

Sentencia T-466/19

Referencia: Expediente T-6.728.168

Demandante: Cabildo Indígena de Kokonuko

Demandados: Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa; Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Cámara de Comercio del Cauca; Fondo Nacional del Turismo-FONTUR; Municipio de Puracé-Cauca; Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA; Agencia Nacional de Tierras; Corporación Autónoma Regional del Cauca y Diego Angulo Rojas

Magistrado Sustanciador:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D. C., ocho (8) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 15 de marzo de 2018, mediante el cual confirmó el emitido por el Tribunal Administrativo del Cauca el 28 de noviembre de 2017, en cuanto negó la tutela presentada por el Cabildo Indígena Kokonuko contra el Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa; Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Cámara de Comercio del Cauca; Fondo Nacional del Turismo-FONTUR; Municipio de Puracé-Cauca; Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA; Agencia Nacional de Tierras; Corporación Autónoma Regional del Cauca y el señor Diego Angulo Rojas.

ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 10 de noviembre de 2017 el Cabildo Indígena Kokonuko presentó acción de tutela para que fueran protegidos los derechos fundamentales individuales y colectivos a la consulta previa, libre e informada, a la vida, a la diversidad étnica y cultural, al debido proceso intercultural, a la dignidad humana individual y colectiva, al fuero y a la jurisdicción especial indígena, al territorio como propiedad colectiva, a la autonomía sobre el territorio indígena, a la autodeterminación de los pueblos, a la subsistencia como etnia, entre otros, por la no realización del proceso de consulta previa con la comunidad indígena representada por el Cabildo de Kokonuko, frente a (i) la modificación de la servidumbre de tránsito que permite el acceso al predio denominado Aguatibia 2, propiedad del señor Diego Angulo Rojas, que grava los predios del Resguardo de Kokonuko y (ii) la concesión de servicios turísticos en parque, a favor de la empresa Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, que funciona en el predio Agua Tibia 2, que involucra el uso y aprovechamiento del recurso natural hídrico, ambiental, étnico y cosmogónico de la comunidad que habita el Resguardo de Kokonuko.

2. Hechos relevantes

2.1 En la demanda de tutela se hizo, en primer lugar, un relato en torno a la cosmovisión del pueblo indígena Kokonuko, relevante a efectos de entender la importancia del predio Aguatibia 2 que ocupa el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, por lo que se hará una transcripción de los apartes más significativos:

“Los Kokonukos somos una comunidad indígena que pervivimos como etnia y cuya identidad se funda en nuestra cosmovisión, pensamiento, forma de vida y espiritualidad, que nos identifica como pueblo indígena para pervivir en el tiempo, que se transmite en los círculos de palabra realizado entre los mayores, médicos tradicionales, jóvenes y niños, según la cual los Kokonukos somos originarios de estas tierras, provenimos de dos grandes espíritus, los Volcanes: JUCAS Y SOTARÁ, que a través de bolas de fuego fecundaron el territorio con lava de sus entrañas, lagunas, ríos, riachuelos, fueron formados, los que bajan de la gran montaña sagrada Kokonuko, que es el espíritu mayor de Cabeza Brillante, los que hace mucho tiempo explotaron en el centro de la cordillera y produjeron una gran avalancha donde venía una enorme serpiente que se quedó en la meseta y se transformó en otras formas de vida, entre ellas Mamá Dominga y los caciques que dieron Origen a los primeros hombres del Pueblo Kokonuko.

En el territorio Kokonuko ocupado ancestralmente por nuestros ancestros, pero que consta de título colonial de 1736, habitan, además de los grandes espíritus, Kokonuko, otros espíritus menos materiales, como la madre monte o soledad del monte, dueña de las plantas silvestres; la madre agua, dueña de ríos y lagunas, el duende, quebradas y pantanos; el Quichi dueño de los musgos y lamas de agua, la pantasma negra, es un

espíritu que vive en pequeño (sic) lagos del páramo alto, que son los sitios para la iniciación de los Macucos; La Pantasma Blanca, parecida al anterior pero de menor poder; el Trueno o tempestad, considerado el espíritu más “fregado”, del cual los macucos no tienen autorizado hablar.

(...)

A pesar de la injerencia Religiosa. El volcán Puracé, donde habita el gran espíritu mayor Kokonuko, sigue siendo la piedra angular de las creencias de nuestro Pueblo, por ello y gracias a él, los Volcanes Puracé y Sotará, son controlados por ese gran espíritu, a quien se le rinde homenaje y festeja, pues ha creado surcos de fuego entre sus entrañas que permiten comunicarse entre sí, pero también tienen respiraderos donde salen sus agua termales, medicinales y asufradas (sic), por donde respira y así evita que pueda generarse un nueva erupción; los Kokonukos desde nuestro nacimiento en brazos de la Gran serpiente de quien broto (sic) Mamá Dominga y los primeros Caciques, somos los llamados a la protección de todas las formas de expresión de nuestros espíritus que se erigen entorno a nuestro “Gran Monstruo de Cabeza Brillante”, por ello, nuestros sitios sagrados tales como Cascada Calaguala, Cascada San Bartolome (sic), Cascada Huelea, Cascada Tinajuela, Cascada Salinas, Cascada Onix, Cascada las Guaguas, Cascada Peña Blanca, manantial Agua Hirviendo, Pozo Azul, Hornos de Salinas, Chorrera del Duende, Rio Calera, Rioblanco, Agua tibia, Salado Colorado, entre otros, son indispensables para nuestra cultura, pues somos nacidos de él y su gran serpiente.

Para los macucos y la medicina tradicional, es indispensable la unidad del territorio, evidenciándose que el predio AGUA TIBIA 2 se ubica en el Corazón del territorio ancestral del Resguardo, además que la cultura, usos y costumbres fueron desde antaño objeto de revisión por parte de los entes estatales, tal como lo enseña el considerando de la resolución No, 02 del 10 de febrero de 1932 y que en su hoja No. 2 reza:

Esta comunidad indígena conserva su lengua vernácula e importantes tradiciones culturales; políticamente están organizados tal como lo establece la Ley 89 de 1890, es decir en cabildo. Estas características y las instituciones mágico-religiosas propias de la comunidad les han permitido tener una identidad social específica.” (Cursiva, subrayado y negrillas originales)

2.2 En segundo lugar, se precisó que el territorio del Pueblo Kokonuko se encuentra conformado por ocho resguardos reconocidos como: Paletará, Puracé, Poblazón, Quintana, Alto del Rey, Guarapamba, Cabildo San José de Julumito y el Resguardo Ancestral Kokonuko, ubicado en el municipio de Puracé, con Título Colonial desde 1736 y Escrituras Públicas No. 394 de 1912 y No. 538 de 1937, reestructurado y ampliado por el INCORA, según

Resoluciones No. 02 del 10 de febrero de 1992 y No. 041 del 10 de abril de 2003, con una extensión aproximada de 13.858 hectáreas.

2.3 Se indicó también que sus lugares sagrados, como la Cascada Calaguala, Cascada San Bartolomé, Cascada Huelea, Cascada Tinajuela, Cascada Salinas, Cascada Onix, Cascada las Guaguas, Cascada Peña Blanca, manantial Agua Hirviendo, Pozo Azul, Hornos de Salinas, Chorrera del Duende, Río Calera, Rioblanco y también Agua Tibia, entre otros, se encuentran dentro del área geográfica delimitada como Resguardo. Sin embargo, los volcanes Sotará y Puracé se encuentran por fuera del espacio geográfico delimitado para el Cabildo Kokonuko, pero si dentro del territorio ancestral Kokonuko. Además, se señaló que:

“En estos lugares nuestros macucos sustraen las plantas frías y calientes para medicina propia, igualmente realizan rituales de armonización y equilibrio, invocan las esencias o energías para la buena siembra, la buena cosecha, la fertilidad o para la sanación de enfermedades corporales, en la cara, piel etc. y del espíritu, ayudados con las aguas termales medicinales que brotan en el territorio desde las entrañas del espíritu mayor de cabeza brillante o Kokonuko.”

2.4 En tercer lugar, se señaló que, pese a encontrarse establecido un procedimiento especial para adquirir predios dentro de las comunidades indígenas en la Ley 89 de 1890, el predio Aguatibia 2 se encuentra inscrito en la Oficina de Instrumentos Públicos de Popayán bajo la matrícula inmobiliaria No. 120-96016 y Código Catastral No. 19585000100030101000 y no se advierte que tal procedimiento especial se haya cumplido. Adicionalmente, el mencionado predio es propiedad del señor Diego Angulo Rojas, adquirido por sucesión y utilizado para el aprovechamiento del recurso natural hídrico, agua termal.

2.5 En cuarto lugar, se informó que el señor Angulo Rojas ha expuesto ante la comunidad un documento firmado el 3 de junio de 2005, suscrito por los señores Jaime Núñez, quien figuraba como Gobernador del Cabildo Kokonuko de la época, Oswaldo Hernández, Fabio Alonso Avirama, Miguel Yace, Gildardo Montenegro Campo, abogado de la Asociación Indígena del Cauca, Bernardo Valderrama asesor jurídico del Cabildo Kokonuko, José Reinaldo Ospina Illera abogado de Diego Angulo Rojas, que en las cláusulas 3era. y 4ta. establece:

“TERCERA: El Cabildo y la comunidad de kokonuko, como consecuencia de la oferta de venta voluntaria por parte del señor Diego Angulo Rojas, se comprometen a respetar y hacer respetar el predio restante Agua Tibia 2 de su propiedad, cesando todo acto de perturbación, daños o de usurpación en general que atente contra los intereses económicos y físicos de su dueño y evitar que los hechos sucedan en el futuro, incluyendo los posteriores Cabildos y comunidad

indígena de Kokonuko, se tendrá en cuenta como legislación aplicable la Ley 160 de 1991, el Decreto 2164 de 1995, en armonía con la Ley 21 de 1991.

CUARTA: El cabildo y la comunidad indígena de Kokonuko, respetaran y harán respetar en lo sucesivo la servidumbre activa de tránsito vehicular de un ancho de 8 metros de acceso al predio Agua Tibia No. 2 y a las termas existentes en el citado predio, servidumbre que se ubica desde la carretera central que conduce de Kokonuko hacia Paletará hasta el Río calera (sic), servidumbre que se reconoce y se otorga al propietario del predio Agua Tibia No. 2 por parte del Cabildo y la comunidad indígena de kokonuko.”

Decisiones que debieron ser sometidas a deliberación y aprobación por la comunidad reunida en asamblea general, como máximo órgano de decisión del Resguardo, dándole el trámite de consulta previa, previsto en la Ley 21 de 1991 y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional.

De igual manera, se precisó que el referido documento se firmó “*bajo amenaza o presión*”, pues Jaime Núñez, exgobernador, así lo dio a conocer en declaración extra juicio, del 3 de noviembre de 2017.

2.6 Así entonces, se cuestionó la constitución de la servidumbre de tránsito, en principio peatonal y que posteriormente se amplió para vehículos, además de la construcción de un puente sobre el río Calera, para conectar la servidumbre impuesta al territorio del Resguardo Kokonuko con el predio Aguatibia 2, “*contra el medio ambiente y sin la realización de consulta previa (...)*”

2.7 Por otro lado, se señaló que el Centro de Turismo y Salud Termas Agua Tibia fue matriculado ante la Cámara de Comercio del Cauca desde el 20 de marzo de 2013.

Y, posteriormente, el señor ANGULO ROJAS adelantó trámites para la inscripción en el Registro Nacional de Turismo del Centro de Turismo y Salud Termas Agua Tibia que, como ya se precisó, funciona en el predio Aguatibia 2, sin haber adelantado el proceso de consulta previa, libre e informada a la comunidad indígena de Kokonuko. En consecuencia, el 20 de marzo de 2013 fue inscrito como concesionario de servicios turísticos en parque, cuyo propósito principal son las “*actividades de parques de atracciones y parques temáticos, actividades de zonas de camping y parques para vehículos recreacionales*” y adicionalmente las “*actividades deportivas*” y “*alojamiento en hoteles.*”

2.8 Para la comunidad demandante lo anterior cobra importancia, teniendo en cuenta que el funcionamiento del Centro de Turismo y Salud Termas Agua Tibia afecta directa y gravemente sus valores espirituales, cosmogónicos, étnicos, ambientales y la salud, teniendo en cuenta que (i) con el argumento

que el predio Aguatibia 2 es de propiedad privada, no se ha permitido el ingreso a sus médicos tradicionales a realizar rituales de armonización, sanación y equilibrio; (ii) en la publicidad que se hace al establecimiento para atraer turistas se emiten volantes con fotos de sus lugares sagrados y leyendas, que no corresponden a la realidad del pueblo Kokonuko; (iii) y las condiciones de salud de la comunidad se afectan, pues el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia no tiene manejo de aguas negras o residuales; como tampoco de las aguas utilizadas para baño, siendo reintegradas al río Calera sin el debido tratamiento, situación que afecta a las familias indígenas aguas abajo y a los habitantes del pueblo Kokonuko.

2.9 En la demanda de tutela también se dio cuenta de que, por la ubicación del predio Aguatibia 2, el señor Angulo Rojas no paga a la administración municipal de Puracé el impuesto de Industria y Comercio, beneficiándose de las prerrogativas legales establecidas para las comunidades indígenas.

2.10 Se informó además que la comunidad Kokonuko ha realizado manifestaciones de protesta pacífica, las que se han mantenido en el tiempo hasta el momento, situación que es de público conocimiento. Al efecto, se explicó que *“sin embargo, y a pesar de nuestra disponibilidad de diálogo y concertación, la respuesta ha sido la represión con ESMAD, Policía y Ejército, lo que ha generado muerte de compañeros, como la de María Efigenia Vásquez Astudillo q.e.p.d en la fecha 8 de octubre de 2017, la grave lesión a más de 70 personas de la comunidad entre los que se encuentran mujeres, mayores de la tercera edad, niños, madres gestantes y lactantes, como también el desplazamiento de las personas que tienen sus hogares alrededor del predio Agua Tibia 2.”* (Énfasis en el texto original) Al efecto se explicó que *“la razón de nuestra lucha por el respeto a nuestros derechos, encarnados en AGUA TIBIA 2, se da en razón a que es el corazón del territorio Kokonuko, del que depende nuestra vida como colectividad indígena, de donde se basa nuestra espiritualidad y forma de vida como Pueblo, sin el cual nuestra comunidad corre el inminente riesgo de muerte o desaparición como etnia (...).”*

2.11 Finalmente, se hizo referencia al precedente que existe sobre consulta previa en el territorio indígena Kokonuko, como el proyecto *“estudios y diseños, gestión social predial y ambiental y mejoramiento del proyecto corredor de Paletará”*, mediante el cual se creó un Reglamento Intercultural de Uso, suscrito entre el Resguardo Indígena de Kokonuko, Invías y el Ministerio del Interior y el proyecto de *“construcción de pavimento rígido en la vía 20CC07-cruce ruta 2002 (Coconuco) termales Agua Hirviendo”*, localizado en el municipio de Puracé-Cauca.

3. Pretensiones

3.1 Los accionantes consideran que debido a la interposición de la acción de tutela la comunidad indígena Kokonuko se encontraba en grave riesgo de

ataque de los miembros de la Fuerza Pública-ESMAD, por lo que solicitó como medida cautelar que se ordene al Municipio de Puracé, a la Policía Municipal de Puracé, a la Policía Metropolitana de Popayán, al Departamento de Policía del Cauca y al Ejército Nacional, que se limiten y abstengan de adelantar acciones en contra de la comunidad Kokonuko en territorio del resguardo, quedándose en las instalaciones del predio Aguatibia 2, de ser necesario, hasta que haya un pronunciamiento de fondo sobre la solicitud de amparo.

Por otra parte, también solicitaron:

3.2 Se ordene al Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa:

(i) Que en un término no mayor de veinte días, inicie todos los trámites pertinentes para la realización de la consulta previa con la comunidad indígena Kokonuko, con el fin de establecer la afectación que pueden causar a la integridad espiritual, cultural, cosmogónica y social, a la vida, al ambiente sano y a la economía de la comunidad Kokonuko, las siguientes obras:

a) Los proyectos y obras del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia. Para tal efecto, pidieron se convoque al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, al Municipio de Puracé, al Fondo Nacional de Turismo-FONTUR, a la Cámara de Comercio del Cauca, a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, al señor Diego Angulo Rojas y demás que se estimen pertinentes.

b) La servidumbre y construcción de un puente de entrada al Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia. Para lo cual solicitaron se convoque al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a la Agencia Nacional de Tierras, al Ministerio de Vías y Transporte, al Municipio de Puracé, al señor Diego Angulo Rojas y demás que se estime pertinentes.

3.3 Se ordene a las autoridades correspondientes suspender el funcionamiento de actividades turísticas en el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, hasta que se realicen los trámites pertinentes de la consulta previa ante la comunidad indígena Kokonuko.

3.4 Se ordene al señor Diego Angulo Rojas abstenerse de utilizar en la publicidad del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia las leyendas, cosmovisión, cultura, ritualidades, etc., de la comunidad indígena Kokonuko, sin antes haber realizado el proceso de consulta previa.

3.5 Se prevenga 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 la consulta previa, en las condiciones que establece la jurisprudencia constitucional.

3.6 Se ordene 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, como sujetos de especial protección constitucional.

4. Pruebas presentadas con la acción de tutela y recaudadas en primera y segunda instancia

Al efecto, teniendo en cuenta el elevado número de elementos de prueba que obran en el expediente, se puede consultar el cuadro anexo a la presente providencia.

5. Actuación procesal

La demanda de tutela fue presentada el 10 de noviembre de 2017 y recibida por el Juez de primera instancia el 14 del mismo mes y año. Mediante Auto del 16 de noviembre siguiente se admitió y se ordenó notificar a los accionados.

En el mismo proveído se negó la medida provisional solicitada para que se *“ordene al Municipio de Puracé, Policía Municipal de Puracé, Policía Metropolitana de Popayán, Departamento de Policía Cauca, Ejército Nacional, etc. Que se limiten y abstengan de adelantar acciones en contra de la comunidad kokonuko en territorio de Resguardo, quedándose en las instalaciones del predio Agua Tibia, de ser necesario, hasta que haya un pronunciamiento de fondo sobre la presente acción constitucional”*, por no contar con los suficientes elementos de prueba frente a la presunta violación de derechos de los accionantes por la presencia de la Fuerza Pública en la zona.

Además, se decretaron algunas pruebas para que el cabildo accionante y el señor Angulo Rojas remitieran copia de documentos importantes para el estudio del caso concreto.

6. Intervenciones de quienes coadyuvaron la acción de tutela

6.1 Organización Nacional Indígena-ONIC

La Consejera de Derechos de los Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Paz de la ONIC, solicitó que su organización fuera reconocida como coadyuvante dentro de la acción de tutela interpuesta.

En síntesis, hizo referencia a la postura de los pueblos, organizaciones y autoridades indígenas de Colombia en el Foro Internacional sobre el Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas de Colombia respecto de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, para luego poner de manifiesto que era fundamental *“recalcar la necesidad de un procedimiento y de una consulta previa de manera previa (sic), libre e informada que garantice la*

participación de las comunidades indígenas ubicadas dentro de los territorios que se pueden (sic) afectadas como consecuencia de las actividades de uso y explotación de los recursos naturales, y en esa medida surge la importancia de agotar la consulta previa con todas las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano y los tratados internacionales, y además, respetando los procedimientos y rutas metodológicas propias de las comunidades en el marco de los usos y costumbres (...)”

6.2 Consejo Regional Indígena del Cauca-CRIC

El CRIC también solicitó ser reconocido como coadyuvante en la acción de tutela de la referencia.

Resaltó la importancia del procedimiento de consulta previa en las comunidades indígenas y sus implicaciones, etapas y fases, para luego referir que en el presente asunto se evidencia la afectación actual de los derechos fundamentales de la comunidad de Kokonuko, la cual se produce por la omisión del trámite de la consulta previa en la concesión de servicios turísticos otorgada al señor Diego Angulo Rojas para la explotación de las aguas termales, minerales y medicinales en el predio Aguatibia 2 y la puesta en funcionamiento del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia.

Explicó que la Presidencia de la República, a través de Directiva Presidencial No. 10 del 7 de noviembre de 2013, estableció algunas etapas menos rigurosas que las establecidas por la jurisprudencia de esta corporación, que deben darse para el proceso de consulta previa para el desarrollo de proyectos, incluidos los turísticos, cuando éstos sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas o su territorio ancestral; por lo que es necesario verificar si se cumplió con dichas previsiones para el otorgamiento de la concesión de servicios turísticos en el referido predio Aguatibia 2.

Puntualmente, precisó que los derechos de la comunidad accionante se trasgreden por la no realización de los trámites de consulta previa para: *“1. La emisión de la concesión de servicios turísticos, otorgado al señor DIEGO ANGULO ROJAS para la explotación de las aguas termales, minerales y medicinales de Agua Tibia 2 mediante el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia; 2. Para el registro en la Cámara de Comercio del Cauca del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia; 3. Para la apertura de vía en quince (15) metros aproximadamente desde la vía principal hacía dentro del territorio indígena de Kokonuko hasta llegar al predio denominado Agua Tibia 2; 4. Para la construcción de un puente sobre el Río Calera, con el fin de comunicar predios de la comunidad indígena con el predio Agua Tibia 2.; 5. Para la utilización de la cosmovisión Kokonuko en la publicidad del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia.”*

6.3 Asociación de Cabildos Genaro Sánchez

Hizo referencia, entre otros temas, a lo que consideró la vulneración de los derechos fundamentales del pueblo Kokonuko por la ausencia de consulta previa en el desarrollo de un proyecto turístico, la implantación de una servidumbre y la construcción de un puente dentro de territorio indígena. Además, precisó que a través de certificación No. 1774 del 27 de octubre de 2014, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior acreditó que dentro del área que conforman cinco cabildos del pueblo Kokonuko se encuentra el Cabildo Indígena de Kokonuko y, por ende, el predio denominado Aguatibia 2.

7. Respuesta de las entidades accionadas

7.1 Ministerio del Interior

La Dirección de Consulta Previa explicó que actúa a petición de parte cuando el ejecutor de un proyecto solicita la certificación de presencia o no de comunidades étnicas.

Frente al caso particular del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, explicó que tal como lo acreditan las pruebas obrantes en el plenario, se encuentra ubicado en territorio privado, con matrícula inmobiliaria No. 120-96016, ha sido objeto de actos notariales y de registro traslativos de dominio y de gravámenes como hipotecas, que le imprimen las características esenciales de los bienes de propiedad privada, que al no estar en cabeza del Cabildo Indígena Kokonuko no es susceptible de consulta previa.

Solicitó denegar las pretensiones del accionante pues, en su criterio, no se vislumbra la vulneración de derecho fundamental alguno.

7.2 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Indicó que consultado el Registro Único Empresarial RUES, el establecimiento denominado Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, se encuentra matriculado en el Registro Nacional de Turismo bajo el No. 31926, desde el 20 de marzo de 2013, cuya actividad principal (R9321) es *“actividades de parques de atracciones y parques temáticos”* y como *secundaria (15520) la de “zonas de camping y parques para vehículos recreacionales.”*

Señaló también que el señor Diego Angulo Rojas se encuentra al día con su obligación de actualizar el registro.

Finalmente, precisó que no tiene la capacidad jurídica ni procesal para tener la calidad de demandado o sujeto pasivo dentro de la presente acción de tutela y pidió denegar las pretensiones por improcedentes.

7.3 Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA

Esta entidad manifestó que no le corresponde liderar, desarrollar o adelantar el trámite de consulta previa, así como tampoco de otorgar concesiones de servicios turísticos en parques naturales, siendo la primera una función del Ministerio del Interior y, la segunda, una función a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia.

Respecto de los hechos que sustentan la acción de tutela, precisó que no constan y que no se encuentra legitimada por pasiva en el presente proceso, pues consultado el equipo de Geometría sobre el predio en torno del cual gira la discusión, la entidad no ha otorgado licencias ambientales para desarrollar proyecto alguno.

Solicitó declarar improcedente la acción en razón de la ausencia de un perjuicio irremediable y la falta de elementos de prueba que sustenten los hechos de la demanda.

7.4 Agencia Nacional de Tierras

Manifestó que no se encuentra legitimada por pasiva para actuar dentro del presente proceso, pues no es la entidad encargada de adelantar la consulta previa, por lo cual solicitó ser desvinculada del trámite de la presente acción ya que, además, en su criterio, no ha vulnerado ningún derecho fundamental.

7.5 Corporación Autónoma Regional del Cauca

Explicó que otorgó concesión de aguas de uso público al señor Diego Angulo Rojas por medio de la Resolución No. 2219 del 9 de mayo de 2012, sobre la fuente natural conocida como quebrada La Calera y nacimientos naturales, dentro del predio en la cantidad de 82LP.

