo ajustada a derecho, toda vez que la inscripción del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia en el Registro Nacional de Turismo y utilización de la servidumbre de tránsito que beneficia al predio «*Agua Tibia 2*» no vulneran el derecho fundamental a la consulta previa.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **Confirmar** la sentencia impugnada, por las razones expuestas en esta providencia.
2. **Notificar** la presente decisión a las partes, tal y como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. **Enviar** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Ausente con excusa