Además, precisó que *“sobre la construcción de un puente sobre el río Calera, verificada la información en la Subdirección de Gestión Ambiental de la Corporación el señor Diego Angulo Rojas, no ha solicitado permiso para ocupación de cauce. De igual forma tampoco se registra permiso de vertimientos ni solicitud para el efecto sobre la fuente hídrica la Calera.”*

Frente a la inmediatez de la acción de tutela como requisito de procedencia de la misma, consideró que en el presente caso no se cumple.

7.6 Cámara de Comercio del Cauca

Señaló que es el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el encargado de establecer las condiciones y requisitos necesarios para la inscripción y actualización del Registro Nacional de Turismo.

En ese sentido, hizo referencia a que el establecimiento de comercio Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia cumplió con todos los requisitos formales establecidos en la ley para ser registrado el 19 de septiembre de 2013 y proceder a la renovación del mismo en los siguientes años.

Solicitó declarar improcedente la acción de tutela por incumplimiento del requisito de inmediatez.

7.7 Municipio de Puracé

Afirmó que el predio denominado Aguatibia 2 es de propiedad del señor Diego Angulo Rojas, por lo que no puede dudarse de su derecho de dominio y que el establecimiento de comercio que en el desarrolla sus actividades está legalmente constituido.

Por otra parte, recalcó que no es posible que el exgobernador del cabildo accionante exponga, doce años después, que fue coaccionado para firmar el acuerdo de 3 de junio de 2005.

Hizo referencia a que la propiedad del señor Angulo Rojas viene siendo perturbada desde 2013, y al incumplimiento de los acuerdos efectuados con el gobierno nacional desde entonces, teniendo en cuenta que la negociación del predio con su propietario ha sido lenta, por lo que en 2016 los accionantes acudieron nuevamente a las vías de hecho, taponando la única vía de acceso con la que cuenta el establecimiento desde el 8 de abril de 2017.

Así mismo, puso de presente que en el Tribunal Administrativo del Cauca cursa un incidente de desacato respecto de la decisión adoptada el 24 de abril de 2017, que confirmó el Consejo de Estado en fallo del 29 de junio del mismo año.

Por último, manifestó que no es dado acudir a la acción de tutela, sino como mecanismo subsidiario y residual.

7.8 Diego Angulo Rojas

El señor Angulo Rojas argumentó que no se cumple con el requisito de la inmediatez, teniendo en cuenta que se presentó una inactividad prolongada de parte de los accionantes desde que en el predio objeto de debate se puso en funcionamiento el establecimiento de comercio.

Así mismo, hizo énfasis en que adquirió el bien de buena fe y su título de propiedad es legítimo y, sin embargo, ha visto afectado su derecho fundamental al trabajo, amparado por el Tribunal Administrativo del Cauca y el Consejo de Estado en un trámite de tutela anterior.

Posteriormente, hizo referencia a la suscripción de un documento en el que los representantes del Cabildo Kokonuko se comprometieron a hacer respetar la servidumbre de tránsito que beneficia al predio denominado Aguatibia 2, así como la integridad, límites y linderos del mismo, cuyos efectos son de carácter vinculante, teniendo en cuenta que la representación de los cabildos indígenas se encuentra en cabeza de sus gobernadores, y esa decisión no puede ser discutida por la asamblea del cabildo. También planteó que si se pretende restar validez al acuerdo ya referido, se debe acudir a la vía ordinaria.

Por otro lado, manifestó que la acción es improcedente para proteger el derecho colectivo al medio ambiente.

Finalmente, destacó que con fundamento en el acuerdo efectuado en 2005 (respeto de la servidumbre y de la posesión pacífica del predio en cuestión), al resguardo se le dio una contraprestación que consistió en la entrega efectiva de 30 hectáreas de tierra.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Primera instancia

El Tribunal Administrativo del Cauca, a través de fallo del 28 de noviembre de 2017, negó el amparo solicitado.

Al efecto tuvo en cuenta, en primer lugar, frente a la *procedencia* de la acción de tutela, que ésta es el mecanismo adecuado para proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicamente diferenciadas, pues medios de control como la nulidad y la nulidad y restablecimiento del derecho no ofrecen una solución clara, omnicomprendiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional por su vulnerabilidad. Además, precisó que pese a que el proyecto ya se haya iniciado procede la presente acción, precisamente para impedir que continúe la posible vulneración de los derechos de la comunidad.

Por otro lado, se indicó que el paso del tiempo, por prolongado que sea, no elimina la razonabilidad de la presentación de la tutela en relación con los derechos de las comunidades étnicas, si la vulneración o amenaza de los derechos se mantiene o se agrava con el trascurso del tiempo, o recae sobre derechos imprescriptibles y las comunidades étnicas fueron diligentes para solicitar la protección de sus derechos.

Por lo anterior y en el caso concreto, consideró que la tutela es procedente teniendo en cuenta que la explotación del predio denominado Aguatibia 2 continua llevándose a cabo y la utilización de la servidumbre y el puente de acceso al predio siguen siendo utilizados, tanto por el propietario del inmueble en cuestión como por los turistas que toman los servicios que allí se ofrecen, explotación económica que ha permanecido en el tiempo.

En torno al fondo del asunto se hicieron las siguientes consideraciones:

(i) Propiedad predio Aguatibia 2

Es claro que el inmueble en donde funciona el establecimiento de comercio Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, es de naturaleza privada y pertenece al señor Angulo Rojas.

El inmueble referido ha sido objeto de reclamación por parte de la comunidad indígena Kokonuko, según lo acreditado en el plenario, desde 2005 y que desde entonces se han llevado a cabo una serie de reuniones y acuerdos en las que ha mediado la voluntad tanto de las autoridades indígenas, del Gobierno Nacional, como del señor Angulo Rojas, de llegar a una solución viable a la problemática ya referida.

Un primer acuerdo fue suscrito el 3 de junio de 2005, en el cual el señor Angulo Rojas se comprometió a entregar a la comunidad indígena 30 hectáreas de tierra en la parte sur del predio Aguatibia 2, reconociéndose en el texto del documento la propiedad que aquel ejercía sobre el mismo, porción de tierra en la que se encontraban incluidas 7 hectáreas que en 2000, por decisión de la Fiscalía Local de Kokonuko, se le otorgaron a la comunidad indígena, con el compromiso de que respetaran el predio restante de Aguatibia 2 e hicieran cesar todo acto de perturbación, usurpación o daños que pudieran atentar contra los intereses económicos y físicos de su dueño.

Sin embargo, el entonces Gobernador del Cabildo que firmó el acuerdo, manifestó en declaración extrajuicio que fue coaccionado para tal efecto.

En todo caso, el juez de primera instancia tuvo en cuenta la voluntad de las partes en la suscripción del documento contentivo del acuerdo, a través del cual pretendían resolver sus diferencias. Por lo cual no dio crédito a la referida coacción, mucho menos teniendo en cuenta que también los ahora accionantes se beneficiaron del acuerdo.

(ii) Explotación económica del inmueble Aguatibia 2

En lo que respecta a la explotación económica del inmueble y el registro del establecimiento de comercio como concesionario de servicios turísticos en parque, se tiene que dicha actividad se ejerce exclusivamente dentro del predio privado y no se acreditó que el funcionamiento del mismo implique una amenaza seria y visible para la convivencia pacífica, creencias, usos y costumbres o la subsistencia de la comunidad indígena.

También explicó que, teniendo en cuenta que en 2013 y 2016, el Estado intervino para procurar una solución respecto del conflicto generado frente al predio Aguatibia 2, asumiendo a su vez unos compromisos que hasta la fecha

no ha cumplido, se puede concluir que la presente acción, formulada muchos años después de la puesta en funcionamiento del establecimiento de comercio Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, e inclusive de su registro mercantil y como concesionario de servicios turísticos en parque, es un intento de la comunidad de forzar la venta del predio ya mencionado, pero que en los compromisos firmados se advierte la disposición a hacerlo voluntariamente por parte de su propietario, ahora demandado.

(iii) Servidumbre de tránsito sin consulta previa

La referida servidumbre fue autorizada por la entonces propietaria, Celia de Valencia, en septiembre de 1981, antes de que la consulta previa se erigiera como un derecho fundamental según el Convenio 169 de 1989 y antes de que los predios sirvientes pasaran a ser del resguardo. Además, que en el acuerdo de 2005 la comunidad indígena se comprometió a respetar y hacer respetar la servidumbre activa de tránsito vehicular y que, de acuerdo con las pruebas recaudadas, tampoco puede evidenciarse afectación de la convivencia o subsistencia del pueblo Kokonuko.

(iv) Construcción de puente sobre río Calera

Este puente se habría construido para poder hacer uso de la servidumbre y comunicar el predio Aguatibia 2 con la vía principal de acceso. La Sala observó que no se aportaron las debidas pruebas, ni siquiera de forma sumaria, que permitan evidenciar si hay algún tipo de afectación de la convivencia o supervivencia de la comunidad indígena.

(v) Contaminación emanada por el funcionamiento del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia, al no contar con manejo de aguas negras o residuales; utilización de la cosmogonía y de los usos, costumbres e historias de la comunidad para hacer publicidad al referido establecimiento y la exención del pago del impuesto de industria y comercio del predio Aguatibia 2

No fueron objeto de análisis, en tanto pueden debatirse a través de otras vías judiciales, tales como la interposición de una acción popular para la salvaguarda del derecho colectivo al ambiente sano; la interposición de una acción civil que restrinja el uso del nombre de la comunidad indígena, de sus antecedentes, usos y costumbres, frente a la publicación de un establecimiento comercial; y a través de la formulación de queja ante la autoridad competente, que dé cuenta que el predio Aguatibia 2 no puede ser sujeto de exención alguna respecto del pago del impuesto de industria y comercio, según los acuerdos del ente territorial.

2. Impugnación

La parte actora impugnó la sentencia de tutela de primera instancia. Las

razones de la inconformidad pueden sintetizarse así:

(i) Se desconoció la noción de territorio que tienen las comunidades indígenas. Tal 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 utilizan de alguna manera, independientemente de que se encuentren fuera de los límites físicos de los títulos colectivos. Pues, 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.

(ii) Por ende, el predio Aguatibia 2 sí hace parte del territorio del resguardo Kokonuko, pues *“está ubicado en el corazón del territorio Kokonuko”*, de ahí que sea desacertado concluir que la actividad turística se ejerce exclusivamente en territorio privado. Ya que los ancestros de la comunidad Kokonuko realizaban rituales de armonización, sanación y equilibrio en el predio Aguatibia 2, prácticas que no pueden realizarse actualmente porque el señor Angulo Rojas prohíbe el ingreso de los miembros de la comunidad.

(iii) Se omitió valorar la copia simple del título colonial de 1736, la escritura pública No.394 de 1912, la escritura pública No.538 de 1937 y las resoluciones de estructuración y ampliación No.02 del 10 de febrero de 1992 y No.041 del 10 de abril de 2003, que demuestran la ancestralidad del territorio.

(iv) Sólo hasta 2017, cuando el señor Angulo Rojas promovió acción de tutela para pedir el amparo del derecho a la propiedad y al trabajo, la comunidad Kokonuko tuvo conocimiento de que se había otorgado la concesión de servicios turísticos al predio Aguatibia 2.

(v) Finalmente, teniendo en cuenta que la actividad turística ejercida en el predio Aguatibia 2 afecta a la comunidad Kokonuko, es necesario adelantar la consulta previa. Así también, para la utilización de la servidumbre y la construcción del puente vehicular que permite el acceso al predio del demandado.

3. Segunda instancia

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el 15 de marzo de 2018 confirmó la decisión de primera instancia, con base en los argumentos que se resumen a continuación:

(i) *Frente a las pruebas cuya valoración presuntamente se omitió*

La copia simple del título colonial de 1736, la escritura pública No.394 de 1912 y la escritura pública No.538 de 1937 son ilegibles y, por tanto, no pueden constituir prueba idónea de que el predio Aguatibia 2 haya pertenecido o haya sido ocupado por la comunidad indígena Kokonuko.

Así mismo, las resoluciones de estructuración y ampliación No. 02 del 10 de febrero de 1992 y No. 041 del 10 de abril de 2003, tampoco dan cuenta de que el mencionado inmueble haya sido territorio ancestral de la comunidad Kokonuko. En ellas el antiguo 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 al predio Aguatibia 2, es más, se dejó a salvo los derechos de terceros adquiridos con justo título, que pudieran quedar incluidos dentro de la delimitación en la ampliación del Resguardo de kokonuko.

Concluyó que no hay certeza de que el predio Aguatibia 2 fuera territorio ancestral de la comunidad Kokonuko y que desde 1990, fecha de la escritura pública No.1559, de la Notaría Segunda del Círculo de Popayán, el señor Angulo Rojas es el titular del derecho de dominio de tal predio.

(ii) Validez del acuerdo suscrito entre el Gobernador Jaime Núñez y Diego Angulo Rojas el 3 de junio de 2005

Se trató de un típico negocio jurídico en el que ambas partes de manera voluntaria aceptaron obligaciones contenidas en dicho documento. Si se pretende restar eficacia a ese negocio jurídico por una presunta coacción, es necesario demostrar, ante autoridad judicial competente, la nulidad del negocio jurídico por vicio del consentimiento, lo que no se ha hecho aún. Y, teniendo en cuenta que el acuerdo se suscribió con un particular, el señor Angulo Rojas, la coacción consistente en amenazas de detención hacia los miembros de la comunidad del Resguardo Kokonuko, parece infundada.

Por otra parte, la comunidad Kokonuko se comprometió a cesar todo acto de perturbación o usurpación contra el predio Aguatibia 2 y a evitar, que en el futuro, se produjeran hechos que atentaran contra los intereses económicos y físicos del señor Angulo Rojas; así como respetar la servidumbre vehicular existente y las aguas termales que recorren el predio mencionado. Es decir, desde 2005 la comunidad indígena Kokonuko sabía de la explotación económica del predio en cuestión, que demanda el aprovechamiento de aguas termales.

Por consiguiente, la Sala no 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 indígena Kokonuko. Si la magnitud de la afección fuera tal no habría pasado desapercibida y tolerada durante los años en que se ha explotado el bien denominado Aguatibia 2.

(iii) Servidumbre de tránsito

Esta fue reconocida desde 1990, según la cláusula 4ta. de la escritura pública No. 1559 de 1990, documento en el que se entregó la propiedad del predio al señor Angulo Rojas, es decir, antes de que se reconociera la consulta previa como derecho de las comunidades étnicas y antes de que los predios colindantes fueran otorgados al Resguardo Kokonuko.

(iv) Síntesis

Explicó que la destinación turística del predio Aguatibia 2 y la utilización de la servidumbre de tránsito no representan una afectación para la comunidad indígena Kokonuko, que deba ser objeto de concertación.

III. TRÁMITE EN SEDE DE REVISIÓN DE TUTELA

Una vez seleccionado el proceso de la referencia y puesto a disposición de esta Sala de Revisión, el suscrito Magistrado Sustanciador, mediante Auto del 28 de agosto de 2018, en procura de aclarar los elementos fácticos que motivaron la tutela, solicitó diferentes pruebas que se relacionan enseguida, así como los documentos recibidos en respuesta a los diferentes requerimientos, a saber:

3.1 Al Ministerio del Interior se le solicitó:

(i) Remitir certificación de cuáles son las autoridades tradicionales y representantes legales del pueblo indígena Kokonuko, registrados para los periodos 2017 y 2018; (ii) remitir informe detallado respecto del cumplimiento de los acuerdos suscritos en el marco de la minga indígena nacional llevada a cabo en 2013, en torno a la adquisición del predio Aguatibia 2. En caso de advertir incumplimiento, precisar cuáles son los obstáculos que se han identificado al efecto; (ii) a través de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rrom y Minorías, emitir un concepto en torno a la relación territorial del pueblo indígena Kokonuko con el predio Aguatibia 2, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 2164 de 1995.¹

En escrito del 6 de septiembre de 2018, se indicó, primero, que entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2017 el señor Isneldo Avirama Hernández fungió como Gobernador del Cabildo Indígena del Resguardo Kokonuko; y entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2018 el señor Efrén Quilindo Melenje era quien ostentaba la calidad de Gobernador del Cabildo ya referido. Se adjuntó certificación.

En segundo lugar, se indicaron las diferentes actividades desplegadas por esa institución encaminadas a dar cumplimiento a los compromisos pactados, entre las que se encuentran una oferta de compra del predio Aguatibia 2, a

¹ Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

través de la Agencia Nacional de Tierras, por valor de \$1.243.984.858 millones de pesos, con base en lo previsto en la Ley 160 de 1994² y el Decreto 1071 de 2015.³ Sin embargo, informó que el propietario, señor Angulo Rojas, elevó su propuesta de venta, el 5 de marzo de 2017, a \$50.000.000.000 millones de pesos, pretensión desproporcionada y sin fundamento alguno, en criterio del Ministerio. Finalmente, dio cuenta de una solicitud de avalúo del predio Aguatibia 2 al Banco Agrario de Colombia, del 2 de marzo de 2018, que aún se encuentra pendiente de respuesta, en razón de que primero deben cancelarse los horarios del evaluador.

En tercer lugar, manifestó que las disposiciones del Decreto 2164 de 1995, que reglamenta parcialmente la Ley 160 de 1994, y las del Decreto 2333 de 2014⁴, no contemplan la posibilidad de identificar la relación territorial de la comunidad indígena Kokonuko con el predio Aguatibia 2.

3.2 Al Cabildo Indígena Kokonuko se le pidió:

(i) Copia legible: del título colonial de 1736, de la escritura pública No.394 de 1912 y de la escritura pública No.538 de 1937; (ii) informe de cumplimiento de los acuerdos suscritos en el marco de la minga indígena nacional, llevada a cabo en 2013, en torno a la adquisición del predio Aguatibia 2. En caso de advertir incumplimiento, precisar cuáles son los obstáculos que se han identificado al efecto. (iii) Material probatorio actualizado, frente a la utilización de la cosmogonía, usos, costumbres e historias de la comunidad indígena para hacer publicidad al Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia; (iv) material probatorio de la exención del pago del impuesto de industria y comercio del referido establecimiento; (v) informe a través del cual exponga qué elementos de su cosmogonía se encuentran presentes en el predio Aguatibia 2.

El 3 de septiembre de 2018 se dio respuesta a los requerimientos efectuados, así:

(i) En primer término, se adjuntaron copias magnéticas de las escrituras públicas solicitadas.

En segundo lugar, frente al informe de cumplimiento de los acuerdos suscritos en el marco de la minga indígena nacional de 2013, se hizo un recuento cronológico de todos los acuerdos incumplidos desde 2013 a 2018. Precizando que el demandado, señor Diego Angulo Rojas, objetó el avalúo del predio Aguatibia 2, por el valor de \$1.243.984.858 millones de pesos y, sin embargo, el IGAC lo confirmó.

² Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones.

³ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural.

⁴ Por el cual se establecen los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas acorde con lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Convenio número 169 de la OIT, y se adicionan los artículos 13, 16 y 19 del Decreto número 2664 de 1994.

Además, se informó que el 7 de julio de 2018 se firmó un acta, a la luz del derecho propio, entre la comunidad, los comisionados, la autoridad del Cabildo, Diego Angulo Rojas y Juan Diego Angulo, en la que, entre otros compromisos, llegaron a los siguientes:

“4. El señor Diego Angulo Rojas se compromete a suspender la construcción de cualquier obra en el complejo turístico Aguatibia, salvo las necesarias para el mantenimiento y reparaciones locativas.

5. Entre el señor Diego Angulo Rojas y/o Juan Diego Angulo Castrillón y la comunidad a través de la Comisión y la Autoridad Indígena gestionaran en el menor tiempo posible cita con funcionarios (Ministerio del Interior, Ministerio de Agricultura, y director de la Agencia Nacional de Tierras) del nuevo Gobierno.

6. La comunidad se compromete a respetar el permiso temporal de paso, que para la jurisdicción ordinaria es la servidumbre de acceso al predio Aguatibia No. 2 y el predio como tal así como la empresa de turismo que allí funciona, hasta el final de la negociación, siempre y cuando hayan avances. Se reafirma la voluntad del señor Diego Angulo de mantener la oferta, para el cumplimiento del compromiso del acta del mes de Octubre de 2013, suscrito en la minga de la María Piendamó con el Gobierno nacional en el marco de los acuerdos de la minga indígena.

7. Se evaluarán (sic) los avances por parte de la comunidad de Kokonuko y del señor Diego Angulo cada 15 días.

8. Los efectos de esta acta surtirán efectos (sic) jurídicos siempre y cuando haya acuerdo en la reunión programada para el día 12 de Julio de 2018 en la Gobernación del Cauca.”

Se indicó que se programó reunión el 24 de septiembre de 2018, pero de ella no se conocen los resultados. Y se aclaró que *“en el momento tanto el permiso temporal de Paso (sic) se encuentra bajo el criterio del derecho propio según acta del 7 de julio de 2018, supeditado a los avances en la negociación, dejando sin efectos actas o acuerdos anteriores.”*

En tercer lugar, se señaló la página www.termalaguatibia.com, como lugar en la web donde se puede verificar el uso de su cosmogonía para atraer el turismo al predio Aguatibia 2. Consultada la misma,⁵ en el vínculo Aguatibia, quienes somos, se observa el siguiente texto *“(...) cuenta la leyenda que en la región del sur occidente colombiano, de la que hace parte el Cauca, en noches estrelladas el Cacique caminaba con su corte hasta las fuentes de Aguatibia, en las barbas del Coconuco, para deleitarse en esos pozos, quebradas y riachuelos únicos, que le volvían el alma al cuerpo haciéndolo sentir más señor, más Cacique, más vivo (...)”*

⁵ 14 de marzo de 2019.

En cuarto lugar, se indicó que no fue posible anexar información sobre la exención en el pago de los impuestos de industria y comercio del establecimiento Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia, pues la alcaldía de municipio de Puracé informó que hasta el 4 de septiembre de 2018 el señor Angulo Rojas canceló lo que adeudaba al respecto.

Finalmente, respecto de los elementos de su cosmogonía presentes en el predio Aguatibia 2, se hizo referencia al Plan de Vida del Pueblo Kokonuko, del cual se citaron algunos apartes en los antecedentes (hecho 2.1).

(ii) Posteriormente, el 5 de octubre de 2018, el señor Efrén Quilindo Melenje, Gobernador del Cabildo Indígena Kokonuko, presentó escrito a través del cual, a) frente a la respuesta dada por el señor Angulo Rojas a los interrogantes planteados, indicó que el predio Aguatibia 2 cuenta con otro punto de acceso que históricamente se ha utilizado como camino peatonal, en el kilómetro 31.600 metros, en la vía que de Popayán conduce a Pitalito (Huila), en el puente Calera, que se puede adecuar como acceso vehicular hacia el predio Aguatibia 2, desde luego una vez agotado el procedimiento de la consulta previa.

En torno a los fallos de primera y segunda instancia emanados del Tribunal Administrativo del Cauca y del Consejo de Estado en la acción de tutela interpuesta por el señor Angulo Rojas, para que se le protejan sus derechos a la propiedad y al trabajo, manifestó que se omitió vincular a la Asociación de Cabildos Genaro Sánchez-Pueblo Kokonuko, al Consejo Regional Indígena del Cauca-CRIC y a la Organización Indígena de Colombia-ONIC; así como al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a la Agencia Nacional de Tierras y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues se vieron afectadas de forma directa con las decisiones allí adoptadas. Además, expuso que no se tuvo en cuenta en dichas providencias la especial condición que brinda la Constitución, la legislación indígena y el derecho internacional al territorio dentro de las comunidades o pueblos indígenas y se falló como si se tratara de un litigio entre particulares, desconociendo los derechos fundamentales de la comunidad indígena, como sujeto de especial protección constitucional.

También cuestionó la propiedad del predio Aguatibia 2 y dijo que de existir escritura pública a nombre del señor Angulo Rojas esta es nula, por violación del artículo 40 de la Ley 89 de 1890, aunque reconoce que fue declarado inexecutable en 1996. Y atacó la propiedad de los antiguos dueños del predio, por violación de lo previsto en la citada ley, artículos 10, 12 y 13.

De otra parte alegó la violación de lo dispuesto en la sentencia T-025 de 2004 y el auto 009 de 2009.⁶

⁶ Providencias que hacen referencia a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional frente al desplazamiento forzado en el país y al seguimiento a tal fenómeno.

Finalmente, hizo referencia a las órdenes emanadas de los jueces de instancia, en el proceso de tutela adelantado por el señor Angulo Rojas, para decir que son inconstitucionales en lo que tiene que ver con la servidumbre de tránsito.

Después de hacer referencia, en los términos consignados, a los fallos de instancia, dentro de la acción de tutela promovida por el señor Angulo Rojas ya referida, precisó que en caso de que haya existido venta del territorio indígena, en parte o total, debió haberse dado proceso de consulta previa, libre e informada o, en su defecto, seguir la ritualidad que contemplaba la Ley 80 de 1890, vigente para la época. Así mismo manifestó que para el uso de los recursos naturales y la constitución de una empresa turística, en su criterio, dentro del territorio ancestral del resguardo, debió hacerse consulta previa y que es la asamblea general, como máximo órgano de decisión del pueblo indígena dentro de la misma, la que decide sobre la cesión de territorio del Resguardo.

b) En torno a las precisiones que hizo el Ministerio del Interior, expresó que hay desinterés de parte de esa institución en dar cumplimiento a los acuerdos pactados en 2013, pues en los espacios a los que han sido convocados no se han presentado.

c) También, señaló que la Corporación Autónoma del Cauca no es imparcial en torno a la problemática planteada, por lo cual se allegará un estudio independiente sobre las aguas del río Calera, realizado en un fin de semana en pleno funcionamiento de la empresa turística Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia.

En escrito del 11 de enero de 2019, el señor Efren Quilindo Melenje, en calidad de Gobernador del Cabildo accionante, solicitó ser oídos en audiencia pública con el fin de *“profundizar y ampliar en cuanto al detalle de las afecciones culturales, cosmogónicas, humanas de la comunidad indígena de Kokonuko, municipio de Puracé.”*

Por último, en escrito del 24 de enero de 2019, el cabildo indígena demandante, encabezado por el actual gobernador, Osvaldo Hernández Mapallo, solicitó *“se realice una inspección ocular al sitio Resguardo Indígena de Kokonuko, sector Agua Tibia No. 2, objeto del litigio, lo anterior con el fin de que se cerciore desde el sitio de las graves violaciones a Derechos Fundamentales individuales y Colectivos a la vida digna, ambiente sano, consulta previa entre otros, los que sufre nuestra comunidad por la implantación inconsulta de una empresa turística dentro de nuestro territorio.”* (Énfasis agregado)

3.3 Al señor Diego Angulo Rojas se le pidió presentar un informe detallado respecto de los siguientes interrogantes:

(i) ¿Construyó un puente sobre el río Calera, que comunica el predio Aguatibia

2 con la vía principal de acceso al mismo? Si la respuesta es afirmativa, precise si al efecto se produjo algún acercamiento con el pueblo indígena Kokonuko? y, de haberlo hecho, indique ¿cuál fue el procedimiento que se agotó?; (ii) ¿Cuál es el plan de manejo de las aguas negras o residuales que emanan del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia, con base en la guía de buenas prácticas para prestadores de turismo de naturaleza desarrollada por el Ministerio de Industria y Comercio y las normas técnicas colombianas sectoriales? Anexar copia del documento pertinente; (iii) ¿Utiliza la cosmogonía, usos, costumbres e historias de la comunidad indígena para hacer publicidad al Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia 2?; ¿hubo espacios de diálogo frente este aspecto en particular con el pueblo indígena Kokonuko? y, de haberlo hecho, indique ¿cuál fue el procedimiento que se agotó para tal fin?; (iv) Informe si se encuentra exento del pago del impuesto de industria y comercio del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia. En caso que la respuesta sea afirmativa indique la razón.

Por otra parte, debía allegar: (v) Certificado de matrícula mercantil ante la Cámara de Comercio del Cauca del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia, con fecha de expedición menor a tres meses y (vi) copia del certificado de libertad y tradición del predio Aguatibia 2, con matrícula inmobiliaria 120-86016 y código catastral 19585000100030101000, con fecha de expedición menor a tres meses.

A través de documento del 5 de septiembre de 2018, el señor Angulo Rojas explicó que en 1981 construyó un puente sobre el río Calera, necesario para conectar el predio Aguatibia 2 con la servidumbre y única vía de acceso que une con la vía nacional principal, reconocida en anteriores fallos judiciales y por la misma comunidad indígena en documento suscrito el 3 de junio de 2005. Refirió que este puente, en principio, se hizo en madera, pero que se fue deteriorando con el tiempo y se hizo necesario remplazarlo en 2010 por un puente de concreto. Esta obra, en su criterio, en nada afecta la convivencia o supervivencia de la comunidad indígena demandante y no se le consultó tal construcción por tratarse de un asunto de carácter privado.

Frente al plan de manejo de aguas negras o residuales indicó que no le ha sido posible iniciar la construcción de un sistema de tratamiento a ese respecto por el bloqueo efectuado por la comunidad indígena a la servidumbre de acceso a su predio. Sin embargo, aclaró que, desde el 21 de junio de 2018, cuando se normalizó la situación de orden público en la zona, presentó a la autoridad ambiental del departamento del Cauca un proyecto en ese sentido, cuya aprobación aún se encuentra en estudio.

En torno a la exención del pago del impuesto de industria y comercio del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia, precisó que no se encuentra exento de dicho tributo y que la liquidación para la cancelación del mismo se encontraba en trámite en la Secretaría de Hacienda y la Tesorería del municipio de Puracé.

Se refirió además a los fallos de tutela adoptados por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 24 de abril de 2017, dictado dentro del proceso No. 19001233300320170015800, que dispuso la protección de sus derechos fundamentales a la propiedad respecto del predio en cuestión y al trabajo, que fue modificado en algunos aspectos por el Consejo de Estado, a través de sentencia del 29 de junio de 2017, para sostener que la propiedad del inmueble denominado Aguatibia 2 no está en duda. Frente a la explotación económica del predio dijo que los servicios turísticos se ofrecen dentro de la propiedad privada exclusivamente. Reiteró que el funcionamiento del establecimiento de comercio no amenaza la convivencia pacífica, creencias, usos y costumbres de la comunidad indígena demandante, con mayor razón si dicha comunidad explota comercialmente otras fuentes termales en la misma zona, tales como “Termales Agua Hirviendo”, “Pozo Azul” y “Chiliglo”. Citó también el acuerdo suscrito en 2005 por el representante del Resguardo Kokonuko, esto es el gobernador, cuyo vicio de consentimiento alegado es un asunto que debe discutirse en otra vía distinta a la acción de tutela. A esto agregó que el acuerdo también fue suscrito por abogados de la Asociación Indígena el Cauca y por otros asesores jurídicos.

Además, hizo énfasis en que la servidumbre de tránsito se constituyó en 1981, antes de que tuviera lugar el Convenio 169 de 1989 de la OIT, que consagra la consulta previa como derecho de las comunidades étnicas y que los predios colindantes con su propiedad fueran cedidos a la comunidad indígena. Y, que fue hasta 2011 que esta corporación delineó un procedimiento para llevar a cabo la mencionada consulta.

Consideró entonces, que a través de la acción de tutela, la comunidad indígena pretende forzar la venta del predio Aguatibia 2.

Finalmente, señaló que es víctima del conflicto armado y que se encuentra inscrito en el RUV, por lo cual su deseo es convivir en armonía y trabajar en paz.

Anexó copia de certificado de matrícula mercantil del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, ante la Cámara de Comercio del Cauca, de fecha 4 de septiembre de 2018: copia del certificado de libertad y tradición del predio Aguatibia 2, con matrícula inmobiliaria 120-96016 y código catastral 19585000100030101000, expedido en la misma fecha.

3.4 A la Cámara de Comercio del Cauca se le solicitó:

Remitir copia de los documentos que sirvieron de soporte para la matrícula y registro mercantiles del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia en el Registro Nacional de Turismo; así como para la concesión de servicios turísticos en parque.

El 4 de septiembre de 2018 envió escrito, a través del cual remitió copia de los

documentos que sirvieron de soporte para la matrícula mercantil y registro mercantil del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia en el Registro Nacional de Turismo; así como para la concesión de servicios turísticos en parque.⁷

3.5 A la Alcaldía del Municipio de Puracé (Cauca) se le pidió informar:

¿Cuál es el manejo que se hace de las aguas residuales que emanan del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia?, de acuerdo con los lineamientos del Esquema de Ordenamiento Territorial del municipio frente a la regulación sobre conservación, preservación, uso y manejo del medio ambiente.

Después de requerimiento efectuado a través de auto del 30 de octubre de 2018, respecto de la información solicitada en auto del 28 de agosto de 2018, la Alcaldía del Municipio de Puracé, el 15 de noviembre de 2018, explicó que *“las aguas residuales provenientes de los servicios sanitarios y la cocina se depositan en un pozo séptico excavado en tierra, localizado al interior del centro turístico. Las aguas residuales provenientes de las duchas y los desagües de las piscinas se depositan en el río adyacente a este predio, sin tratamiento alguno. Al considerarse como predio localizado en el sector rural (de acuerdo al Esquema de Ordenamiento Territorial-EOT), la disposición de las aguas residuales debe de implementarse con sistemas de tratamiento in situ. Tales sistemas se encuentran debidamente normalizados en el reglamento técnico del sector de agua potable y saneamiento básico RAS y normas complementarias.”*

3.6 A la Corporación Autónoma Regional del Cauca se le pidió remitir:

(i) Copia de los documentos que sirvieron de sustento a la Resolución No. 2219 del 9 de mayo de 2012, por medio de la cual se otorga una concesión de aguas de uso público, y (ii) informe sobre el seguimiento que se hace de la concesión aludida, incluido el manejo de las aguas residuales que emanan del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia, de acuerdo con la regulación sobre conservación, preservación, uso y manejo del medio ambiente.

El 3 de septiembre de 2018 se remitió expediente escaneado de concesión de aguas superficiales otorgada mediante Resolución No. 2219 del 9 de mayo de 2012, a nombre del señor Diego Angulo Rojas.

De igual manera, informó que el mencionado concesionario radicó el 4 de septiembre de 2018 los planos del proyecto hidrosanitario dentro del trámite que se adelanta para el permiso de vertimientos.

⁷ Tales como: Formulario de registro único empresarial y social del 20 de marzo de 2013; formulario del registro único empresarial y social del 28 de marzo de 2014; formulario del registro único empresarial y social del 31 de marzo de 2015; formulario único empresarial y social del 28 de marzo de 2016; copia de formato del 6 de septiembre de 2016; formulario del registro único empresarial y social del 3 de abril de 2017; formulario del registro único empresarial y social del 31 de marzo de 2018; información de la empresa prestadora de servicios turísticos en el Registro Nacional de Turismo administrado por la Cámara de Comercio del Cauca, el prestador se inscribió en el RNT el 19 de septiembre de 2013.

Así mismo, en escrito del 20 de diciembre de 2018 precisó que *“por informe de seguimiento de Técnico radicado 12247 de 31 de octubre de 2016 se informa del seguimiento efectuado a la mencionada resolución [2219 del 9 de mayo de 2012, a través de la cual se otorgó al señor Angulo Rojas la concesión de aguas de uso público], Se verificó que no hay captación de agua de la quebrada Calera para desarrollo de la actividad comercial. Las aguas utilizadas son de los nacimientos que se encuentran dentro del predio y que están autorizadas en el acto administrativo de la CRC. En el año 2017 y 2018 no se han realizado seguimientos teniendo en cuenta que no ha sido posible el acceso al predio, teniendo en cuenta el bloqueo por parte de la Comunidad indígena de Kokonuko a la servidumbre y vía de acceso a las Termas Agua tibia, tal como lo certificó el Doctor Gustavo Adolfo Valencia García, Personero del municipio de Purace (sic), el 21 de junio de 2017. ”*

Una vez requerida, a través de auto del 13 de diciembre de 2018, para que remita informe sobre el seguimiento que se hace de la concesión de aguas de uso público otorgada al señor Angulo Rojas, incluido el manejo de las aguas residuales que emanan del Centro de Turismo y Salud Termas de Agua Tibia, remitió el 11 de enero de 2019 un oficio en el que repite la información dada el 20 de diciembre, pese a que el mismo demandado advierte que el acceso al establecimiento de comercio ya no se encuentra bloqueado.

3.7 Al Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán (Cauca) se lo comisionó para la práctica de inspección judicial al predio Aguatibia 2 y a la respectiva servidumbre de tránsito, que permitiera verificar:

(i) La construcción del puente sobre el río Calera, que comunica el predio Aguatibia 2 con la vía principal de acceso al mismo, así como su ubicación exacta, el tiempo de su construcción, los materiales con los que se construyó, longitud, funcionamiento y dentro de tal diligencia reciba las declaraciones del Cabildo Indígena de Kokonuko, frente a las afectaciones de orden cultural, social o económico, entre otras, que dicha obra de infraestructura causa al pueblo indígena; (ii) El manejo de las aguas negras o residuales por parte del Centro de Turismo y Salud Termas de Agua Tibia, que funciona en dicho predio.

A través de auto 613 del 5 de septiembre de 2018, el despacho judicial decidió auxiliar la comisión delegada y fijó el 17 de septiembre de 2018 para la práctica de la inspección judicial. En tal diligencia, además del Juez Primero Civil del Circuito de Popayán y el Secretario Ad Hoc, participaron el Gobernador del Cabildo Indígena de Kokonuko, señor Efrén Quilindo Melenje, así como su apoderado judicial, Hernán Alonso Palechor Palechor; el demandado, señor Diego Angulo Rojas, su apoderado, Alejandro Zuñiga Bolívar; Andrea Carolina Ariza Sánchez, apoderada judicial del Ministerio del Interior; Rosa Stella Garnica Hernández, apoderada judicial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Gustavo Andrés Collazos Álvarez, delegado

de la Agencia Nacional de Tierras; Rafael Zuñiga Enríquez, representante del Ministerio Público-Defensoría del Pueblo; los declarantes, señores Nelly Sauca Avirama, Manuel Antonio Calambás y Carlos Darío Tote Yace; Kelly Angarita y Dayana Muñoz, en nombre de la CRC y el señor Harold Ortega, en representación del CRIC.

(i) Respecto de la construcción del puente sobre el río Calera, en uno de los apartes del acta de la diligencia se indicó que *“realizada la inspección del referido inmueble, se constató que se trata del predio AGUATIBIA 2, localizado en la Vereda Alto Calaguala y/o Calaguala, jurisdicción del Municipio de Puracé, Departamento del Cauca, de propiedad del accionado DIEGO ANGULO ROJAS, al que se accede por la vía principal que de Coconuco conduce a Paletará, lugar donde funciona el BALNEARIO denominado CENTRO DE TURISMO Y SALUD TERMALES AGUA TIBIA, verificándose que para ingresar a dicha propiedad [predio Aguatibia 2], a través de una servidumbre carretable, con material de afirmado para tránsito vehicular, de una longitud aproximada de 50 metros desde la indicada vía principal de acceso hasta la construcción de un puente, de un ancho aproximado de 4,60 metros, servidumbre que grava el predio del Cabildo Indígena Kokonuko, y de la que se beneficia el predio AGUTIBIA 2 (sic). A continuación de la servidumbre se verificó la existencia de un puente sobre el río Calera, construido según las indicaciones del accionado DIEGO ANGULO ROJAS, que fue reconstruido por el Ingeniero Hernando Alfonso Valencia, en el año 2008, en concreto hidráulico y acero de refuerzo, de vigas y lozas corrugado grado 60, fc concreto=21 Mpa, características estas que fueron constatadas por el director de la diligencia en el sentido de que se trata de un puente construido en ferroconcreto, con sus respectivas zapatas, con barandas en madera, de una extensión de 9,20 metros de largo, por 4,60 metros de ancho, al final del cual existe una portada en madera con pilastras en ladrillo, que da acceso al referido balneario. El puente en la actualidad se encuentra en perfecto estado de conservación, mantenimiento y funcionamiento.”*

Posteriormente, se procedió a recibir los testimonios de personas de la comunidad indígena Kokonuko, frente a las afectaciones ocasionadas por la servidumbre de tránsito. Al efecto, la señora **Nelly Sauca Avirama**, entre otros aspectos, destacó que *“este predio de aguatibia (sic) es un predio que está dentro del resguardo, es el corazón del resguardo, aquí este territorio es tan pequeño, para la gente que vive aquí, a lo cual otros predios ya han sido liberados, porque estamos liberando la madre tierra, a la cual nosotros hemos sido atropellados por el señor Diego Angulo, porque este terreno no ha sido ahora y desde que empezó la liberación de la madre tierra empezó desde 1971, a lo cual se han ido liberando fincas, la construcción la hizo el señor Diego Angulo, atropellando nuestros derechos; nosotros no utilizamos ese puente (...) el puente no se utiliza, porque la portada mantiene echada llave (...) eso obliga que el camino se haga por otro lado, a los indígena (sic) no se les permite entrar allí, y no es solo el puente el que nos hace daño, sino la forma*

como el [Diego Angulo Rojas] está explotando el agua, porque ella nace allí, nadie le ha hecho una mejora. (...) Si se tenía acceso al predio Agua Tibia, era a pie, no tengo muy claro por donde era el acceso pero uno podía acceder por cualquier lado, se vino hacer (sic) camino cuando la gente empezó a venir a (sic) sitio, gente de afuera, pero como sitio sangrado (sic), la comunidad podía ir anteriormente alla (sic), a hacerse sus rituales o a bañarse. Ahora ya no se puede ingresar.”

Indagada acerca de lo que constituye el sitio sagrado dijo “*el rollo de agua que nace allí, que en nuestra creencia creemos que viene desde el volcán Puracé y el ojo de agua, ‘salao colorado’ es el agua medicinal que teníamos nosotros y que tenían nuestros mayores para curarnos nuestras enfermedades(...) por el lado de atrás, unos metros más alla (sic) de Aguatibia, recogieron el agua, para traerlo hacia acá, hacia el sitio de agua tibia, por eso nuestros sitios sagrados están invadidos (...) se ha interrumpido la paz del territorio, porque viene gente que lo único que hace es contaminar todo el entorno de nosotros, al rio mismo, que es una agua que pasa por la vereda, por los predios que consumen agua los animales (...)”*

Cuando se le preguntó si había realizado alguna ceremonia o ritual tradicional en Aguatibia 2 respondió “*he participado muchas veces, anteriormente, cuando era niña iba con mis padres. El ritual consistía en orar al padre, reconociendo su grandeza y conociendo las plantas para tener armonía, sanar el cuerpo y para a (sic) enfermedades del alma, cuando uno está triste, para ayunar, orar, para poder tener lo de cada día, y que nuestro territorio sea un sitio de paz.”*

El señor **Manuel Antonio Calambás**, en su declaración hizo referencia a que “*el puente no se utiliza por parte de la comunidad, porque allí la comunidad pasábamos por un puente que era un solo palo, allí había una servidumbre pero era peatonal, para pasar los comuneros para hacer rituales en el sitio de agua tibia que es un sitio sagrado de la comunidad para hacer rituales, el que en este momento no lo podemos utilizar porque a partir de la elaboración del puente de madera, el señor Diego Angulo ya nos comenzó a cobrar la entrada y nos prohibió que ya ningún comunero podíamos estas (sic) alla (sic) porque eso era propiedad de él; los rituales que se hacían eran la purificación del cuerpo con los médicos tradicionales, rituales de las semilla (sic) ancestrales (sic), que es bendecir las semillas que se van a sembrar, y bañarnos para tener la salud del cuerpo, porque desde nuestra ‘cosmogonía’ es una herencia que dejó nuestro padre que es el volcán Puracé (...) el daño más grande que le hizo la (sic) comunidad fue no permitir que la comunidad entrara allá, tanto agua tibia, como en al (sic) nacimiento agua colorada, porque allá, en el salado colorado, nos llevaban nuestros padres y médicos tradicionales a curanos (sic) herida o granos que nos salieran, todo eso no lo pudimos volver a hacer, por impedir la entrada de la comunidad (...) el [Diego Angulo Rojas] salía con el acuerdo de que no construía más y por las noches llegaba con volquetadas de materiales y seguía construyendo, todo eso como cultura*

nuestra es daño para la comunidad nuestra, como usted lo pudo verificar, eso era potrero, lo cual el mete maquinaria pesada sin ningún permiso para parqueadero, fue mucha la tierra que echó al río (...) a partir de la elaboración del puente, empieza a entrar mucho turismo, por lo cual ya vimos que había mucha contaminación al medio ambiente de nuestro resguardo y al entrar (sic) de impedir la entrada de mucho turismo, nos vimos mucho más afectados la comunidad, porque el señor Diego Angulo, nos trae es la policía y el smat, violando nuestra convivencia que somos de paz y tranquilidad y por nosotros reclamar nuestros derechos obtuvimos una compañera muerta y muchos compañeros estropeados dentro (sic) nuestro territorio.”

Sobre el acceso de la comunidad al río Calera precisó que *“el río viene y nace en nuestro territorio, simplemente pasa por allí, divide los dos predios, los animales de la comunidad, tienen acceso al agua del río, nosotros la utilizamos.”*

El tercer testimonio es el del señor **Carlos Dario Tote Yace**, quien indagado sobre las afectaciones sufridas por la comunidad indígena a raíz de la servidumbre de tránsito, explicó que para ellos *“el sitio de agua tibia es sitio sagrado y cultural, la diferencia entre sagrado y cultural: sagrado porque nosotros somos de origen del derecho propio y el derecho mayor; cultural, es donde nuestros espíritus (sic) mayores y naturales se bañaban, para ejercer equilibrio y espiritualidad de paz. Es ahí donde encontramos el ‘salado Colorado’, que sirve para el equilibrio en salud de los seres humanos, concretamente de la comunidad, el agua tibia, que es natural, nace ahí, porque es por donde respira nuestro papá mayor que es el volcán Puracé, por eso es sitio sagrado, porque nadie puede interrumpir la cosmovisión pacífica de los espíritus (sic) mayores y naturales; por este motivo cuando se violenta un sitio sagrado para nosotros es un gran pecado y es ahí en el predio aguaticia, donde en este momento hay grandes desequilibrios, como son la tristeza, la soledad, lágrimas y sangre; por eso para nosotros es importante el saneamiento de nuestro resguardo. Existiendo en el predio aguaticia No. 2 cantidad de espíritus (sic), como son las plantas, el aire, la visita del arco iris que no ha vuelto porque hay lo dicho anteriormente (...) la comunidad en años anteriores, cuando yo era niño, dentrabamos (sic) a bañarnos, (...) hoy por motivos ya mencionados la comunidad, ni el cabildo, ni la guardia no puede ingresar, no se (sic) les es permitido (...) la construcción de ese puente nos ha afectado culturalmente porque ya no se puede entrar, nuestros médicos tradicionales no pueden entrar a hacer el ejercicio del equilibrio, tampoco entran las autoridades, es decir el cabildo, a limpiar los bastones de autoridad; nuestra guardia indígena, tampoco les es permitido, ya que ellos tienen el control territorial, eso es afectación cultural. Económicamente hay una afectación, no podemos vender nuestra alimentación propia como son los ullucos, maíz, arracacha, coles, porque no hay un permiso para poderles vender a los turistas, y mucho menos nuestras artesanías como las ruanas, manillas hechas por los niños (...) La afectación social, porque nosotros tenemos por cultura y costumbre cuidar los ojos de agua, las montañas, los*

árboles en vía de extinción (sic) y los animales. Allí llegaba el cóndor y la danta a tomar agua salada, y no volvieron.”

(ii) En torno al manejo de las aguas negras o residuales por parte del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia, que funciona en el predio Aguatibia 2, se señaló que “en el lado nororiental, del predio, y concretamente con la conlindancia (sic) con el río Calera, se verificó la existencia de una tubería en pvc, de 6 pulgadas de diámetro, por donde desaguan las aguas servidas o residuales de las instalaciones del referido balneario, que desemboca a las orillas del río Calera. En el momento no se constató el desague (sic) de las mismas. (...)CONSTANCIAS: (...) SEGUNDA: Que igualmente se verificó la existencia de un desague (sic) a través de una tubería de PVC, de un diámetro de 14 pulgadas, que vierte en el mismo río Calera, las aguas de un lago artificial construido en el predio AGUATIBIA 2, al cual caen a su vez las aguas de las piscina (sic) termales que existen en el balneario.”

Dentro de la diligencia se pronunció la representante del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Dra. Rosa Estela Garnica Hernández, para ratificar que el establecimiento de comercio se encuentra inscrito ante el Registro Nacional de Turismo, por lo que cumple con todos los requisitos exigidos al efecto y sobre el plan de manejo de aguas residuales, explicó que *“cumplen con las buenas prácticas de los prestadores de servicios turísticos y cumplen con las normas técnicas que se exigen por parte de la entidad. Observe (sic) con mucho detenimiento el caudal del río Calera, y en el encuentro (sic) vida de peces, lo que indica que no puede ser cierto que esté recibiendo aguas negras, que entre otras cosas el río es un atractivo para los turistas, lo que podría calificarse por parte de la entidad como un perjuicio.”*

3.8 A la Procuraduría Regional del Cauca y a la Defensoría del Pueblo Regional Cauca se les solicitó realizar el acompañamiento en la inspección judicial y que, si lo consideraban conveniente, intervinieran dentro del proceso de tutela que se adelanta, con el propósito de rendir conceptos técnicos sobre el amparo que se estudia, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales.

A través de documento radicado el 25 de septiembre de 2018, la Defensoría del Pueblo informó que por su labor de acompañamiento a la inspección decretada en el auto del 28 de agosto de 2018, tuvo conocimiento, entre otros, de los siguientes hechos: *“se evidenció la existencia de un puente construido en concreto, hierro, material corrugado entre otros materiales, que comunica el predio aguatibia No. 2 y establecimiento comercial de nombre Centro de Turismo y Salud, Termales Agua Tibia, con el resguardo indígena de Kokonuko, limitando de manera directa con el mismo. (...) Se evidenció que en el interior del predio agua tibia No. 2, donde se ubica el establecimiento comercial mencionado, no existe una planta de tratamiento de aguas negras o residuales PTAR, dichas aguas negras o residuales desembocan de manera*

*directa en el río Calera, que atraviesan (sic) esta propiedad así como el territorio colectivo del resguardo indígena de Kokonuko, a través de múltiples predios colectivos donde se ubican viviendas y familias pertenecientes al Resguardo indígena Kokonuko. (...) Se evidenció que la Cosmovisión y mito originario de (sic) Resguardo Indígena de Kokonuko tiene como pilar fundamental el volcán de Purace (sic), llamado en sus creencias propias ‘monstruo de cabeza brillante’, brillante debido a la lava y al azufre, siendo este el significado de la palabra Kokonuko, y siendo este volcán el origen del espíritu masculino originario que dio vida al pueblo Kokonuko según la tradición oral del mito originario de dicho pueblo, en este sentido las aguas termales que provienen de manera directa o indirecta de dicho volcán y de sus alrededores, representan la vida, el origen, el pilar fundamental de dicha cosmovisión teniendo las mismas aguas termales un significado sagrado para el pueblo indígena Kokonuko, las mismas que han sido objeto del uso y aprovechamiento de la empresa turística Centro de Turismo y Salud, **Termales aguatibia**, siendo utilizadas en beneficio propio y con ánimo de lucro, sin la debida consulta previa libre e informada.”* (Negrillas originales)

Finalmente, precisó que “*es por lo anterior que la Defensoría del Pueblo (...) afirma bajo su concepto técnico que al Resguardo Indígena de Kokonuko le fue violado el derecho fundamental a la Consulta previa, libre e informada consagrado en el Convenio 169 de la OIT, la ley 21 de 1991 y en la reiterada Jurisprudencia, integrada en el bloque de constitucionalidad.*”

3.9 Otras intervenciones

En esta etapa procesal se recibieron las siguientes intervenciones:

3.9.1 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

En escrito del 14 de septiembre de 2018 indicó, entre otras cosas, que “*de conformidad con información suministrada por el **Grupo de Análisis Sectorial y Registro Nacional de Turismo**; Verificada la base de datos del Registro Nacional de Turismo y la página www.rues.org.co correspondiente a las cámaras de comercio, jurisdicción Cauca, se observa que el registro nacional de turismo número 31926 fue expedido con la categoría de **CONCESIONARIOS DE SERVICIOS TURÍSTICOS EN PARQUE**. Para obtener la inscripción, este tipo de prestador debe tener un Contrato de Concesión de la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales. El estado actual del registro nacional de turismo es **SUSPENDIDO**, al no haber actualizado la información técnica, operativa y financiera del prestador de servicios turísticos, entre el 1º de enero y el 31 de marzo de 2018. Mientras exista la suspensión del registro, el prestador de servicios turísticos no deberá operar. El registro nacional de turismo aparece expedido a nombre del señor **ANGULO ROJAS DIEGO**, identificado con cédula de ciudadanía número 10524061.”* (Negrillas originales)

De otra parte, señaló que esa entidad obró dentro del límite del cumplimiento de las normas legales aplicables al caso y llevó a cabo las acciones pertinentes y en coordinación con las entidades involucradas para dar solución a los inconvenientes que pudieren haberse presentado. Por lo tanto, solicitó ser desvinculado del presente trámite, en atención a que no ha vulnerado ningún derecho fundamental de los accionantes.

3.9.2 Fondo Nacional de Turismo-Fontur

El 13 de septiembre de 2018 explicó que *“una vez revisados los proyectos ejecutados con el FONDO NACIONAL DE TURISMO-FONTUR, se evidencia que este fondo no ha ejecutado ningún proyecto en el Resguardo Indígena Kokonuko ni en sus zonas aledañas, así como tampoco ha ejecutado obras en inmediaciones del predio denominado Centro de Turismo y Salud Termales agua (sic) Tibia (...)”*, por lo que solicitó aclarar el auto del 28 de agosto de 2018, a través del cual se decretaron pruebas dentro de la presente acción de tutela, en el sentido de ser desligado del trámite, ya que dice no haber sido vinculado a la acción.

3.9.3 Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

En escrito del 18 de septiembre de 2018 expuso que *“de las pruebas que obran en el expediente, es contundente afirmar que en el caso sub judice la acción de tutela no procede contra la ANLA toda vez que no existe vulneración de derechos fundamentales por parte de esta entidad.”*

3.9.4 Organización Nacional Indígena de Colombia

En escrito radicado el 27 de septiembre de 2018, reiteró los argumentos esgrimidos por los accionantes en la demanda de tutela y, por consiguiente, solicitó fallar el presente caso a favor del reconocimiento de los derechos fundamentales del Pueblo Indígena Kokonuko y *“en consecuencia, se orden (sic) al Gobierno Nacional cumplir efectivamente y sin dilaciones, los acuerdos pactados. Igualmente, que se orden (sic) al accionado no obstaculizar el reconocimiento de dichos derechos.”*

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico y metodología de decisión

2.1 Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes relacionados, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si los demandados vulneraron el derecho fundamental a la consulta de la comunidad representada por el Cabildo del Resguardo Indígena de Kokonuko por la no realización de dicho proceso, no obstante, según la comunidad accionante, encontrarse involucrados el uso y aprovechamiento de recursos ambientales, étnicos y cosmogónicos, en relación con las siguientes actuaciones: (i) la modificación de la servidumbre de tránsito, que permite el acceso al predio denominado Aguatibia 2, propiedad del señor Diego Angulo Rojas, que grava los predios que actualmente forman parte del Resguardo de Kokonuko; y (ii) la explotación comercial del predio Aguatibia 2, que se relaciona directamente con las actuales condiciones de operación de la concesión de aguas superficiales, otorgada en los años 1995 y 2012; la inscripción como establecimiento de comercio dedicado a actividades de parque de atracciones y otras asociadas, efectuada en el año 2013; y el otorgamiento de concesión para prestación de servicios turísticos en parque a favor del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, también en 2013.

2.3 Metodología de decisión

Para abordar el estudio del problema descrito, en primer lugar la Sala evaluará la procedibilidad de la acción de tutela.

Posteriormente, si se superan tales requisitos, se pasará a hacer referencia (i) al derecho fundamental a la consulta de las comunidades indígenas y el criterio de afectación directa. Reiteración de jurisprudencia; (ii) a las facetas del derecho a la participación de las comunidades étnicas. Reiteración de jurisprudencia; (iii) a la función ecológica de la propiedad en el Estado Social de Derecho. Reiteración de Jurisprudencia y, finalmente, (iv) se estudiará el caso concreto.

3. Procedibilidad de la acción de tutela

3.1 Legitimación en la causa para actuar

3.1.1 Legitimación en la causa por activa: La Corte ha precisado que “*la legitimación en la causa por activa en los procesos de acción de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados*”⁸. Con base en los artículos 7 y 70 de la Constitución, la Corte ha reconocido que las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales, entre ellos la consulta⁹. Además, ha indicado que sus instituciones representativas, de manera directa o por medio de apoderado, tienen la legitimidad para interponer las acciones de tutela con el fin de garantizar la protección de sus derechos¹⁰. El artículo 10 del Decreto 2581 de

⁸Sentencias T-531 de 2002, T-711 de 2003 y T-361 de 2017.

⁹Sentencias T-379 de 2011, T-049 de 2013 y T-272 de 2017.

¹⁰ Cfr. Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003 T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-049 de 2013.

1991 establece la posibilidad de que la demanda de amparo de derechos sea presentada “a través de representante”.¹¹

En el caso concreto, la Sala observa satisfecho el requisito de legitimidad por activa, debido a que la comunidad indígena representada por el Cabildo de Kokonuko es titular de derechos colectivos, entre los que se encuentra la consulta, que estiman conculcado.

Además, la certificación expedida por la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, expedida el 3 de septiembre de 2018, da cuenta de que el señor Isneldo Avirama Hernández, quien junto a otros miembros del Cabildo presentó la acción de tutela en 2017, ejerció como Gobernador del Cabildo Indígena del Resguardo Kokonuko en esa anualidad, es decir, estaba facultado para representar los intereses de dicha comunidad.

3.1.2 Legitimación en la causa por pasiva: El sujeto pasivo es a quien se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales de acuerdo con lo establecido en los artículos 5 y 42 del Decreto 2591 de 1991. En el caso sometido a examen, la legitimidad en la causa por pasiva se encuentra cumplida, de conformidad con las razones que se enuncian a continuación.

La colectividad accionante cuestionó (i) al Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa, ya que es la entidad responsable de dirigir, en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes, los procesos de consulta a las comunidades étnicas; (ii) a la Cámara de Comercio del Cauca, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y al Fondo Nacional del Turismo-FONTUR, en razón de la inscripción del establecimiento Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, como empresa de comercio y el otorgamiento de una concesión para que preste servicios de turismo en parque; (iii) a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA y a la Corporación Autónoma Regional del Cauca-CAC, por el otorgamiento de concesión de aguas de uso público al establecimiento antes referido; (iv) a la Agencia Nacional de Tierras, teniendo en cuenta que se trata de la entidad encargada de ejecutar el plan de atención a las comunidades étnicas, a través de programas de titulación colectiva, constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de resguardos indígenas, adquisición, expropiación de tierras y mejoras y adelantar los procesos agrarios de deslinde y clarificación de las tierras de las comunidades étnicas; (v) al Municipio de Puracé y a la CAC por la falta de control respecto del vertimiento de aguas residuales provenientes del centro turístico al río Calera y (vi) al señor Diego Angulo Rojas, como propietario del predio denominado Aguatibia 2, donde funciona el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, por no adelantar el proceso de consulta antes de modificar la servidumbre de tránsito que grava el territorio colectivo y solicitar la concesión de aguas de uso público, inscribir su establecimiento en Cámara de Comercio y solicitar la concesión de servicios turísticos en parque para su empresa.

¹¹ Cfr. Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-049 de 2013.

Por ende, la Sala encuentra que también se cumple con la legitimidad por pasiva.

3.2 Subsidiariedad

Como regla general, el Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela es procedente siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. Lo anterior, en razón a que el amparo no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico¹². La citada norma tiene dos excepciones que comparten como supuesto fáctico la existencia del medio judicial ordinario, a saber¹³: i) instaurar la acción de tutela de forma transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y ii) promover el amparo como mecanismo principal, situación que ocurre en el evento de que las acciones ordinarias carezcan de idoneidad o de eficacia para la protección de los derechos fundamentales del accionante¹⁴.

En relación con los medios de control de nulidad de los actos administrativos que desconozcan la consulta previa, previstos en la Ley 1437 de 2011-CPACA¹⁵, esta Corporación precisó en la sentencia SU-123 de 2018 que, *“de acuerdo con el precedente vigente¹⁶, esas herramientas procesales no ofrecen una respuesta clara, omnicomprendensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerabilidad, ni siquiera, ante la posible imposición de medidas provisionales, pues si la suspensión provisional del acto queda en firme de manera expedita, continuará la impotencia de esa institución para salvaguardar integralmente los derechos de las comunidades indígenas o tribales. La protección que ofrecen las acciones contenciosas del derecho a la consulta previa es insuficiente, porque ‘estudiar la legalidad de un acto administrativo no implica que se adopten modos de resarcimiento que serían propios del juez de amparo de derecho, rol que obedece a su función protectora de los derechos fundamentales’¹⁷” (Énfasis agregado).*

Por lo expuesto, en el caso que se estudia, la Sala considera que los medios de control de nulidad simple, así como de nulidad y restablecimiento del derecho, no son mecanismos judiciales idóneos para proteger el derecho a la consulta del cabildo demandante, perteneciente a la etnia Kokonuko. En consecuencia, se advierte que se cumple con el requisito de subsidiariedad.

3.3 Inmediatez

¹² Sentencias T-162 de 2010, T-034 de 2010 y T-099 de 2008.

¹³ Sentencias T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000.

¹⁴ Sentencia T-235 de 2010.

¹⁵ Sentencias T-766 de 2015, T-197 de 2016, T-272 de 2017.

¹⁶ Sentencias T-568 de 2017, T-416 de 2017, T-272 de 2017, T-236 de 2017 y SU-217 de 2017.

¹⁷ Sentencia T-436 de 2016

La acción de tutela está diseñada para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales por lo que, en principio, quien acuda a este mecanismo debe hacerlo dentro de un término justo y razonable¹⁸. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que este no es un parámetro absoluto, sino que debe verificarse el ejercicio oportuno del instrumento en cada situación particular.

Para establecer la razonabilidad del tiempo transcurrido entre la vulneración o amenaza del derecho fundamental y el reclamo ante el juez constitucional, la jurisprudencia ha señalado un conjunto de pasos o espacios de justificación. Al respecto, la sentencia T-743 de 2008 precisó que debe determinarse: (i) si existe un motivo válido para la inactividad del accionante; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado;¹⁹ (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.²⁰

A partir del desarrollo de las reglas mencionadas el juez de tutela puede hallar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el demandante y el fin perseguido, para de esta manera determinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado.

Adicionalmente, la jurisprudencia también ha señalado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela, siempre que se presenten dos circunstancias²¹: (i) cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y (ii) cuando se pueda establecer que *“la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”*.²²

En conclusión, el límite para interponer la solicitud de protección no puede ser simplemente el transcurso del tiempo sino, entre otras variables, que sea actual la afectación de derechos fundamentales que se pretende remediar con la tutela²³.

En el asunto objeto de revisión, la Sala Observa que si bien: (i) la modificación de la servidumbre de tránsito constituida en 1981 a favor del predio Aguatibia 2, que grava el territorio colectivo de los accionantes, se hizo en 2008, tal como

¹⁸ Sentencia T-016 de 2006.

¹⁹ Sentencia SU-961 de 1999.

²⁰ Sentencias T-814 de 2004 y T-243 de 2008.

²¹ Ver sentencia T-172 de 2013.

²² Sentencia T-158 de 2006.

²³ Consultar, entre otras, las sentencias T-883 de 2009 y T-055 de 2008.

se desprende del acta de inspección judicial llevada a cabo por el Juez Primero Civil del Circuito de Popayán²⁴; (ii) la concesión de aguas de uso público que se otorgó en 1995, se renovó en 2012; (iii) la inscripción en la Cámara de Comercio se efectuó en 2013; y (iv) la concesión para prestar servicios turísticos en parque también se otorgó en 2013; las afectaciones a las que hace referencia la comunidad indígena demandante se siguen presentando, haciendo que la vulneración alegada en el presente caso sea actual. Además, respecto de la concesión de servicios turísticos en parque, según manifestaron los accionantes, tuvieron conocimiento hasta 2017, cuando el señor Angulo Rojas interpuso acción de tutela para que se le protegieran sus derechos a la propiedad y al trabajo.

Y es que desde 2005, según datos que reposan en el expediente, los accionantes y el señor Angulo Rojas han venido enfrentados en una controversia alrededor de la explotación económica del predio Aguatibia 2, que ha conducido a la alteración del orden público en la zona en diferentes oportunidades. El Pueblo Indígena Kokonuko alega que en su cosmovisión este predio constituye el “corazón” de su territorio ancestral, un sitio en donde desde tiempo atrás se llevan a cabo rituales propios de su cultura.

En esas condiciones, la Sala concluye que la afectación no solo ha sido continúa sino que se ha agravado con el paso del tiempo, razón por la que la comunidad decidió instaurar el amparo con el objeto de obtener la garantía de que la explotación comercial del predio Aguatibia 2 y la servidumbre constituida a su favor, que grava el territorio colectivo, no les siga afectando su modo de vida, asegurando así la pervivencia física y cultural.

Por lo anterior, esta Corporación concluye que en el presente asunto se cumple con el requisito de la inmediatez²⁵.

Superado el examen de procedibilidad de la acción de tutela, la Sala Quinta de Revisión se ocupará del análisis del asunto que se somete a examen, a la luz de los temas propuestos en la metodología de decisión.

²⁴ El día 17 de septiembre de 2018

²⁵ Refuerza lo anterior la sentencia T-462A de 2014, que decidió la controversia surgida a propósito de la construcción de la represa Salvajina hace 25 años, sin que se hubiese agotado la consulta previa con las comunidades indígenas asentadas en la región, veamos: *“En el presente caso, la construcción de la Central Hidroeléctrica Salvajina se desarrolló entre los años de 1981 y 1985, tiempo en el cual se desplazó a comunidades campesinas, indígenas y afrocolombianas para la ejecución de las obras, y no se abrieron espacios de participación en los que se concertaran medidas de compensación o de reparación. A pesar de que a primera vista podría sostenerse lo argumentado por las partes demandadas en el sentido de que ya han pasado más de 25 años desde la construcción del embalse y, por tanto, no hay inmediatez de la acción constitucional, también es cierto que las situaciones actuales que presentan los gobernadores de las comunidades indígenas en la acción de tutela muestran hechos vulneratorios de los derechos fundamentales a la participación, a la consulta, a la autonomía étnica y cultural y a derechos económicos, sociales y culturales como lo son la salud y la educación, que han persistido en el tiempo y que merecen ser analizados por el juez constitucional. El hecho generador de la presunta vulneración de los derechos fundamentales fue la construcción de una Central Hidroeléctrica que se realizó sin tenerse en cuenta los impactos ambientales, sociales y culturales en el área, entre otras razones porque en aquella época no se requería de un trámite tan estricto como lo es el de la licencia ambiental. Por otra parte, es cierto que las comunidades actoras han tenido un tiempo razonable para contemplar interponer otros recursos y acciones que ofrece la legislación; sin embargo, la Sala encuentra justificado su inacción, por cuanto estaban a la espera de las medidas adelantadas por entidades estatales como la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y el Ministerio de Ambiente, a quienes presentaron derechos de petición sobre la situación que viven, sin que a la fecha se haya solucionado²⁵. Además, actualmente se adelanta, por requerimiento del Ministerio desde el 2001, el trámite de Plan de Manejo Ambiental con la EPSA que no ha culminado y en el cual las comunidades han sido llamadas a dialogar sobre las problemáticas, sin que a la fecha se haya dado solución alguna. Con base en lo anterior, la Sala observa que las vulneraciones presuntamente cometidas continúan en el tiempo, debido a que no se han garantizado espacios de participación y concertación para las comunidades indígenas acorde con sus características, y tampoco han sido mitigados o reparados otros impactos directamente relacionados con la construcción y operación de la represa, los cuales además se siguen presentando.”*

4. El derecho fundamental a la consulta de los pueblos indígenas y el criterio de afectación directa. Reiteración de jurisprudencia

4.1 La consulta es una manifestación del derecho a la participación de las comunidades indígenas

El mandato de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, consagrado en el artículo 7° de la Constitución, es una expresión de la apuesta de los constituyentes de 1991 por integrar formalmente el multiculturalismo y el pluralismo étnico al orden jurídico colombiano.

Al reconocer al Estado como una composición de distintos grupos sociales, étnicos y culturales, la Carta Política abrió el camino que permitió precisar el contenido y el alcance de los derechos de los pueblos y de las personas indígenas, desde la perspectiva del Estado Social de Derecho.

Varias disposiciones constitucionales contribuyeron a cumplir tal propósito. Es el caso del artículo 10°, que reconoció el carácter de lengua oficial de los dialectos e idiomas indígenas en sus territorios; del artículo 68, que sujetó el servicio educativo al respeto de las diferencias culturales; del 70, relativo a la igualdad entre culturas; del 171 y el 174, sobre la circunscripción especial indígena, y del 246, que reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de sus territorios de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.

También lo hicieron los artículos 329 y 330, que contemplaron las pautas para la conformación, delimitación y gobierno de las entidades territoriales indígenas, calificaron a los resguardos como territorios de propiedad colectiva y no enajenable e impusieron el deber de consultar a sus representantes acerca de la explotación de recursos naturales en sus territorios²⁶.

La construcción del discurso jurídico que hoy identifica a las comunidades indígenas como sujetos de especial protección y como titulares colectivos de derechos fundamentales había iniciado algunos años antes con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos tribales e indígenas en países independientes, el cual fue aprobado mediante Ley 21 de 1991.

El artículo 6 del Convenio estableció el deber de los Gobiernos de garantizar los medios a través de los cuales los pueblos indígenas puedan “***participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones*** en instituciones

²⁶ La Constitución Política consagra el derecho a la consulta previa únicamente para el caso de la explotación de los recursos naturales. La jurisprudencia ha ampliado, en cumplimiento de los instrumentos internacionales, el ámbito de aplicación de ese derecho fundamental. Artículo 330, Parágrafo: “*La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades*”.

electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”, garantía que se encuentra reforzada con la consagración del derecho a la participación en el artículo 40 de la Constitución²⁷, que se proyecta en dos dimensiones respecto de las comunidades indígenas²⁸. La primera, relacionada con el ámbito de la representación política, que el constituyente aseguró al establecer curules en el Congreso de la República. La segunda se refiere a la garantía de que su punto de vista sobre las decisiones que las afecten será tenido en cuenta, de conformidad con lo previsto en el artículo 330 superior y las directrices que fija el Convenio 169 en su artículo 6°:

“Artículo 60. 1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueden participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin;

2.- Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.” (Énfasis agregado)

Esas pautas sirvieron de base para que la Corte desarrollara una reiterada jurisprudencia sobre el derecho fundamental de las comunidades indígenas a ser consultadas previamente sobre la adopción de las decisiones que pueden incidir sobre su autonomía o su identidad.

²⁷ El artículo 40 de la Constitución garantiza el derecho de todos los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Eso implica que pueden elegir y ser elegidos; tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática; constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. El derecho a la participación también involucra la posibilidad de revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley, el derecho a tener iniciativa en las corporaciones públicas, a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

²⁸ Al respecto, señaló la Sentencia C-030 del 2008, mediante la cual se declaró inexecutable la Ley Forestal: “Cabe distinguir en la anterior disposición dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales: Por un lado, la obligación contenida en el literal b) de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.”

La sentencia SU-039 de 1997²⁹ inauguró la línea jurisprudencial que caracterizó a la consulta como un derecho fundamental autónomo destinado a preservar la integridad de los pueblos indígenas y la diversidad étnica y cultural de la Nación, al resolver una tutela promovida a propósito de los trabajos de exploración petrolífera que Ecopetrol y Occidental de Colombia Inc. realizaron en territorio de la comunidad U'wa.

El problema jurídico planteado, que consistió en establecer si una reunión informativa satisfacía la obligación de consulta, permitió que la Corte advirtiera sobre la jerarquía de los intereses que están en juego en esas situaciones y que puntualizara, sobre ese supuesto, el valor de la consulta como garantía de protección del modo de vida de los grupos étnicamente minoritarios.

Dijo la corporación en esa ocasión:

“El derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social (...).”

Sobre esos supuestos, la Corte precisó dos reglas básicas para la aplicación del proceso de consulta. La primera, relativa a que el mismo no puede agotarse a través de una simple reunión informativa. La segunda, a que su propósito de efectiva participación se cumple garantizando:

- a) *“Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.*
- b) *Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada 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.*

²⁹ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

c) *Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”.*

El desconocimiento de esos parámetros en el caso concreto condujo a amparar los derechos a la participación, la integridad étnica, cultural, social y económica y el debido proceso de la comunidad accionante. En consecuencia, la Corte ordenó realizar la consulta en las condiciones previstas en el fallo.

Las pautas fijadas en la SU-039 de 1997 fueron aplicadas por la Corte al examinar otras tutelas relativas al incumplimiento del requisito de consulta. Así lo hizo, por ejemplo, la sentencia T-652 de 1998³⁰, ante la petición que formuló la comunidad Embera-Katío, debido a la construcción de una represa en predios pertenecientes a su territorio colectivo.

Aparte de reiterar que la omisión de la consulta vulnera los derechos de participación, debido proceso, integridad de los pueblos indígenas y el respeto del carácter multicultural de la nación colombiana, este fallo significó un nuevo avance de la jurisprudencia sobre consulta, al admitir la viabilidad de ordenar indemnizaciones para reparar los daños causados a raíz de su omisión³¹.

Las órdenes concretas que ampararon el derecho fundamental a la consulta³² de los pueblos originarios del país permitieron construir un consenso alrededor del papel que cumple dicho mecanismo, en la tarea de garantizar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que les conciernen.

Queda claro, entonces, que el objetivo de participación activa y efectiva que persigue la Constitución solo se cumple cuando las comunidades étnicas son informadas de forma oportuna y completa sobre los proyectos que pueden afectarlas, sobre la manera en que su ejecución puede interferir en los elementos constitutivos de su cohesión social, cultural, económica y política, y cuando

³⁰ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³¹ El fallo ordenó indemnizar al pueblo Embera-Katío del Alto Sinú por los daños irreversibles que les causó la construcción de la represa y que no podían remediarse ordenando realizar la consulta.

³² Los fallos proferidos por la Corte en ejercicio de su función de control constitucional también han contribuido a resaltar la importancia de la consulta previa, como mecanismo destinado a materializar el derecho a la participación de los pueblos indígenas. La Sentencia C-891 del 2002, que declaró exequibles varios artículos del Código de Minas (Ley 685 de 2001), señaló que “*El principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas*”, debido al trascendental significado que les dan a sus territorios y a la relevancia que, por eso, tiene su participación en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales yacientes en esos terrenos. Ese criterio fue reiterado en la Sentencia C-030 del 2008, que declaró inexecutable la Ley Forestal (Ley 1021 del 2006), debido a que no se agotó el proceso de consulta requerido, en virtud de los lineamientos del Convenio 169 del Convenio de la OIT y las pautas fijadas por la jurisprudencia constitucional. Posteriormente, la Sentencia C-175 del 2009 declaró incumplido el deber de consulta previa respecto de las normas que integraban el Estatuto de Desarrollo Rural aprobado por la Ley 1152 del 2007. Este fallo profundizó sobre el contenido del principio de buena fe para el caso de la consulta previa. La Corte aclaró que este se concreta garantizando que las comunidades tradicionales conserven un grado de incidencia adecuado y suficiente en la determinación del contenido material de una medida –legislativa, en este caso– que puede afectarlas directamente.

cuentan con el espacio para valorar libremente las decisiones y para pronunciarse sobre su viabilidad.

4.2 El ámbito de aplicación de la consulta previa. Su exigibilidad frente a medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas

Superada la discusión sobre las condiciones en las que la consulta hace efectivo el derecho a la participación de las minorías étnicas, la Corte abordó un nuevo problema jurídico, relativo al ámbito de aplicación de ese derecho fundamental.

El tema fue examinado de distintas formas, frente a los dos escenarios en los que podría exigirse la consulta: en relación con la adopción de medidas legislativas y administrativas que generan una afectación directa.

A través de la sentencia C-418 de 2002, la Corte ordenó consultar el Código de Minas (Ley 685 de 2001) para cumplir los compromisos internacionales que obligan al Estado colombiano a *“efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio”*³³.

La sentencia C-030 de 2008³⁴, que declaró inexecutable la Ley Forestal, profundizó ese criterio al señalar que *“el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley”*.

Lo propio hicieron las sentencias C-461 de 2008³⁵ y C-175 de 2009³⁶. La primera suspendió la ejecución de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales de la Ley 1157 del 2007, Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, que tuvieran la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta que se realizara la consulta y, la segunda, declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007, *“por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder”*, bajo el supuesto de que, al tratarse de un régimen general y sistemático en materia de uso y aprovechamiento de los territorios rurales, cualquiera de sus disposiciones podría significar una afectación directa de las comunidades étnicas³⁷.

³³ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁴ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁵ M.P. Manuel José Cepeda.

³⁶ M.P. Luis Ernesto Vargas.

³⁷ La Corte comprobó que las actividades desarrolladas por el Gobierno Nacional no cumplieron con las condiciones constitucionales de la consulta, pues los procesos de acercamiento se realizaron cuando el trámite legislativo ya se encontraba en curso, lo cual es incompatible con la vigencia del principio de buena fe en los procesos de consulta previa. Además, se omitió la práctica del procedimiento preconsultivo tendiente a definir las reglas de deliberación del proceso de consulta previa.

La primera referencia al ámbito de aplicación de la consulta frente a medidas administrativas distintas a la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas es la contenida en la sentencia SU-383 de 2003³⁸.

La tutela que interpuso la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana contra la Presidencia de la República y otras entidades del gobierno nacional, por no consultar la implementación del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos en sus territorios, fue la que puso sobre la mesa la necesidad de precisar si la consulta solo debía agotarse en la hipótesis que el parágrafo del artículo 330 superior consagra de forma taxativa.

La SU-383, que la resolvió, descartó que eso fuera así. La Corte aclaró que la referencia explícita a la consulta frente a la explotación de recursos naturales no puede entenderse como “*la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles*”³⁹, debido a que la consulta opera como una modalidad de participación de amplio espectro⁴⁰, orientada a salvaguardar la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas.

Señaló la providencia que “*el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales*”⁴¹.

De esa forma, la Corte aplicó, en el ordenamiento interno, la regla del Convenio 169 de la OIT según la cual la consulta debe agotarse antes de adoptar cualquier medida administrativa o legislativa que tenga el potencial de afectar a los grupos tribales e indígenas⁴².

4.3 El criterio de “afectación directa”

³⁸ M.P. Álvaro Tafur Galvis

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ La Corte identificó a la consulta previa como una de las modalidades de participación consagradas en la Carta Política a favor de los grupos minoritarios. Al respecto, indicó que “El ordenamiento constitucional abre a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, i) en cuanto prevé que aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional, ii) en razón de que dispone que la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes, iii) debido a que erige los territorios indígenas como entidades territoriales, que estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y iv) porque el gobierno debe propiciar la participación de los representantes de estas comunidades en las decisiones atinentes a la explotación de sus recursos naturales, con el objeto de éstas se adelanten sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas”.

⁴¹ La sentencia T- 880 del 2006, por ejemplo, explicó que los Pueblos Indígenas y Tribales tienen derecho a ser consultados previamente respecto de las medidas que los afecten directamente, en particular sobre las relacionadas con el espacio que ocupan y la explotación de recursos en su hábitat natural. Para la Corte, las consultas deberían establecer “*si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras*”.

⁴² El Convenio dejó en manos de cada Estado la regulación del mecanismo de consulta previa. El Gobierno colombiano acató ese mandato a través del Decreto 1320 de 1998, “*por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio*”. Sin embargo, la Corte ha aclarado que dicha norma tiene un ámbito de aplicación limitado, porque se refiere a las consultas que deban adelantarse en desarrollo de los artículos 329 y 330 de la Constitución, y no a otras hipótesis en las que, de acuerdo con la jurisprudencia, también procede la consulta previa ante la ausencia de desarrollo normativo (Sent. SU-383/03). Por lo tanto, es la jurisprudencia constitucional el marco de referencia para determinar en qué casos se aplica la consulta y cuáles son los requisitos para llevarla a cabo.

A partir del criterio de *afectación directa* previsto en el artículo 6 del Convenio 169, la tarea ha consistido en definir los casos que se entienden cobijados dentro de tal hipótesis.

La Sentencia T-769 del 2009⁴³, al exigir que además de la consulta se buscara el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos originarios respecto de los planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tuvieran mayor impacto dentro de su territorio -en acatamiento del precedente fijado en la Sentencia de noviembre 28 de 2007 proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam⁴⁴- fue definitiva para el desarrollo del derecho a la consulta⁴⁵.

Al analizar si el consentimiento solo debía buscarse en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, la sentencia T-129 del 2011⁴⁶ precisó la regla que liga la afectación a cualquier forma de intervención sobre el territorio colectivo de las minorías étnicas.

Señaló ese fallo que *“toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales (...).”*

Más adelante, la sentencia T-693 del 2011⁴⁷ señaló que la consulta procede respecto de las *“decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o comprometan intereses propios de dichas comunidades”*. E identificó algunas de las decisiones que, bajo ese rasero, debían consultarse, como: 1) Las decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, lo cual incluye las licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros; 2) Los presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional; 3) Las decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades; y 4) Las medidas legislativas.

⁴³ M.P. Nilson Pinilla. En este caso, la Corte suspendió las actividades que se estaban adelantando en desarrollo del contrato de concesión Mandé Norte para la exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno y otros minerales en los departamentos de Antioquia y Chocó, con el objeto de que el proyecto se consultara con todas las comunidades étnicas interesadas.

⁴⁴ Sostuvo la Corte Interamericana que el Estado demandado debía consultar activamente a la comunidad Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, según sus costumbres y tradiciones, para garantizar su derecho de participación efectiva. Aclaró, además, que la consulta debía hacerse desde las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y que incluía la obligación de informar sobre los posibles riesgos que podría generar el proyecto.

⁴⁵ Sobre el particular, señaló la sentencia T-769 del 2009 que: *“Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.”*

⁴⁶ M.P. Jorge Iván Palacio. El fallo protegió el derecho a la consulta previa de las comunidades de los resguardos afectados por la construcción de una carretera en el municipio de Acaandí, Chocó, y por las actividades de prospección y de exploración legal e ilegal que se estaban llevando a cabo en sus territorios.

⁴⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

Lo anterior demuestra que el margen de interpretación de la regla general que consigna el Convenio 169, en relación con el deber de *“consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*⁴⁸ es muy amplio. Y que eso es razonable, dada la necesidad de efectivizar el derecho de participación que la Constitución consagra a favor de las comunidades étnicas, bajo condiciones de buena fe y de respeto por su identidad diferenciada⁴⁹.

La Corte ha continuado precisando el alcance del concepto de afectación directa, su intensidad, el principio de proporcionalidad y los niveles de consulta con los grupos étnicos.

Así en la Sentencia de Unificación 217 de 2017 se abordó el concepto de afectación directa para señalar que *“es un elemento esencial del derecho fundamental a la consulta previa, tal como fue previsto en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT. Hace parte de una posición de derecho fundamental, en los términos descritos en párrafos anteriores. Es un concepto de relevancia constitucional, y su interpretación debe hacerse de manera sistemática con el conjunto de mandatos superiores que establecen el conjunto de derechos de los pueblos indígenas.”* Por lo cual se refiere a las medida que *“impacten a los pueblos indígenas desde un punto de vista cultural; del respeto por las diferencias, la eliminación de la discriminación y el fomento por la autonomía y auto determinación de los pueblos. Por ello, su adecuada aplicación exige un acercamiento a la cultura diversa concernida y, especialmente, una disposición a la construcción de un diálogo inter cultural, esto es, en condiciones de igualdad y respetuoso de las diferencias, incluso las radicales.”*

En esta sentencia también se precisó que *“el adjetivo ‘directa’, a su turno, sirve especialmente para distinguir el ámbito de aplicación de la consulta, de aquellas medidas que afectan por igual a toda la población. Directa implica, primero, el hecho de ser susceptible de tocar el modo de vida indígena (o de las demás comunidades étnicas) y, de otra, la necesidad de una revisión sobre la posible incidencia diferencial. Así las cosas, la afectación directa es un concepto que se define en torno a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, o a la identificación de medidas que impactan su modo de vida, bien sea de forma exclusiva, bien de forma diferencial al resto de la población. Por ello, además, la expresión no lleva por sí sola una carga semántica negativa (afectación no implica daño); sino una carga semántica de asociación o relación entre la medida y la vida en comunidad del pueblo*

⁴⁸ Artículo 6°, literal a) del Convenio 169 de la OIT.

⁴⁹ Sobre el significado del criterio de afectación directa que activa la obligatoriedad de la consulta, la Sentencia T-745 de 2010 señaló que *“dicho concepto no es concretado de manera manifiesta en el texto del Convenio pero, para el efecto se debe acudir al artículo 7° del mismo, que reconoce la magnitud de la posibilidad de que las comunidades establezcan sus prioridades en cuanto al modelo de desarrollo económico, social y cultural que les interesa. Por tal motivo, un plan o programa envuelto en la idea occidental de desarrollo podría contrariar la perspectiva de vida de una comunidad no dominante. Cabe recordar aquí que, sin embargo, el Convenio introdujo ciertas hipótesis ante las cuales se hace ineludible la consulta, entre otras, la explotación y exploración de minerales u otros recursos naturales encontrados en sus tierras del mismo modo que el traslado de las comunidades de su lugar de asentamiento a uno extraño. Así pues, la idea de afectación directa se relaciona con la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias”*. M.P. Humberto Sierra.

concernido. 143. Esta expresión, por supuesto, es amplia e indeterminada, lo que puede ocasionar distintas disputas interpretativas.”

Recientemente, en la Sentencia de Unificación 123 de 2018, la Corte subrayó que existe afectación directa cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales⁵⁰; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica⁵¹; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento⁵² y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio⁵³. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (i) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (iii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (iv) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.

Finalmente, en el referido fallo también se señaló que si ésta es directa debe haber consulta previa y si no hay acuerdo la administración puede implementar la medida con razonabilidad y proporcionalidad; puede ser intensa, si amenaza la subsistencia de la comunidad y por tanto requiere el consentimiento previo, libre e informado, y ante el desacuerdo prevalece la protección de las comunidades; y que si no la hay, la participación debe corresponder a un estándar básico.

5. Las diferentes facetas del derecho a la participación de las comunidades étnicas son proporcionales al nivel de afectación. Reiteración de jurisprudencia

5.1 La consulta previa como manifestación del derecho a la participación según la jurisprudencia constitucional se presenta en diferentes niveles. No en todos los casos en los que se reconoce la obligación de consulta, esta implica el mismo nivel de participación de las comunidades étnicas frente a los proyectos que afectan su entorno.

En este sentido, la citada sentencia T-376 de 2012 señaló que desde la perspectiva del principio de proporcionalidad *“la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho: (i) la simple participación asociada a la intervención de las comunidades en los organismos decisorios de carácter nacional, así como la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esta medida (norma, programa, proyecto, plan o*

⁵⁰ Sentencia T-1045A de 2010, T-256 de 2015 y SU-133 de 2017

⁵¹ Sentencia T-733 de 2017

⁵² Sentencia T-1045A de 2010

⁵³ Sentencia T-256 de 2015

política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.”

5.2 De lo anterior se desprende no solo cierto contenido del derecho a la participación de las comunidades étnicas, sino también, la diversidad en los niveles de afectación. Uno directo y uno indirecto. Cuando se presenta un nivel de *afectación indirecta* la obligación de consulta se limita a la primera faceta del derecho a la participación, es decir, aquella que está asociada a la participación de las comunidades étnicas en organismos decisorios de carácter nacional o la incidencia de sus organizaciones en cualquier escenario de interés. En cambio cuando se logra identificar una *afectación directa* la obligación de consulta varía dependiendo de la intensidad de afectación.

Cuando el nivel de afectación es *intenso* el deber de participación no se agota en la consulta. Al tratarse de cambios sociales y económicos muy profundos que configuren un nivel de afectación grave, la decisión de las comunidades debe ser vinculante y en este sentido, la simple consulta no es suficiente, sino que se requiere el consentimiento expreso, libre e informado. Por otra parte, cuando el grado de afectación es *menor*, o cuando la actividad a realizar redunde en beneficio de la comunidad, y además se encuentran razones constitucionalmente relevantes para limitar el derecho a la consulta previa, es posible que los deberes a cargo del Estado sean de menor intensidad.

5.3 Por esta razón, la Corte Constitucional ha enmarcado este debate dentro del marco los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Al respecto en la citada sentencia SU-383 de 2003 la Sala explicó que para comprender el alcance del derecho a la consulta previa, este debía entenderse como reflejo de un equilibrio entre los principios entre el interés general y el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas.

Sin embargo hay casos en los que la Corte no obstante haber identificado la existencia de una afectación directa se ha abstenido de calificar el grado de tal afectación. En la sentencia T-698 de 2011 la Sala consideró que la construcción de una estación de comunicaciones podría afectar claramente el derecho a la salud, al medio ambiente y a la cosmovisión de la comunidad, y ordenó la realización de la consulta previa pero decidió no entrar a calificar el grado de afectación posible, al considerar que esa cuestión era un asunto que debía ser definido por las comunidades en el proceso de consulta.

En otros casos la Corte ha encontrado afectación directa frente a la costumbre y usos tradicionales, pero debido a la existencia de intereses constitucionales en conflicto, ha modulado el grado de la participación requerida. Este es el caso de la también ya citada sentencia T-005 de 2016, en donde la Corte encontró probada la afectación directa a las costumbres ancestrales de comunidades étnicas, por la construcción de un batallón en un territorio ancestral, y sin embargo ordenó como consulta la construcción de un dialogo concertado y continuo encaminado a modificar las características del proyecto, sin considerar

la necesidad del consentimiento previo, y sin ordenar la suspensión de las operaciones del batallón.

5.4 En síntesis, el derecho a la participación que se concreta en la consulta previa se define proporcionalmente respecto de los niveles de afectación de una medida sobre el entorno de una comunidad étnica. Cuando la afectación es muy grave, la consulta debería tener un alcance vinculante para el desarrollo de la medida por parte de la administración, so pena de estar sujeta a control judicial de constitucionalidad. Una afectación de menor grado, o la existencia de importantes intereses constitucionales contrapuestos, puede conllevar un deber menos intenso de participación.

Para la determinación del nivel de afectación directa en leve o grave de una medida y su respectivo deber de consulta a comunidades étnicas, el juez constitucional deberá enmarcarse dentro de los principios de proporcionalidad y razonabilidad y, en lo posible, deberá permitir que el grado de afectación sea determinado por las mismas comunidades en el proceso de consulta.

6. La función ecológica de la propiedad en el Estado Social de Derecho. Reiteración de jurisprudencia

6.1 La Constitución Política de 1991, en el artículo 58, al recoger el criterio funcionalista de la propiedad⁵⁴, la reconoce como un derecho económico que apunta primordialmente a garantizar la participación del propietario en la organización y desarrollo de un sistema económico-social, mediante el cual se pretende lograr el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, que se traducen en servir a la comunidad, promover la prosperidad general, estimular el desarrollo económico y lograr la defensa del medio ambiente (C.P. arts. 2, 8, 58, 79 y 80).

El concepto de propiedad no ha sido una idea estática e inamovible. Esa noción clásica de la propiedad, que se inscribe en una concepción individualista, progresivamente fue cediendo a las exigencias de justicia social y de desarrollo económico sostenible, que le imprimieron una importante variación en su concepción, pues pasó de ser considerada como un derecho absoluto para convertirse en un derecho relativo, susceptible de limitación o restricción, en aras de hacer efectivos los intereses públicos o sociales que priman en la sociedad⁵⁵.

En este orden de ideas, la propiedad privada ha sido reconocida por esta Corporación como un derecho subjetivo al que le son inherentes unas funciones sociales y ecológicas, dirigidas a asegurar el cumplimiento de varios deberes constitucionales, entre los cuales, se destacan la protección del medio

⁵⁴ Sentencia C-595 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁵ Así se sostuvo en sentencia T-245 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), en los siguientes términos: “En el derecho moderno, se reconoce a la propiedad como un derecho relativo y no absoluto, como resultado de la evolución de principios de orden filosófico y político que han influido en el proceso de su consolidación jurídica, los cuales han contribuido a limitar en buena medida los atributos o poderes exorbitantes reconocidos a los propietarios”.

ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos y la promoción de la justicia, la equidad y el interés general como manifestaciones fundamentales del Estado Social de Derecho (C.P. arts 1º y 95, num, 1 y 8)⁵⁶. De manera que el mismo ordenamiento jurídico a la vez que se encuentra comprometido con el respeto a su núcleo esencial, debe adoptar medidas que permitan asegurar el logro de las citadas funciones, lo que conduce -en últimas- a consolidar los derechos del propietario con las necesidades de la colectividad, debidamente fundamentadas en el Texto Superior.

De acuerdo con lo expuesto y teniendo como fundamento la Constitución Política de 1991, es claro que puede definirse a la propiedad privada como el derecho real que se tiene sobre una cosa corporal o incorporeal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias.

Por lo que respecta a la función ecológica de la propiedad, puede afirmarse que su consagración constitucional constituye una novedosa respuesta del Constituyente a la problemática planteada por la explotación y uso indiscriminado de los bienes y derechos particulares en contra de la preservación del medio ambiente sano, considerado como un derecho y bien colectivo en cuya protección debe estar comprometida la sociedad entera (C.P. arts. 79 y 80).

En este contexto, como lo ha reconocido esta Corporación, con la introducción de la citada función ecológica se ha incorporado una concepción del ambiente como límite para el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, propiciando lo que este Tribunal ha denominado como “*ecologización de la propiedad*”.⁵⁷

En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha distinguido con el nombre de “*Constitución Ecológica*”, conformada por el “conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección”⁵⁸.

⁵⁶ Véase, sentencia T-427 de 1998.M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁷ Al respecto, en sentencia C-126 de 1998⁵⁷, la Corte señaló: “Es la idea de la función social de la propiedad, que implica una importante reconceptualización de esta categoría del derecho privado, ya que posibilita que el ordenamiento jurídico imponga mayores restricciones y cargas a la propiedad, al decir de Duguit, como la propiedad reposa en la utilidad social, entonces no puede existir sino en la medida de esa utilidad social. Ahora bien, en la época actual, se ha producido una “ecologización” de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios”. (Subrayado por fuera del texto original).

⁵⁸ Véase, sentencias T-411 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-519 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-046 de 1999 (M.P. Hernando Herrera Vergara), C-596 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-431 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

En efecto, a partir de una lectura sistemática y armónica de las normas que orientan la concepción ecologista de la Constitución Política, particularmente de los artículos 2°, 8°, 49, 58, 63, 67, 79, 80, 95-8, 277-4, 289, 300-2, 313-9, 317, 331, 333, 334 y 366, es posible sostener que el Constituyente de 1991 tuvo una especial preocupación por la defensa y conservación del ambiente y la protección de los bienes y riquezas ecológicas y naturales necesarios para un desarrollo sostenible. Por lo que, hoy en día, el ambiente sano no sólo es considerado como un asunto de interés general, sino primordialmente como un derecho de rango constitucional del que son titulares todas las personas en cuanto representan una colectividad⁵⁹.

En esta medida, la Constitución Política dispone que la protección del ambiente y de los recursos naturales es un asunto que corresponde en primer lugar al Estado, señalando además que los particulares son responsables del cumplimiento de los deberes relacionados con la conservación del mismo (C.P. art. 95-8). Así, por ejemplo, en la sentencia C-430 de 2000⁶⁰, la Corte reconoció el conjunto de atribuciones y deberes concurrentes que en materia de protección al ambiente le asisten al Estado y a los particulares, en los términos que a continuación se exponen:

“[Por una parte] se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas -quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-; por la otra, se impone el Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera”.

Cabe destacar que los derechos y las obligaciones ecológicas definidas por la Constitución Política giran, como lo reconoce el artículo 80 Superior⁶¹, en torno al concepto de *desarrollo sostenible*, el cual, en palabras de esta Corporación, pretende, “superar una perspectiva puramente conservacionista en la protección del medio ambiente, al intentar armonizar el derecho al desarrollo -indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas- con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente”⁶².

⁵⁹ Sentencia T-466 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶⁰ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶¹ Dispone la norma en cita: “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. // Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. // Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situaciones en las zonas fronterizas”.

⁶² Sentencia C-058 de 1994. (M.P. Alejandro Martínez Caballero). En idéntico sentido, en sentencia C-519 de 1994, esta Corporación sostuvo que: “El concepto de desarrollo sostenible, esto es, la necesidad de compatibilizar, articular y equilibrar el desarrollo humano

Para lograr precisamente el desarrollo sostenible se ha admitido por la jurisprudencia de esta Corporación⁶³, que a partir de la función ecológica que establece la Constitución Política en el artículo 58, se puedan imponer por el legislador límites o condiciones que restrinjan el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, siempre y cuando dichas restricciones sean razonables y proporcionadas de modo que no afecten el núcleo esencial del citado derecho.

Uno de los límites que se han reconocido en el ordenamiento jurídico a través de los cuales el legislador restringe las libertades individuales de las personas, entre ellas, el derecho a la propiedad privada, en aras de lograr la conservación o preservación del medio ambiente, lo constituyen las reservas de recursos naturales renovables, previstas en el artículo 47 del Código Nacional de Recursos Naturales.⁶⁴

Dentro del concepto general del régimen de reservas, una de sus principales manifestaciones es el Sistema de Parques Nacionales Naturales, que debido a su importancia ecológica, es considerado por el Constituyente de 1991 en el artículo 63 como un bien del Estado, frente al cual se predicen los atributos de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad propios de los bienes de uso público⁶⁵. Mediante el Sistema de Parques Nacionales Naturales, tal y como lo reconoce la doctrina⁶⁶, se delimitan áreas que por los valores de conservación de sus ecosistemas, o por sus condiciones especiales de flora y fauna, representan un aporte significativo para la investigación, educación, recreación, cultura, recuperación o control, no sólo de nuestro país sino en general del patrimonio común de la humanidad.⁶⁷

con el entorno ecológico, de forma tal que las necesidades de la generación presente no comprometa la capacidad de la generación futura para satisfacer sus propias necesidades, apareció por primera vez en el informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1987, también conocido como el informe "Nuestro Futuro Común". En dicho documento se señaló: "La satisfacción de las necesidades y aspiraciones humanas es el principal objetivo del desarrollo. En los países en desarrollo no se satisfacen las necesidades esenciales -alimento, ropa, abrigo, trabajo- de gran número de personas, que tienen además legítimas aspiraciones a una mejor calidad de vida. Un mundo en que la pobreza y la desigualdad son endémicas estará siempre propenso a crisis ecológicas o de otra índole. El desarrollo duradero requiere la satisfacción de las necesidades básicas de todos y extiende a todos la oportunidad de satisfacer sus aspiraciones a una vida mejor (...) El crecimiento y el desarrollo económicos implican evidentemente cambios en los ecosistemas físicos. No todo ecosistema se puede conservar intacto en todo lugar. Un bosque se puede agotar en una parte de la vertiente y prosperar en otra parte, cosa que no es censurable si se ha planeado la explotación y se han tenido en cuenta sus efectos sobre las tasas de erosión del suelo, régimen del agua y las pérdidas genéticas. En general, los recursos renovables como los bosques y los bancos de peces no se agotan necesariamente si la explotación se mantiene dentro de los límites que establecen la regeneración y el crecimiento natural. Pero la mayoría de los recursos renovables forman parte de un sistema complejo e interconectado, y es preciso definir el máximo rendimiento durable después de haber considerado los efectos que la explotación tendrá sobre el conjunto del sistema (...). En suma, el desarrollo duradero es un proceso de cambio en el cual la explotación de los recursos, la orientación de la evolución tecnológica y la modificación de las instituciones están acordes y acrecientan el potencial actual y futuro para satisfacer las necesidades y aspiraciones humanas".

⁶³ Véase, sentencias C-126 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-1172 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁴ Al respecto, dispone la citada norma: "Sin perjuicio de derechos legítimamente adquiridos por terceros o de las normas especiales de este Código, podrá declararse reservada una porción determinada o la totalidad de recursos naturales renovables de una región o zona cuando sea necesario para organizar o facilitar la prestación de un servicio público, adelantar programas de restauración, conservación o preservación de esos recursos y del ambiente, o cuando el Estado resuelva explotarlos".

⁶⁵ Al respecto, en sentencia C-649 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), esta Corporación manifestó: "Debe precisar la Corte, en primer término, cuál es el alcance de la regulación contenida en el artículo 63 de la Constitución. Con este propósito observa que esta norma distingue entre: bienes de uso público; parques naturales; tierras comunales de grupos étnicos; tierras de resguardo; patrimonio arqueológico de la Nación, así como otros bienes determinados por el legislador, que tienen la calidad de inalienables, imprescriptibles e inembargables. // Se equivoca el demandante, cuando asimila los bienes de uso público a que alude el artículo 674 del Código Civil, con los demás bienes que menciona la referida disposición constitucional, es decir, tanto los allí determinados, como otros que la ley pueda afectar con las limitaciones antes mencionadas".

⁶⁶ Véase, VALENCIA ZEA. Arturo. Derecho Civil. Derechos Reales. Décima Edición. Tomo II. Temis. Bogotá. 2001.

⁶⁷ En estos términos, se define el mencionado sistema en el artículo 327 del Código Nacional de Recursos Naturales, como: "el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional que, en beneficio de los habitantes de la Nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las categorías que adelante se enumeran".

Como lo ha reconocido esta Corporación, el Sistema de Parques Nacionales Naturales se convierte en un límite al ejercicio del derecho a la propiedad privada, en cuanto a que las áreas que se reservan y declaran para tal fin, no sólo comprenden terrenos de propiedad estatal, sino de propiedad particular⁶⁸. En estos casos, los propietarios de los inmuebles afectados por dicho gravamen, deben allanarse por completo al cumplimiento de las finalidades del sistema de parques⁶⁹ y a las actividades permitidas en dichas áreas de acuerdo al tipo de protección ecológica que se pretenda realizar. Así, por ejemplo, al declararse un parque como “*santuario de flora*” solamente se pueden llevar a cabo actividades de conservación, recuperación, control, investigación y educación⁷⁰.

Lo anterior no implica que los bienes de carácter privado cambien o muten de naturaleza jurídica, por ejemplo, en cuanto a los legítimos dueños de los terrenos sometidos a reserva ambiental, sino que, por el contrario, al formar parte de un área de mayor extensión que se reconoce como bien del Estado, se someten a las limitaciones, cargas y gravámenes que se derivan de dicho reconocimiento, lo que se traduce, en tratándose de los parques naturales, en la imposibilidad de disponer dichos inmuebles por fuera de las restricciones que surgen de su incorporación al citado sistema.

En este orden de ideas, es claro que mediante la incorporación de terrenos de propiedad privada al Sistema de Parques Nacionales Naturales se puede limitar el ejercicio de las atribuciones que surgen del derecho a la propiedad privada, estableciendo restricciones o gravámenes que condicionan el uso, la explotación y disponibilidad de los inmuebles que lo integran. En todo caso,

⁶⁸ Véase, sentencia C-649 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶⁹ Dispone, al respecto, el artículo 328 del Decreto 2811 de 1974: “**Artículo 328.** Las finalidades principales del sistema de parques nacionales son: **a)** Conservar con valores sobresalientes de fauna y flora y paisajes o reliquias históricas, culturales o arqueológicas, para darles un régimen especial de manejo fundado en una planeación integral con principios ecológicos, para que permanezcan sin deterioro; **b)** La de perpetuar en estado natural muestras de comunidades bióticas, regiones fisiográficas, unidades biogeográficas, recursos genéticos y especies silvestres amenazadas de extinción, y para: **1.** Proveer puntos de referencia ambientales para investigaciones científicas, estudios generales y educación ambiental. **2.** Mantener la diversidad biológica. **3.** Asegurar la estabilidad ecológica, y **c)** La de proteger ejemplares de fenómenos naturales culturales, históricos y otros de interés internacional, para contribuir a la preservación del patrimonio común de la humanidad.”

⁷⁰ Sobre la materia, señalan los artículos 329, 331 y 332 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables: “**Artículo 329.** El sistema de parques nacionales tendrá los siguientes tipos de áreas: **a) Parque Nacional:** área de extensión que permita su autorregulación ecológica y cuyos ecosistemas en general no han sido alterados sustancialmente por la explotación u ocupación humana, y donde las especies vegetales de animales, complejos geomorfológicos y manifestaciones históricas o culturales tiene valor científico, educativo, estético y recreativo nacional y para su protección se somete a un régimen adecuado de manejo; **b) Reserva natural:** área en la cual existen condiciones primitivas de flora, fauna y gea, y está destinada a la conservación, investigación y estudio de sus riquezas naturales; **c) Área natural única:** área que, por poseer condiciones especiales de flora o gea, es escenario natural raro; **d) Santuario de flora:** área dedicada a preservar especies o comunidades vegetales para conservar recursos genéticos de la flora nacional; **e) Santuario de fauna:** área dedicada a preservar especies o comunidades de animales silvestres, para conservar recursos genéticos de la fauna nacional, y **f) Vía parque:** faja de terreno con carretera, que posee bellezas panorámicas singulares o valores naturales o culturales, conservada para fines de educación y esparcimiento”. “**Artículo 331.** Las actividades permitidas en el sistema de parques nacionales son las siguientes: **a)** En los parques nacionales, las de conservación, de recuperación y control, investigación, educación, recreación y de cultura; **b)** En las reservas naturales las de conservación, investigación y educación; **c)** En las áreas naturales únicas las de conservación, investigación y educación; **d)** En los santuarios de flora y fauna, las de conservación, de recuperación y control, de investigación y educación, y **e)** En las vías parques las de conservación, educación, cultura y recreación”. “**Artículo 332.** Las actividades permitidas en las áreas de sistemas de parques nacionales deberán realizarse de acuerdo con las siguientes definiciones: **a) De conservación:** son las actividades que contribuyen al mantenimiento en su estado propio los recursos naturales renovables y al de las bellezas panorámicas y fomentan el equilibrio biológico de los ecosistemas; **b) De investigación:** son las actividades que conducen al conocimiento del ecosistema y de aspectos arqueológicos y culturales, para aplicarlo al manejo y uso de los valores naturales e históricos del país; **c) De educación:** son las actividades permitidas para enseñar lo relativo al manejo, utilización y conservación de valores existentes y las dirigidas a promover el conocimiento de las riquezas naturales e históricas del país y de la necesidad de conservarlas; **d) De recreación:** son las actividades de esparcimiento permitidas a los visitantes de áreas del sistema de parques nacionales; **e) De cultura:** son las actividades tendientes a promover el conocimiento de valores propios de una región, y **f) De recuperación y control:** son las actividades, estudios e investigaciones, para la restauración total o parcial de un ecosistema o para acumulación de elementos o materia que lo condicionan”.

si bien dichas restricciones se ajustan a los pilares de la Constitución Ecológica, y por lo mismo, a la función que en materia de protección al medio ambiente establece la Carta Fundamental frente al desarrollo del mencionado derecho a la propiedad privada (C.P. art. 58), las mismas deben ser razonadas y proporcionales de modo que no afecten el núcleo esencial del citado derecho.

6.2 De otro lado, la función ecológica de la propiedad también recae sobre la propiedad colectiva, utilizada por las comunidades étnicas para la preservación de sus prácticas ancestrales e incluso sobre aquellas relacionadas con su subsistencia, es decir, territorios en los que sus integrantes se dedican a la caza, siembra y recolección conforme a sus usos y costumbres. Lo anterior, toda vez que se encuentra comprometido no solo el derecho al medio ambiente sino también a la soberanía alimentaria.

En ese sentido, el artículo 25 del Decreto 2164 de 1995⁷¹, compilado por el Decreto Único Reglamentario 1071 de 2015⁷², hace referencia a las obligaciones constitucionales legales de los resguardos indígenas, indicando que quedan sujetos al cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, conforme a los usos, costumbres y cultura de la comunidad.

Así mismo, con arreglo a dichos usos, costumbres y cultura, quedan sometidos a todas las disposiciones sobre protección y preservación de los recursos naturales renovables y del ambiente.

7. Caso concreto

En el caso bajo examen es importante precisar que la titularidad del predio denominado Aguatibia 2 y la servidumbre de tránsito constituida a su favor, que grava al territorio que actualmente hace parte del resguardo de Kokonuko, no están en discusión. Así entonces, lo que se analizará en la presente acción será la pretensión relacionada con la realización de un proceso de consulta, por un lado, en torno a (i) la construcción de un puente sobre el río Calera que comunica la servidumbre con el predio Aguatibia 2, de propiedad particular y, por otro, (ii) frente a la explotación comercial del mismo inmueble, para lo cual se hace necesario revisar de forma integral las condiciones actuales de operación de la concesión de aguas superficiales (1995 y 2012); la inscripción como establecimiento de comercio dedicado a actividades de parque de atracciones y otras asociadas (2013), y la concesión para prestación de servicios turísticos en parque (2013), a nombre del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, que funciona en el predio Aguatibia 2.

Así entonces, la Sala pasará a analizar el asunto sometido a revisión.

⁷¹ Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

⁷² Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural.

(i) En primer lugar, es necesario hacer claridad sobre algunos puntos relacionados con la **propiedad del predio denominado Aguatibia 2**, así:

En la Escritura Pública No. 1559 de 1990, de la Notaría Segunda de Popayán, a través de la cual se liquida la comunidad de Virginia Angulo de Pacheco, Margarita María Angulo de Jordán, Carlos Manuel Angulo Rojas e Ignacio Angulo Rojas, y se hace la división material del lote de terreno denominado “Calaguala” (ya dividido en otros tres lotes, “Aguatibia”, “Pininsigo” y “El Trebol”), ubicado en el corregimiento de Coconuno, municipio de Puracé – Cauca, en la cláusula tercera, al hacer la división y asignación de los nuevos lotes, el que correspondió al señor Angulo Rojas, demandado en la presente acción, denominado “Aguatibia”, fue alinderado como a continuación se señala *“y finalmente con terrenos del señor Moisés Legarda Berna, hasta encontrar el cerco de alambre que viene del Noroccidente y que sirve de lindero con terrenos del Sr. Luis Alberto Valencia; de este punto se cruza a la izquierda en dirección Noroccidente y lindando con terrenos del Sr. Valencia se sigue por cerco de alambre hasta llegar al Río Calera; luego se sigue por este río, aguas arriba, lindando con predios de Amina Valencia de Arco, Margarita Valencia de Guzmán y Jairo Antonio Valencia, pasando un puente que permite el paso de la carretera PATICO-COCONUCO-PALETARA, hasta encontrar un cerco de alambre que sale por la derecha del curso del río, aguas arriba, en dirección Suroccidente; (...)”* y en la cuarta cláusula se indica *“que las adjudicaciones de los lotes determinados como aparecen en la cláusula anterior, comprende las de las edificaciones que en ella (sic) se encuentran y las de las servidumbres de tránsito que permiten el acceso.”*(Énfasis agregado)

Posteriormente, a través de Escritura Pública No. 4933 del 24 de octubre de 1994, también de la Notaría Segunda de Popayán, se dividió el predio “Aguatibia” en dos lotes, “Aguatibia 1” y “Aguatibia 2”. Este segundo predio alinderado en uno de los costados así *“finalmente con terrenos del señor Moisés Legarda Berna, hasta encontrar el cerco de alambre que viene del Noroccidente y que sirve de lindero con terrenos del Sr. Luis Alberto Valencia; de este punto se cruza a la izquierda en dirección Noroccidente y lindando con terrenos del Sr. Valencia se sigue por cerco de alambre hasta llegar al Río Calera; luego se sigue por este río, aguas arriba, lindando con predios de Amina Valencia de Arco, Margarita Valencia de Guzmán y Jairo Antonio Valencia, pasando un puente que permite el paso de la carretera PATICO-COCONUCO-PALETARA, hasta encontrar un cerco de alambre que sale por la derecha del curso del río, aguas arriba, en dirección Suroccidente; (...)”* (Énfasis agregado)

Así entonces, de acuerdo con el Certificado de Tradición expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán, del 4 de septiembre de 2018, el predio Aguatibia 2 se encuentra registrado con el número de matrícula inmobiliaria No.120-96016, adquirido por el señor Diego Angulo Rojas, a través de Escritura Pública No. 4933 del 24 de octubre de 1994.

Aunado a lo anterior, cabe resaltar que en la Resolución 041 del 10 de abril de 2003, por medio de la cual el anterior INCORA amplió el Resguardo de Kokonuko, en el párrafo 1ero. del artículo 1ero., se indica que *“se dejan a salvo los derechos de terceros adquiridos con justo título que pudieren quedar incluidos dentro de la delimitación en la ampliación del Resguardo de Kokonuko.”*

(ii) En segundo lugar, frente a la ***modificación de la servidumbre de tránsito***, es decir, la construcción de un puente de concreto sobre el río Calera, que para los accionantes ha facilitado el acceso de vehículos y, por ende, mayor número de visitantes al Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, ubicado en el inmueble denominado Aguatibia 2, y que genera afectaciones al ambiente, ya que la llegada de gran volumen de personas ajenas al territorio deteriora los recursos naturales y produce contaminación; a la paz en el territorio, por los constantes enfrentamientos con la Fuerza Pública, en ejercicio de su labor como comunidad de “liberar a la madre tierra”; y a su cultura, por la restricción de acceso a uno de sus sitios sagrados, el nacimiento de agua llamado “Salado Colorado”, ubicado dentro del predio referido; se tiene que según el relato del señor Diego Angulo Rojas y escritos que datan del 10 de septiembre de 1981⁷³, ésta existía tiempo atrás y pasaba por el que entonces era el predio de la señora Clelia de Valencia, ahora parte del resguardo indígena. En los referidos documentos se solicitó ampliar a 4.50 metros dicha servidumbre, con el fin de permitir el ingreso de vehículos, petición ante la cual la entonces propietaria accedió.

El señor Diego Angulo Rojas indicó que al tratarse de un derecho adquirido con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169 de 1989 de la OIT, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991, no se hacía necesario consultar a la comunidad indígena del Resguardo de Kokonuko para constituir y ampliar la servidumbre en mención.

Además, el señor Angulo Rojas hizo referencia a un documento suscrito el 3 de junio de 2005, entre él y el representante del Resguardo Indígena de Kokonuko, el entonces Gobernador Jaime Nuñez, donde se hace referencia a que *“el cabildo y la comunidad indígena de Kokonuko, respetaran y harán respetar en lo sucesivo la servidumbre activa de tránsito vehicular de un ancho de 8 metros de acceso al predio Agua Tibia No. 2 y a las termas existentes en el citado predio, servidumbre que se ubica desde la carretera central que conduce de Kokonuko hacia Paletará hasta el Río calera (sic), servidumbre que se reconoce y se otorga al propietario del predio Agua Tibia No. 2 por parte del Cabildo y la comunidad indígena de kokonuko.”*⁷⁴

Para corroborar la existencia de la servidumbre y el estado de la misma, se comisionó al Juez Primero Civil del Circuito de Popayán, quien llevó a cabo

⁷³ Obrantes a folios 191 anverso y 194 del cuaderno de revisión.

⁷⁴ Folios 177 y 178 del cuaderno 1.

una inspección judicial al predio Aguatibia 2, el 17 de septiembre de 2018, dentro de la cual verificó que *“para ingresar a dicha propiedad [predio Aguatibia 2], a través de una servidumbre carretable, con material de afirmado para tránsito vehicular, de una longitud aproximada de 50 metros desde la indicada vía principal de acceso hasta la construcción de un puente, de un ancho aproximado de 4,60 metros, servidumbre que grava el predio del Cabildo Indígena Kokonuko, y de la que se beneficia el predio AGUTIBIA 2 (sic). A continuación de la servidumbre se verificó la existencia de un puente sobre el río Calera, construido según las indicaciones del accionado DIEGO ANGULO ROJAS, que fue reconstruido por el Ingeniero Hernando Alfonso Valencia, en el año 2008, en concreto hidráulico y acero de refuerzo, de vigas y lozas corrugado grado 60, fc concreto=21 Mpa, características estas que fueron constatadas por el director de la diligencia en el sentido de que se trata de un puente construido en ferrocemento, con sus respectivas zapatas, con barandas en madera, de una extensión de 9,20 metros de largo, por 4,60 metros de ancho, al final del cual existe una portada en madera con pilastras en ladrillo, que da acceso al referido balneario. El puente en la actualidad se encuentra en perfecto estado de conservación, mantenimiento y funcionamiento.”*

En la referida diligencia además se recibieron tres testimonios de miembros de la comunidad indígena demandante, que en síntesis dan cuenta de que en principio la servidumbre de tránsito era peatonal y sobre el río Calera únicamente había “un palo”, que permitía el acceso de los indígenas al predio en cuestión y que posteriormente se modificó, en el sentido de que se construyó un puente de madera sobre el río y se restringió el acceso a los indígenas al inmueble Aguatibia 2, por lo que no pudieron continuar con la realización de los rituales que, de acuerdo con su cosmovisión, son esenciales para mantener su cultura y su modo de vida.

En esos términos, es claro para la Sala, que:

a) Desde 1981 ya había ingreso de vehículos al predio Aguatibia 2, en virtud del acuerdo alcanzado entre el señor Angulo Rojas y la entonces propietaria del predio gravado con la servidumbre, señora Clelia de Valencia, quien accedió a que se efectuara la ampliación de la misma a 4.50 metros, con el fin específico de facilitar el ingreso de vehículos, ocho años antes de la entrada en vigencia del Convenio 169 de 1989.

Por otra parte, no se puede eludir el contenido del acuerdo entre el Gobernador Indígena, Jaime Núñez, y el demandado, efectuado el 3 de junio de 2005, pues si bien el representante legal del Resguardo Indígena de Kokonuko está facultado para realizar las actividades que le atribuyen las leyes, los usos, las costumbres y el reglamento interno de la comunidad⁷⁵ y en ningún momento puede disponer del territorio del resguardo, ya que la misma Constitución

⁷⁵ Artículo 3º, Ley 89 de 1890.

señala que éste es inalienable, imprescriptible e inembargable,⁷⁶ lo cierto es que el acuerdo se materializó a favor de la comunidad indígena demandante, pues en virtud del mismo, el señor Angulo Rojas, actuando de buena fe, cedió 30 hectáreas de su predio, a cambio de que se respectara la servidumbre de acceso al mismo y se le permitiera ejercer la posesión pacífica, por lo que no es dable que ahora los accionantes, que se beneficiaron del acuerdo, aleguen su falta de validez.

A lo anterior se suma que, en el expediente no obran pruebas razonables del impacto ambiental negativo que alegan los accionantes, resultado del ingreso de vehículos al predio en cuestión y, por ende, tampoco de la afectación directa.

Así mismo, la generación de conflictos entre las partes de la presente actuación y la Fuerza Pública, que según el cabildo demandante alteran la armonía y equilibrio en el territorio, tiene su origen en la perturbación al uso y goce del derecho a la propiedad del accionado y esto trae, como consecuencia, la intervención de las autoridades.

b) No obstante, en torno al impedimento de acceder a uno de los sitios sagrados para la comunidad indígena representada por el Cabildo de Kokonuko, el nacimiento de agua “Salado Colorado”, que se ubica dentro del predio Aguatibia 2, parte del territorio ancestral de la comunidad accionante,⁷⁷ la Sala considera que, en efecto, los testimonios recibidos en la diligencia judicial, realizada por el Juez Primero Civil del Circuito de Popayán, dan cuenta de que allí se llevaban a cabo rituales de armonización, sanación y equilibrio, propios de la cultura y cosmovisión indígenas de la comunidad demandante. Sin embargo, no hay en el expediente elementos de prueba suficientes y contundentes, adicionales a los testimonios de la parte accionante, que permitan concluir sin lugar a dudas, que fue a partir de la construcción del puente de madera, en 1981, momento en el cual también se colocó una puerta frente a la propiedad del señor Angulo Rojas, que se hizo efectivo el impedimento para que los integrantes de la comunidad indígena accedieran a realizar sus prácticas culturales.

Al efecto, la señora Nelly Sauca Avirama, indagada acerca de lo que constituye el sitio sagrado dijo *“el rollo de agua que nace allí, que en nuestra creencia creemos que viene desde el volcán Puracé y el ojo de agua, ‘salao colorado’ es el agua medicinal que teníamos nosotros y que tenían nuestros mayores para curarnos nuestras enfermedades(...) por el lado de atrás, unos metros más alla (sic) de Aguatibia, recogieron el agua, para traerlo hacia*

⁷⁶ Artículo 63. “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.” (Énfasis agregado)

⁷⁷ Teniendo en cuenta la jurisprudencia de esta corporación que ha sostenido que el territorio de las comunidades étnicas no solo comprende las áreas tituladas, habitadas y explotadas por ellas, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, que facilitan y fortalecen su relación espiritual y material con la tierra y contribuyen a la preservación de las costumbres pasadas y su trasmisión a las nuevas generaciones, es decir, su patrimonio cultura.

acá, hacia el sitio de agua tibia, por eso nuestros sitios sagrados están invadidos (...). Además, refirió que “si se tenía acceso al predio Agua Tibia, era a pie, no tengo muy claro por donde era el acceso pero uno podía acceder por cualquier lado, se vino hacer (sic) camino cuando la gente empezó a venir a (sic) sitio, gente de afuera, pero como sitio sangrado (sic), la comunidad podía ir anteriormente allá (sic), a hacerse sus rituales o a bañarse. Ahora ya no se puede ingresar (...)”

El señor Manuel Antonio Calambás, en su declaración, hizo referencia a que “allí había una servidumbre pero era peatonal, para pasar los comuneros para hacer rituales en el sitio de agua tibia que es un sitio sagrado de la comunidad para hacer rituales, el que en este momento no lo podemos utilizar porque a partir de la elaboración del puente de madera, el señor Diego Angulo ya nos comenzó a cobrar la entrada y nos prohibió que ya ningún comunero podíamos estas (sic) allá (sic) porque eso era propiedad de él; los rituales que se hacían eran la purificación del cuerpo con los médicos tradicionales, rituales de las semilla (sic) ancestrales (sic), que es bendecir las semillas que se van a sembrar, y bañarnos para tener la salud del cuerpo, porque desde nuestra ‘cosmogonía’ es una herencia que dejó nuestro padre que es el volcán Puracé (...) el daño más grande que le hizo la (sic) comunidad fue no permitir que la comunidad entrara allá, tanto agua tibia, como en al (sic) nacimiento agua colorada, porque allá, en el salado colorado, nos llevaban nuestros padres y médicos tradicionales a curanos (sic) herida o granos que nos salieran, todo eso no lo pudimos volver a hacer, por impedir la entrada de la comunidad (...)”

El señor Carlos Dario Tote Yace mencionó en su testimonio que “es ahí donde encontramos el ‘salado Colorado’, que sirve para el equilibrio en salud de los seres humanos, concretamente de la comunidad, el agua tibia, que es natural, nace ahí, porque es por donde respira nuestro papá mayor que es el volcán Puracé, por eso es sitio sagrado, porque nadie puede interrumpir la cosmovisión pacífica de los espíritus (sic) mayores y naturales; por este motivo cuando se violenta un sitio sagrado para nosotros es un gran pecado y es ahí en el predio aguaticia, donde en este momento hay grandes desequilibrios, como son la tristeza, la soledad, lágrimas y sangre; por eso para nosotros es importante el saneamiento de nuestro resguardo.(...) hoy por motivos ya mencionados la comunidad, ni el cabildo, ni la guardia no puede ingresar, no se (sic) les es permitido (...) nuestros médicos tradicionales no pueden entrar a hacer el ejercicio del equilibrio, tampoco entran las autoridades, es decir el cabildo, a limpiar los bastones de autoridad; nuestra guardia indígena, tampoco les es permitido (...)”

Ahora bien, teniendo en cuenta la jurisprudencia de esta corporación, que ha sostenido que el territorio de las comunidades étnicas no solo comprende las áreas tituladas, habitadas y explotadas por ellas, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas,

que facilitan y fortalecen su relación espiritual y material con la tierra⁷⁸, autoridades como el anterior INCORA, cuando estructuró y amplió el Resguardo Indígena de Kokonuko⁷⁹ debió prever que al existir un predio privado en medio del mismo podrían presentarse problemas como el que se referencia y tomar medidas enfocadas hacia el respeto de la relación de la comunidad con el territorio, de acuerdo con su cultura y valores espirituales, salvaguardando su derecho a utilizar tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que han tenido tradicionalmente acceso para sus actividades de culto, como lo establecen los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de 1989⁸⁰. De igual forma, debieron proceder las autoridades encargadas de otorgar las concesiones de aguas y servicios turísticos en parque.

No obstante lo anterior, no se pudo establecer en el expediente desde hace cuánto tiempo se suspendieron los rituales de armonización, sanación y equilibrio en el lugar llamado “Salado Colorado”, como quiera que el predio Aguatibia 2 ha sido propiedad privada desde antes de 1981, cuando se construyó el puente de madera y la puerta de entrada. Bajo estas circunstancias la Sala encuentra que no puede atribuirse al señor Diego Angulo Rojas una conducta restrictiva de acceso al ya mencionado sitio sagrado, pues se desconoce cuándo tuvo su origen ésta práctica y, por otro lado, para los accionantes se ha generado una transformación cultural, desde hace un tiempo que no es posible determinar con grado de certeza, pero que por lo menos se ha extendido por 38 años⁸¹, que hace parte de los cambios inevitables que sufren los pueblos étnicos en su identidad, que en sí misma es dinámica, a raíz de su relacionamiento con la sociedad mayoritaria y con la normatividad ordinaria que la rige. Por lo tanto, la afectación actual que se produce a la comunidad accionante tiene una incidencia de menor entidad, es decir, indirecta.

En ese orden de ideas, la comunidad accionante deberá tener un espacio en el cual pueda ejercer su derecho a la participación y expresar sus puntos de vista en torno a la necesidad de realizar los rituales de armonización, sanación y equilibrio, de acuerdo con su cosmovisión, tal como lo dispone el literal b) del

⁷⁸ SU-123 de 2018.

⁷⁹ Mediante las resoluciones No. 02 del 10 de febrero de 1992 y No. 041 del 10 de abril de 2003.

⁸⁰ **Artículo 13.-1.** Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.// 2. La utilización del término *tierras* en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. **Artículo 14.-1.** Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.//2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.//3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

⁸¹ Teniendo en cuenta que en 1981 se construyó el puente de madera sobre el río Calera y la puerta de acceso al predio Aguatibia 2 por parte del señor Angulo Rojas.

artículo 6 del Convenio 169 de 1989⁸². Así entonces, tomando en cuenta que ante la Corporación Autónoma Regional del Cauca se adelanta un trámite para otorgar el permiso de vertimientos al Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, como se explicará más adelante, y que en el mismo se deben considerar además de los aspectos netamente ambientales, los de carácter sociocultural, ese será el escenario en el que las autoridades deberán facilitar un espacio de participación⁸³, para que la comunidad accionante pueda incidir, con el fin de que algunos de sus miembros accedan al sitio sagrado y lleven a cabo los rituales propios de su cultura. Pues permitir el acceso indiscriminado de los miembros del resguardo limitaría de forma desproporcionada el derecho al uso y goce de la propiedad privada del accionado, que el Estado también está obligado a proteger.

(iii) En tercer lugar, en cuanto concierne a las medidas administrativas relacionadas con la ***explotación comercial del inmueble denominado Aguatibia 2***, tales como: la concesión de aguas superficiales (1995 y 2012); la inscripción como establecimiento de comercio dedicado a actividades de parque de atracciones y otras asociadas (2013) y la concesión para prestación de servicios turísticos en parque (2013) a favor del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, la comunidad del Resguardo Indígena de Kokonuko explicó que el funcionamiento del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, ubicado en el predio Aguatibia 2, afecta directa y gravemente sus valores espirituales, cosmogónicos, étnicos, ambientales, así como la salud.

Lo anterior, teniendo en cuenta, en primer lugar, que en la publicidad que se hace al establecimiento, para atraer turistas, se emiten volantes con fotos de sus lugares sagrados y leyendas, que no corresponden a la realidad del pueblo Kokonuko; en segundo lugar, las condiciones de salud de la comunidad se afectan, pues el mencionado establecimiento no tiene manejo de aguas negras o residuales, como tampoco de las aguas utilizadas para baño, siendo reintegradas al río Calera, sin el debido tratamiento, situación que perjudica a las familias indígenas aguas abajo y, en general, a los habitantes del Resguardo de Kokonuko; y, en tercer lugar, no se permite el ingreso a sus médicos tradicionales a realizar rituales de armonización, sanación y equilibrio. Frente a este último aspecto la Sala no se pronunciará, tomando en cuenta que ya lo analizó en el aparte anterior.

⁸²**Artículo 6.-**1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.//2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

⁸³ Correspondiente a la primera fase, según lo señalado en la sentencia T-376 de 2012 (aparte 5), es decir, aquella que está asociada a la participación de las comunidades étnicas en organismos decisorios de carácter nacional o la incidencia de sus organizaciones en cualquier escenario de interés.

Según los elementos de prueba allegados al expediente, la Sala pudo establecer que a través de Resolución No. 2219 del 9 de mayo de 2012, la Corporación Autónoma Regional del Cauca otorgó concesión de aguas superficiales a nombre del señor Diego Angulo Rojas para uso pecuario y recreativo. La concesión se otorgó respecto del río Calera y los nacimientos naturales que están ubicados dentro del predio Aguatibia 2, en cantidad de 82 LPS, por diez años. Sin embargo, ya existía una concesión de aguas anterior, de la que da cuenta la Resolución No. 563 del 24 de octubre de 1995, que expiró en 2010.

Posteriormente, el 20 de marzo de 2013 el Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, fue inscrito en la Cámara de Comercio de Popayán para la realización de actividades de parques de atracciones, como actividad principal (actividad económica identificada con el No. 9321 en el RUES⁸⁴) y parques temáticos y actividades de zonas de camping y parques para vehículos recreacionales, como secundaria (actividad económica No. 5520 en el RUES). Y posteriormente, se sumaron otras actividades deportivas (9321) y cría de ganado bovino (0141).

El 19 de septiembre de 2013, el establecimiento fue inscrito en el Registro Nacional de Turismo, en la categoría “concesionario de servicios en parque.” El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, explicó que los requisitos para realizar tal inscripción están establecidos en el Decreto 229 de 2017⁸⁵, artículo 2.2.4.1.2.1.⁸⁶

Después del anterior recuento, de los argumentos de la demanda y de las medidas administrativas adoptadas frente a la explotación comercial del predio Aguatibia 2, la Sala considera necesario establecer, previamente al análisis, que la presunta afectación a la comunidad demandante no deviene del actuar de la administración, a través del otorgamiento de concesión de aguas

⁸⁴ Registro Único Empresarial y Social.

⁸⁵ Por el cual se establecen las condiciones y requisitos para la inscripción Registro Nacional de Turismo y se modifican en su integridad las secciones 1,2 y 3 del capítulo 1 del título 4 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1074 de 2015, Reglamentario del sector Comercio, Industria y Turismo.

⁸⁶ **ARTÍCULO 2.2.4.1.2.1. De los requisitos generales para la inscripción en el Registro Nacional de Turismo.** Para inscribirse en el Registro Nacional de Turismo los prestadores de servicios turísticos cumplirán los siguientes requisitos:

1. Estar inscritos previamente en el Registro Mercantil y en los demás registros exigidos por la ley.
2. Las actividades y/o funciones que el prestador de servicios turísticos pretende inscribir en el Registro Nacional de Turismo deberán corresponder a la actividad comercial y/o el objeto social del Registro Mercantil, El Registro Mercantil debe estar vigente a la fecha de solicitud de inscripción en el Registro Nacional de Turismo.
3. Diligenciar el formulario electrónico de inscripción en el Registro Nacional de Turismo, disponible para el efecto en los sitios web de las cámaras de comercio.
Las cajas de compensación familiar acreditarán la representación legal mediante certificación expedida por la Superintendencia del Subsido Familiar o la entidad que haga sus veces. Sin embargo, cuando sean propietarias de un establecimiento de comercio lo matricularán ante las cámaras de comercio, de conformidad con lo dispuesto en el Código de Comercio.
4. Diligenciar en el formulario electrónico la capacidad técnica, mediante la relación de los elementos electrónicos, magnéticos y mecánicos puestos al servicio de la empresa en la cual se presta el servicio.
5. Diligenciar en el formulario electrónico la capacidad operativa, mediante la descripción de la estructura orgánica y el número de empleados, con indicación del nivel de formación de cada uno de ellos.
6. Diligenciar en el formulario electrónico la información correspondiente al patrimonio neto, según la categoría de prestador, y adjuntar el Estado Financiero que conforme el marco normativo contable aplicable para el prestador de servicios turísticos (NIIF o Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados) que soporte el mencionado rubro.
El balance o estado de situación financiera aportado, deberá estar certificado por el prestador o su representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se haya preparado, conforme lo señalado por el Artículo 37 de la Ley 222 de 1995
7. Adherirse al código de conducta que promuevan políticas de prevención y eviten la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en su actividad turística, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1336 de 2009.
8. Diligenciar dentro del formulario el cumplimiento del artículo 5 de la Ley 1558 de 2012 y sus disposiciones reglamentarias.
Los guías de turismo quedan exceptuados de los requisitos exigidos en los numerales 1, 2, 4, 5 y, 6 de este artículo.

superficiales en los años 1995 y 2012; la inscripción como establecimiento de comercio dedicado a actividades de parque de atracciones y otras asociadas en el año 2013; y el otorgamiento de concesión para prestación de servicios turísticos en parque a favor del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia en el año 2013; sino de las condiciones de operación del establecimiento de comercio.

En ese orden de ideas, se revisarán los dos señalamientos efectuados por los demandantes:

a) El primer reparo que se hace es el relativo a la publicidad del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, por el supuesto uso engañoso de la cosmogonía del Pueblo Indígena Kokonuko en la página web www.termalesaguatibia.com, con el fin de atraer el turismo. Al ingresar al sitio web se pudo constatar que en el vínculo “Aguatibia”, “quienes somos”, se presenta el siguiente texto “(...) *cuenta la leyenda que en la región del sur occidente colombiano, de la que hace parte el Cauca, en noches estrelladas el Cacique caminaba con su corte hasta las fuentes de Aguatibia, en las barbas del Coconuco, para deleitarse en esos pozos, quebradas y riachuelos únicos, que le volvían el alma al cuerpo haciéndolo sentir más señor, más Cacique, más vivo...*” (Énfasis agregado).

Como puede verse la alusión a los elementos cosmogónicos de los accionantes es mínima, y de ella no es posible para la Sala establecer una afectación directa palpable a la comunidad étnica demandante. Por otra parte, las fotografías que en el sitio web se presentan corresponden al predio Aguatibia 2, propiedad del señor Diego Angulo Rojas, entonces tampoco se advierte la vulneración de derechos que se alega.

b) En cuanto a las afecciones de salud, derivadas del vertimiento de aguas residuales emanadas del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia directamente al río Calera, que atraviesa el territorio colectivo y, por ello, utilizado por las familias Kokonuko para la alimentación y labores agrícolas, de la diligencia de inspección judicial al predio Aguatibia 2, en torno al manejo de las aguas negras o residuales se puede extraer que “*en el lado nororiental del predio, y concretamente con la conlindancia (sic) con el río Calera, se verificó la existencia de una tubería en pvc, de 6 pulgadas de diámetro, por donde desaguan las aguas servidas o residuales de las instalaciones del referido balneario, que desemboca a las orillas del río Calera. En el momento no se constató el desague (sic) de las mismas. (...) CONSTANCIAS: (...) SEGUNDA: Que igualmente se verificó la existencia de un desague (sic) a través de una tubería de PVC, de un diámetro de 14 pulgadas, que vierte en el mismo río Calera, las aguas de un lago artificial construido en el predio AGUATIBIA 2, al cual caen a su vez las aguas de las piscina (sic) termales que existen en el balneario.*”

La Alcaldía del Municipio de Puracé (Cauca), en escrito del 15 de noviembre

de 2018, explicó que *“las aguas residuales provenientes de los servicios sanitarios y la cocina se depositan en un pozo séptico excavado en tierra, localizado al interior del centro turístico. Las aguas residuales provenientes de las duchas y los desagües de las piscinas se depositan en el río adyacente a este predio, sin tratamiento alguno. Al considerarse como predio localizado en el sector rural (de acuerdo al Esquema de Ordenamiento Territorial-EOT), la disposición de las aguas residuales debe de implementarse con sistemas de tratamiento in situ. Tales sistemas se encuentran debidamente normalizados en el reglamento técnico del sector de agua potable y saneamiento básico RAS y normas complementarias.”*

Por su parte, la Defensoría del Pueblo, que acompañó la inspección judicial llevada a cabo al predio Aguatibia 2, explicó en su concepto que *“se evidenció que en el interior del predio agua tibia No. 2, donde se ubica el establecimiento comercial mencionado, no existe una planta de tratamiento de aguas negras o residuales PTAR, dichas aguas negras o residuales desembocan de manera directa en el río Calera, que atraviesan (sic) esta propiedad, así como el territorio colectivo del resguardo indígena de Kokonuko, a través de múltiples predios colectivos donde se ubican viviendas y familias pertenecientes al Resguardo indígena Kokonuko. (...)”*

Además, en el expediente relacionado con la concesión de aguas superficiales de uso público que se tramitó ante la Corporación Autónoma Regional del Cauca, en el informe técnico de la visita llevada a cabo el 25 de octubre de 2011, sobre el lugar y forma de restitución de sobrantes, se señala que *“el sobrante de las aguas de los nacimientos se depositan en lagos y por conducción en tierra los sobrantes son devueltos a la quebrada La Calera”*; así mismo, frente a la disposición de las aguas residuales en el formato se consignó que *“se realiza a través (sic) de un tratamiento primario mediante la utilización de pozo séptico (sic)”*. Posteriormente, en el mismo expediente en el programa de administración del recurso hídrico de la concesión de aguas superficiales, en la justificación se advierte que *“a su vez y en consonancia con el artículo 24 del decreto 3930 de 2010 quedan prohibidos los vertimientos en los cuerpos de agua destinados para la recreación, en este caso en los cuatro nacimientos identificados y en el sector aguas arriba de la quebrada La Calera a su paso por el predio Aguatibia No. 2; reiterando que el señor Diego Angulo Rojas deberá tramitar en la CRC el respectivo permiso de vertimientos para los sistemas de recolección y tratamiento de los residuos líquidos generados en la actividad turística y de recreación que se lleva a cabo en el predio.”* Además, en el aparte recientemente señalado se indicaron las obligaciones respecto del uso y la preservación ambiental, entre los que están *“1.mantener inalterable el área de bosque que protege los nacimientos//2. Utilizar solo la cantidad de agua adjudicada//3. Adelantar programas de reforestación sobre las franjas protectoras de la quebrada la Calera (...)”*, entre otros.

Así entonces, no cabe duda de la falta de un sistema de tratamiento para las aguas residuales provenientes del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, pues éstas son arrojadas directamente al río Calera, que atraviesa el territorio colectivo y aunque en el presente trámite no se demostró la existencia de un impacto negativo en la calidad de las fuentes de agua de consumo humano de la comunidad demandante, así como tampoco respecto de sus animales y cultivos, derivado directamente de los vertimientos referidos, sí es claro para la Sala que los mismos no se encuentran autorizados por la autoridad ambiental y no hay elementos de prueba que den cuenta de que el demandado haya cumplido con las obligaciones adquiridas en virtud de las concesiones otorgadas, por lo cual las actuales condiciones de operación del establecimiento de comercio configuran un nivel de afectación indirecta para los demandantes.⁸⁷ Sin embargo, el accionado informó que radicó en la Corporación Autónoma Regional del Cauca los planos del proyecto hidrosanitario⁸⁸ y según el Boletín Oficial de esa corporación⁸⁹ la solicitud presentada por el señor Angulo Rojas, para tramitar permiso de vertimientos para el predio Aguatibia 2, fue admitida.⁹⁰

En suma, la Sala encuentra que al presentarse un nivel de afectación indirecta la obligación de garantizar el derecho a la participación de la comunidad indígena, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, se enmarca en la primera de las facetas identificadas en la sentencia T-376 de 2012, es decir, aquella asociada a la incidencia en cualquier escenario de interés, a través de sus autoridades propias, por lo cual en el trámite que se adelanta ante la Corporación Autónoma Regional del Cauca, respecto del permiso de vertimientos, antes mencionado, deberá garantizarse la participación de la comunidad indígena representada por el cabildo demandante, favoreciendo un espacio de diálogo entre las partes, a efectos de que se corrijan las irregularidades existentes en torno al vertimiento de las aguas residuales en el río Calera y se llegue a una decisión equilibrada, que garantice los derechos de los actores, como los del demandado.

(iv) Asuntos sin relevancia constitucional

En cuanto tiene que ver con el pago del impuesto de industria y comercio, se advirtió por parte de la Alcaldía Municipal de Puracé, que el señor Diego Angulo Rojas, como representante legal del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, se encuentra al día en el pago del mismo. Por demás, que dicho asunto no tiene ninguna relevancia constitucional sobre la cual deba pronunciarse este Tribunal.

(v) Solicitud de aclaración de FONTUR

⁸⁷ Al efecto, se pueden consultar las sentencias T-376 de 2012 y T-300 de 2017.

⁸⁸ Según la CRC el 4 de septiembre de 2018.

⁸⁹ Ver página www.crc.gov.co.

⁹⁰ De acuerdo con lo dispuesto en las Leyes 99 de 1993 y 1437 de 2011.

Solicitó se aclare el auto del 28 de agosto de 2018, a través del cual se decretaron algunas pruebas dentro del asunto bajo examen, en atención a que en la referencia del asunto se menciona a dicha entidad como demandada dentro del presente trámite y, de acuerdo con la información que reposa en sus archivos, no se ha presentado acción de tutela alguna en la que tenga dicha calidad. Los términos de la petición son los siguientes “*me permito solicitar (...) se aclare el Auto del 28 de agosto de 2018 en el sentido de desligar al FONDO NACIONAL DE TURISMO-FONTUR de la Accit-6.728.1681, por cuanto éste no fue vinculado a la mencionada acción.*”

No obstante, dentro del expediente se tiene que a folio 228 del cuaderno No. 1, reposa constancia de que el auto admisorio de la demanda de tutela le fue notificado al correo electrónico contactenos@fontur.com.co, el 17 de noviembre de 2017, a las 3:43 p.m.

Por lo cual no se accederá a la solicitud de aclaración de la mencionada providencia de pruebas.

(vi) Solicitudes elevadas por el Cabildo Indígena del Resguardo de Kokonuko y el apoderado del señor Diego Angulo Rojas

El 11 y 26 de enero y el 20 de junio de 2019 se presentaron solicitudes a esta corporación por parte de los accionantes, con el fin de que se realice una audiencia pública y una inspección ocular al lugar de los hechos materia de controversia, para aportar mayores elementos de prueba dentro del presente trámite.

Sin embargo, la Sala considera que los documentos y material probatorio presentados con la acción de tutela, los allegados al proceso en el trámite de la primera y segunda instancia y los recaudados en sede de revisión, dentro de los que se encuentra una inspección judicial realizada por el Juez Primero Civil del Circuito de Popayán, son suficientes para ilustrar la problemática sometida a examen y conducen al juez constitucional a la adopción de una decisión ajustada a la realidad y necesidades de las partes involucradas. Por lo anterior, no se accederá a decretar nuevos medios de prueba.

Por otro lado, no se advierte en el expediente una situación que haya conllevado un desplazamiento forzado de los accionantes o que los ponga en riesgo de tal flagelo, motivo por el cual tampoco se dará traslado del mismo a la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, por demás que su Presidenta hace parte de esta Sala de Revisión.

El abogado Carlos Jorge Collazos Alarcón, apoderado del demandado, presentó un escrito el 5 de julio de 2019, a través del cual solicita se declare improcedente la presente acción de tutela, por no cumplir con el requisito de inmediatez y por cuanto su naturaleza no es la de proteger derechos colectivos y, de forma subsidiaria, pide se declare que el requisito de la consulta se agotó,

como quiera que el entonces Gobernador del Cabildo Indígena de Kokonuko firmó un documento en 2005 y de esta manera la comunidad manifestó su voluntad; que la operación del establecimiento de comercio es conforme a derecho y, en consecuencia, no se modifique la sentencia de tutela que negó el amparo solicitado por los accionantes. Sin embargo, las peticiones del demandado corresponden a lo expuesto por él al contestar la demanda, argumentos que ya fueron objeto de análisis en los numerales anteriores.

8. Medidas a adoptar

8.1 Por lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión procederá a revocar parcialmente la sentencia proferida el 15 de marzo de 2018 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, que confirmó a su vez la sentencia emitida el 28 de noviembre de 2017 por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual negó la acción de tutela presentada por el Cabildo Indígena de Kokonuko contra el Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa; Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Cámara de Comercio del Cauca; Fondo Nacional del Turismo-FONTUR; Municipio de Puracé-Cauca; Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA; Agencia Nacional de Tierras; Corporación Autónoma Regional del Cauca y el señor Diego Angulo Rojas. En su lugar, se concederá la tutela y amparará el derecho fundamental a la participación de la comunidad representada por el Cabildo del Resguardo Indígena de Kokonuko, en los siguientes términos:

Dentro del trámite que se surte ante la Corporación Autónoma Regional del Cauca, para otorgar el permiso de vertimientos al Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, se deberán tener en cuenta además de los aspectos ambientales, los de orden sociocultural y, en ese sentido, facilitar un espacio de participación a los accionantes frente a: (i) La posibilidad de que algunos de los miembros de la comunidad actora accedan al sitio sagrado “Salado Colorado” y lleven a cabo los rituales propios de su cultura, garantizando también los derechos al uso y goce de la propiedad privada del señor Angulo Rojas; y (ii) que se corrijan las irregularidades existentes frente a las condiciones de operación del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, puntualmente en cuanto tiene que ver con los vertimientos de aguas residuales que se realizan directamente al río Calera.

Lo anterior, teniendo en cuenta lo establecido en el literal b) del artículo 6 del Convenio 169 de 1989, pues las comunidades con diversas formas de pensamiento deben encontrar caminos de participación democrática en el marco del equilibrio y el bienestar social.

Y, en segundo lugar, se negará la pretensión relacionada con el amparo al derecho a la consulta, pero por las consideraciones efectuadas en esta providencia.

8.2 Se hará un llamado a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y a Parques Nacionales de Colombia, para que realicen seguimiento a las obligaciones derivadas de las concesiones de aguas de uso privado (Resolución No. 2219 de 2012) y de la prestación de servicios turísticos en parque, a cargo del señor Diego Angulo Rojas y del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, respectivamente, como quiera que, según los medios de prueba allegados al expediente, han cesado las restricciones para acceder al inmueble.

8.3 Se solicitará el acompañamiento del Ministerio del Interior, como entidad encargada de garantizar el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas, a través de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, que a su vez, entre sus objetivos contempla la promoción de la participación de estos grupos, a través de las autoridades que los representan, y de la Defensoría del Pueblo, con el fin de que, dentro de sus competencias constitucionales y legales, ejerza vigilancia, apoye y acompañe el cumplimiento de esta providencia.

8.4 Finalmente, al Ministerio del Interior y a la Defensoría del Pueblo se les solicitará remitir al Tribunal Administrativo del Cauca, juez de primera instancia, un informe al finalizar el proceso de participación, en el que se dé cuenta de las actividades desplegadas según lo resuelto en la presente sentencia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada mediante auto de fecha 28 de agosto de 2018 y prorrogado a través de auto del 13 de diciembre del mismo año.

Segundo.-REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 15 de marzo de 2018 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, que confirmó la sentencia emitida el 28 de noviembre de 2017 por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual negó la acción de tutela presentada por el Cabildo Indígena de Kokonuko contra el Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa; Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Cámara de Comercio del Cauca; Fondo Nacional del Turismo-FONTUR; Municipio de Puracé-Cauca; Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA; Agencia Nacional de Tierras; Corporación Autónoma Regional del Cauca y el señor Diego Angulo Rojas. En consecuencia, **CONCEDER** la tutela y amparar el derecho fundamental a

la participación de la comunidad representada por el Cabildo del Resguardo Indígena de Kokonuko; y **NEGAR** la pretensión consistente en la tutela al derecho a la consulta de la comunidad representada por el Cabildo del Resguardo Indígena de Kokonuko, en los términos establecidos en esta providencia.

Tercero.- DISPONER que dentro del trámite que se surte ante la Corporación Autónoma Regional del Cauca, para otorgar el permiso de vertimientos al Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia se tenga en cuenta además de los aspectos ambientales, los de orden sociocultural y, en ese sentido, se facilite un espacio de participación a los accionantes frente a: (i) La posibilidad de que algunos de los miembros de la comunidad actora accedan al sitio sagrado denominado “Salado Colorado” y lleven a cabo los rituales propios de su cultura, garantizando también los derechos al uso y goce de la propiedad privada del señor Angulo Rojas; y (ii) que se corrijan las irregularidades existentes frente a las condiciones de operación del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, puntualmente en cuanto tiene que ver con los vertimientos de aguas residuales que se realizan directamente al río Calera.

Cuarto.- EXHORTAR, por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y a Parques Nacionales de Colombia, a realizar seguimiento al cumplimiento de las obligaciones derivadas de las concesiones de aguas de uso privado (Resolución No. 2219 de 2012) y de la prestación de servicios turísticos en parque, del 19 de septiembre de 2013, a favor del señor Diego Angulo Rojas y del Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, respectivamente.

Quinto.- SOLICITAR, por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, el acompañamiento del Ministerio del Interior, como entidad encargada de garantizar el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas, a través de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, que a su vez, entre sus objetivos, contempla la promoción de la participación de estos grupos, a través de las autoridades que los representan, y de la Defensoría del Pueblo, con el fin de que, dentro de sus competencias constitucionales y legales, ejerza vigilancia, apoye y acompañe el cumplimiento de esta providencia.

Sexto.- SOLICITAR, por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, al Ministerio del Interior y a la Defensoría del Pueblo, remitir al Tribunal Administrativo del Cauca, juez de primera instancia, un informe al finalizar el proceso de participación, en el que se dé cuenta de las actividades desplegadas según lo resuelto en la presente sentencia.

Séptimo.- No acceder a las peticiones elevadas por FONTUR y el Cabildo del Resguardo Indígena de Kokonuko, relacionadas en el aparte 7(v)-(vi), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Octavo.- LÍBRESE, por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada
Con salvamento parcial de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

EXPEDIENTE T-6.728.168**CUADERNO 1**

ACCION DE TUTELA	FECHA INTERPOSICIÓN	DOCUMENTOS ANEXOS	FOLIOS	OBSERVACIONES
1-95 FOLIOS + 1 cd (dañado)	10 de noviembre de 2017	Título colonial desde 1736	96-134	No se pudo establecer donde empieza y dónde termina el título-Ilegible
		Escritura pública No. 394 de 1912	96-1342	No se pudo establecer donde empieza y dónde termina la escritura-Ilegible
		Escritura pública No. 538 de 1937	96-134	No se pudo establecer donde empieza y dónde termina la escritura-Ilegible
		Resolución No. 02 del 10 de febrero de 1992	135-150	
		Resolución No. 041 del 10 de abril de 2003	151-168	
		Certificado de instrumentos públicos de Popayán bajo la matrícula inmobiliaria 120-96016 y código catastral 19585000100030101000	167-172	
		Certificado del RNT Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia	173	
		Publicidad realizada para atraer turistas	174 Y 175	
		Certificado de la Cámara del Comercio del Cauca	176	
		Documento firmado el 3 de junio de 2005	177-180	
		Declaración extra-juicio del señor Jaime Nuñez, exgobernador	181 y 182	
Reglamento Intercultural de uso suscrito entre el Resguardo Indígena de	183-194			

		Kokonuko –Invias y Ministerio del Interior		
		Resolución No. 383 del 22 de mayo de 2013 del Ministerio del Interior	195-197	
		OTROS DOCUMENTOS ANEXADOS POR EL DESPACHO DE PRIMERA INSTANCIA		
		Sentencia de primera instancia dentro de la tutela interpuesta por Diego Angulo Rojas (Acá demandado) y otros en contra del Ministerio del Interior, el Ejército Nacional y otros	201-207	
		Sentencia de segunda instancias dentro de tutela interpuesta por Diego Angulo Rojas (Acá demandado) y otros en contra del Ministerio del Interior, el Ejército Nacional y otros	208-217	
AUTO ADMISORIO 218-223	16 de noviembre de 2017			
CUADERNO 2				
CONTESTACIONES A LA DEMANDA	FECHA	DOCUMENTOS ANEXOS	FOLIOS	OBSERVACIONES
Ministerio de Defensa Nacional 232-233	20 de noviembre de 2017			
ANLA 271-291	21 de noviembre de 2017	Poder para representar a la entidad	280	
		Resolución sin número nombramiento	281	
		Acta de posesión No. 042 del 15 de mayo de 2017	282	
		Resolución de nombramiento 00071 del 16 de enero de 2017	283	
		Acta de posesión No. 04 del 16 de enero de 2017	284	
		Resolución No. 00966 del 15 de agosto de 2017, por la cual se delegan y asigna unas funciones	285-291	
Ministerio del Interior 294-298/518-520	20 de noviembre de 2017	Copia		
	24 noviembre de 2017	Original		

Ministerio de Comercio, industria y turismo 300-309	20 de noviembre de 2017	Resolución No. 1549 del 11 de mayo de 2015, por la cual se delegan algunas funciones	303 y 304	
		Resolución 907 del 20 de marzo de 2015, por la cual se hace un nombramiento	305	
		Certificación de desempeño de un cargo	306	
		Certificado de la Cámara de Comercio del Cauca a nombre de Diego Angulo Rojas	307	
		RUES-Registro mercantil de Termales Agua Tibia	308 y 309	
Corporación Autónoma Regional del Cauca- CRC 341-349	21 de noviembre de 2017	Memorial poder	344	
		Constancia designación y posesión del representante legal	345	
		Resolución No. 2219 del 9 de mayo de 2012, por medio de la cual se otorga una concesión de aguas de usos público a favor de Diego Angulo Rojas	346-349	
Agencia Nacional de Tierras 486-490	22 de noviembre de 2017	Contestación frente a la demanda de tutela		
Municipio de Puracé 491-502	22 de noviembre de 2017	Acta de posesión del Alcalde Municipal	501 y 502	
Cámara de Comercio del Cauca 503-507	22 de noviembre de 2017	Certificación de representación legal	507	
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo 508-517	24 de noviembre de 2017	Resolución No. 1549 del 11 de mayo de 2015, a través de la cual se delegan unas funciones	510 y 511	
		Acta de posesión 1039 del 27 de marzo de 2015	512	
		Resolución 907 del 20 de marzo de 2015, por la cual se hace un nombramiento	513	
		Certificación de jefatura oficina asesora jurídica	514	
		Certificado, registro mercantil del señor Diego Angulo Rojas	515-517	

Diego Angulo Rojas 362-439	21 de noviembre de 2017	Memorial poder	373 y 374	
		Certificado de la Cámara de Comercio	375	
		Certificado de libertad y tradición del predio Aguatibia No. 2	376-380	
		Resolución 14 del 6 de diciembre de 2007, por la cual el municipio de Puracé autoriza un desenglobe	381-383	
		Escritura pública 802 del 7 de diciembre de 2007, otorgada ante la Notaria Única de Timbio-Cauca, en la cual se le cede al Incoder la porción de tierra pretendida por el Resguardo de Kokonuko para cumplir los compromisos adquiridos en documento de 2005.	384-391	
		Acta por medio de la cual el Incoder hace entrega de la porción de terreno antes referida al Resguardo Indígena de Kokonuko.	392-395	
		Escritura pública 1882 del 9 de noviembre de 1981 otorgada ante la Notaria Primera de Popayán	396-398	
		Resolución 087 del 17 de diciembre de 1981, declara desvirtuada una presunción de donación	399 y 400	
		Edicto 062 del 18 de diciembre de 1981, notificación personal	401-403	
Escritura pública No. 36 del 15 de enero de 1958 otorgada ante el Notario Primero de Popayán	404-406			

		Escritura pública 1559 del 31 de mayo de 1990 otorgada ante la Notaría Segunda de Popayán	407-412	
		Escritura pública 1306 del 10 de agosto de 1961 otorgada ante la Notaría Primera de Popayán	414-439	
		Sentencia del 19 de mayo de 1961 proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Popayán- Juicio de sucesión de Carlos Manuel Angulo Arboleda.	Se reporta en el escrito de contestación, pero no aparece en el expediente	
ENTIDADES QUE COADYUVAN LA ACCION DE TUTELA	FECHA	DOCUMENTOS ANEXOS	FOLIOS	OBSERVACIONES
ONIC 236-271	20 de noviembre de 2017			
Consejo Regional Indígena del Cauca-CRIC 350-361	21 de noviembre de 2017	Resolución No. 025 del 8 de julio de 1999, por la cual se resuelve un recurso de reposición, ordenando la inscripción del CRIC como autoridad indígena	360	
		Constancia del Ministerio del Interior de la Consejería Mayor del CRIC 2017-2019	361	
Asociación de Cabildos Genaro Sánchez 440-484 + 1 Cd	21 de noviembre de 2017	Resolución No. 0120 del 1 de julio de 2017, por la cual se inscribe a la junta directiva de la Asociación de Cabildos Genaro Sánchez-Zona Centro en el Registro de Asociaciones de Cabildo y Autoridades Indígenas	451-453	
		Certificación No. 1774 del 27 de octubre de 2014 , sobre presencia o no de comunidades étnicas en las zonas de proyectos, obras o actividades a realizarse	454-458	
		Oficio STSP-4569 del 4 de julio de 2017, dirigido al Gobernador del Resguardo Kokonuko, notificándole el fallo dictado por el Tribunal Superior del	459	

		Distrito Judicial de Popayán- Sala Civil-Familia en la acción de tutela cuyo accionante fue el Resguardo Puracé y otros contra el Ministerio del Interior		
		Fallo dictado el 30 de junio de 2017, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán- Sala Civil-Familia, en la acción de tutela cuyo accionante fue el Resguardo Puracé y otros contra el Ministerio del Interior	460-473	
		Acuerdos adicionales en el marco de la minga y social por la defensa del territorio y la vida	474-476	
		Acta operativa de los acuerdos adicionales de la minga indígena nacional realizada en octubre de 2013 con respecto al tema de Agua Tibia del Resguardo Kokonuko	477-484	
ESCRITO DEL RESGUARDO INDÍGENA KOKONUKO 315-340	21 de noviembre de 2017	Escritura pública 1.559 del 31 de mayo de 1990, división material de una lote 120-0016326 y 120-0016327	319-324	
		Escritura pública 802, del 7 de diciembre de 2007, compraventa	325-332	
		Escritura pública 4.933 del 24 de octubre de 1994, cancelación de hipoteca, cancelación material e hipoteca	333-340	
CUADERNO 3				
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA	FECHA	PROBLEMAS JURÍDICOS ABORDADOS	PRINCIPALES ARGUMENTOS	DECISIONES
Tribunal Administrativo del Cauca 525-545	28 de noviembre de 2017	(i) Impacto y afectación que la explotación económica del predio “Aguatibia 2” tiene sobre la comunidad indígena. No se hizo consulta previa	Al efecto, tuvo en cuenta, en primer lugar, frente a la <i>procedencia</i> de la acción de tutela, que ésta es el mecanismo adecuado para proteger el derecho a la consulta previa de las	Negó el amparo solicitado

		<p>(ii) Construcción de servidumbre de tránsito al predio “Aguatibia 2” no se hizo consulta previa, pese a que se encuentra en territorio del Resguardo.</p> <p>(iii) Construcción de un puente utilizado para el ingreso al predio “Aguatibia 2” no se hizo consulta previa, pese a que se encuentra en territorio del Resguardo.</p> <p>(iv) Manejo de aguas negras o residuales; utilización de cosmogonía y de usos y costumbres e historias de la comunidad para hacer publicidad al establecimiento; exención en el pago del impuesto de industria y comercio del predio “Aguatibia 2”. ESTOS PROBLEMAS NO SE ABORDARON, al considerarse que pueden resolverse a través de una acción popular, una acción civil y una queja ante autoridad competente, respectivamente.</p>	<p>comunidades étnicamente diferenciadas, pues medios de control como la nulidad y la nulidad y restablecimiento del derecho no ofrecen una solución clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional por su vulnerabilidad. Además, precisó que pese a que el proyecto ya se haya iniciado procede la presente acción, precisamente para impedir que continúe la posible vulneración de los derechos de la comunidad.</p> <p>Por otro lado, se indicó que el paso del tiempo, por prolongado que sea, no elimina la razonabilidad de la presentación de la tutela en relación con los derechos de las comunidades étnicas, si la vulneración o amenaza de los derechos se mantiene o se agrava con el transcurso del tiempo, o recae sobre derechos imprescriptibles y las comunidades étnicas fueron diligentes para solicitar la protección de sus derechos.</p> <p>Por lo anterior y en el caso concreto, consideró que la tutela es procedente teniendo en cuenta que la explotación del predio denominado Aguatibia 2 continúa llevándose a cabo y la utilización de la servidumbre y el puente de acceso al predio siguen siendo utilizados, tanto por el</p>	
--	--	---	---	--

			<p>propietario del inmueble en cuestión, como por los turistas que toman los servicios que allí se ofrecen, explotación económica que ha permanecido en el tiempo.</p> <p>En torno al fondo del asunto se hicieron las siguientes consideraciones:</p> <p><i>(i) Propiedad predio Aguatibia 2</i></p> <p>Es claro que el inmueble donde funciona el establecimiento de comercio Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, es de naturaleza privada y pertenece al señor Angulo Rojas.</p> <p>El inmueble referido ha sido objeto de reclamación por parte de la comunidad indígena Kokonuko, según lo acreditado en el plenario, desde 2005 y que desde entonces se han llevado a cabo una serie de reuniones y acuerdos en las que ha mediado la voluntad tanto de las autoridades indígenas, del Gobierno Nacional, así como del señor Angulo Rojas, de llegar a una solución viable a la problemática ya referida.</p> <p>Un primer acuerdo fue suscrito el 3 de junio de 2005, en el cual el señor Angulo Rojas se comprometió a ofertar a la comunidad indígena 30 hectáreas de tierra en la parte sur del predio Aguatibia 2, reconociéndose</p>	
--	--	--	---	--

			<p>en el texto del documento la propiedad que aquel ejercía sobre el mismo, porción de tierra en la que se encontraban incluidas 7 hectáreas que en 2000, por decisión de la Fiscalía Local de Kokonuko, se le otorgaron a la comunidad indígena, con el compromiso de que respetaran el predio restante de Aguatibia 2 e hicieran cesar todo acto de perturbación, usurpación o daños que pudieran atentar contra los intereses económicos y físicos de su dueño.</p> <p>Sin embargo, el entonces Gobernador del Cabildo, quien firmó el acuerdo, manifestó en declaración extrajuicio que fue coaccionado para tal efecto.</p> <p>En todo caso, el juez de primera instancia tuvo en cuenta la voluntad de las partes en la suscripción del documento contentivo del acuerdo, a través del cual pretendían resolver sus diferencias. Por lo cual no dio crédito a la referida coacción, mucho menos teniendo en cuenta que también los ahora accionantes se beneficiaron del acuerdo.</p> <p><i>(ii) Explotación económica del inmueble Aguatibia 2</i></p> <p>En lo que respecta a la explotación económica del inmueble y el registro del establecimiento de comercio como concesionario de servicios turísticos</p>	
--	--	--	--	--

			<p>en parque, se tiene que dicha actividad se ejerce exclusivamente dentro del predio privado y no se acreditó que el funcionamiento del mismo implique una amenaza seria y visible para la convivencia pacífica, creencias, usos y costumbres o la subsistencia de la comunidad indígena.</p> <p>También explicó que, teniendo en cuenta que en 2013 y 2016 el Estado intervino para procurar una solución respecto del conflicto generado frente al predio Aguatibia 2, asumiendo a su vez unos compromisos que hasta la fecha no ha cumplido, se puede concluir que la presente acción, formulada muchos años después de la puesta en funcionamiento del establecimiento de comercio Centro de Turismo y Salud Termales Agua Tibia, e inclusive de su registro mercantil y como concesionario de servicios turísticos en parque, es un intento de la comunidad de forzar la venta del predio ya mencionado, pero que en los compromisos firmados se advierte de carácter voluntario por parte de su propietario, ahora demandado.</p> <p><i>(iii) Servidumbre de tránsito sin consulta previa</i></p> <p>La referida servidumbre fue autorizada por la entonces propietaria, Clelia de Valencia, en septiembre de</p>	
--	--	--	--	--

			<p>1981, antes de que la consulta previa se erigiera como un derecho fundamental, según el Convenio 169 de 1989 y antes de que los predios sirvientes pasaran a ser del resguardo. Además, que en el acuerdo de 2005 la comunidad indígena se comprometió a respetar y hacer respetar la servidumbre activa de tránsito vehicular y que, de acuerdo con las pruebas recaudadas, tampoco puede evidenciarse afectación de la convivencia o subsistencia del pueblo Kokonuko.</p> <p><i>(iv) Construcción de puente sobre río Calera</i></p> <p>Este puente se habría construido para poder hacer uso de la servidumbre y comunicar el predio Aguatibia 2 con la vía principal de acceso. La Sala observó que no se aportaron las debidas pruebas, ni siquiera de forma sumaria, que permitan evidenciar si hay algún tipo de afectación de la convivencia o supervivencia de la comunidad indígena.</p> <p><i>(v) Contaminación emanada por el funcionamiento del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia, al no contar con manejo de aguas negras o residuales; utilización de la cosmogonía y de los usos, costumbres e historias de la comunidad para hacer publicidad al referido</i></p>	
--	--	--	---	--

			<p><i>establecimiento y la exención del pago del impuesto de industria y comercio del predio Aguatibia 2</i></p> <p>No fueron objeto de análisis, en tanto pueden debatirse a través de otras vías judiciales, tales como la interposición de una acción popular para la salvaguarda del derecho colectivo al ambiente sano; la interposición de una acción civil que restrinja el uso del nombre de la comunidad indígena, de sus antecedentes, usos y costumbres, frente a la publicación de un establecimiento comercial; y a través de la formulación de queja ante la autoridad competente, que dé cuenta que el predio Aguatibia 2 no puede ser sujeto de exención alguna respecto del pago del impuesto de industria y comercio, según los acuerdos del ente territorial.</p>	
IMPUGNACIÓN	FECHA	ARGUMENTOS ESGRIMIDOS		
Cabildo indígena Kokonuko 556-610	4 de diciembre de 2017	<p>La parte actora impugnó la sentencia de tutela de primera instancia. Las razones de la inconformidad pueden sintetizarse así:</p> <p>- Se desconoció la noción de territorio que tienen las comunidades indígenas. Tal 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</p>		

		<p>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. Pues, 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.</p> <p>- Por ende, el predio Aguatibia 2 sí hace parte del territorio del resguardo Kokonuko, pues <i>“está ubicado en el corazón del territorio Kokonuko”</i>, de ahí que sea desacertado concluir que la actividad turística se ejerce exclusivamente en territorio privado. Ya que los ancestros de la comunidad Kokonuko realizaban rituales de armonización, sanación y equilibrio en el predio Aguatibia 2, prácticas que no pueden realizarse actualmente porque el señor Angulo Rojas prohíbe el ingreso de los miembros de la comunidad..</p> <p>- Se omitió valorar la copia simple del título colonial de 1736, la escritura pública No.394 de 1912, la escritura pública No.538 de 1937 y las</p>		
--	--	--	--	--

		<p>resoluciones de estructuración y ampliación No.02 del 10 de febrero de 1992 y No.041 del 10 de abril de 2003, que demuestran la ancestralidad del territorio.</p> <p>- Sólo hasta 2017, cuando el señor Angulo Rojas promovió acción de tutela para pedir el amparo del derecho a la propiedad y al trabajo, la comunidad Kokonuko tuvo conocimiento de que se había otorgado la concesión de servicios turísticos al predio Aguatibia 2.</p> <p>- Finalmente, teniendo en cuenta que la actividad turística ejercida en el predio Aguatibia 2 afecta a la comunidad Kokonuko, es necesario adelantar la consulta previa. Así también, para la utilización de la servidumbre y la construcción del puente vehicular que permite el acceso al predio del demandado.</p>		
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA	FECHA	PROBLEMAS JURÍDICOS ABORDADOS	PRINCIPALES ARGUMENTOS	DECISIONES
Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta 617-625	15 de marzo de 2018	<p>(i) Impacto y afectación que la explotación económica del predio “Aguatibia 2” tiene sobre la comunidad indígena. No se hizo consulta previa</p> <p>(ii) Construcción de servidumbre de tránsito al predio “Aguatibia 2” no se hizo consulta previa, pese a que se encuentra en territorio del Resguardo.</p>	<p><i>(i) Frente a las pruebas cuya valoración presuntamente se omitió</i></p> <p>La copia simple del título colonial de 1736, la escritura pública No394 de 1912 y la escritura pública No.538 de 1937 son ilegibles y, por tanto, no pueden constituir prueba idónea de que el predio Aguatibia 2 haya pertenecido o haya sido ocupado por la comunidad indígena Kokonuko.</p>	Confirmó la sentencia impugnada

			<p>Así mismo, las resoluciones de estructuración y ampliación No. 02 del 10 de febrero de 1992 y No. 041 del 10 de abril de 2003, tampoco dan cuenta de que el mencionado inmueble haya sido territorio ancestral de la comunidad Kokonuko. En ellas el antiguo 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 al predio Aguatibia 2, es más, se dejó a salvo los derechos de terceros adquiridos con justo título, que pudieran quedar incluidos dentro de la delimitación en la ampliación del Resguardo de kokonuko.</p> <p>Concluyó que no hay certeza de que el predio Aguatibia 2 fuera territorio ancestral de la comunidad Kokonuko y que desde 1990, fecha de la escritura pública No.1559, de la Notaría Segunda del Círculo de Popayán, el señor Angulo Rojas es el titular del derecho de dominio de tal predio.</p> <p><i>(ii) Validez del acuerdo suscrito entre el Gobernador Jaime Núñez y Diego Angulo Rojas el 3 de junio de 2005</i></p> <p>Se trató de un típico negocio jurídico en el que ambas partes de manera voluntaria aceptaron obligaciones contenidas en dicho documento. Si se</p>	
--	--	--	---	--

			<p>pretende restar eficacia a ese negocio jurídico por una presunta coacción, es necesario demostrar, ante autoridad judicial competente, la nulidad del negocio jurídico por vicio del consentimiento, lo que no se ha hecho aún. Y, teniendo en cuenta que el acuerdo se suscribió con un particular, el señor Angulo Rojas, la coacción consistente en amenazas de detención hacia los miembros de la comunidad del Resguardo Kokonuko, parece infundada.</p> <p>Por otra parte, la comunidad Kokonuko se comprometió a cesar todo acto de perturbación o usurpación contra el predio Aguatibia 2 y a evitar, que en el futuro, se produjeran hechos que atentaran contra los intereses económicos y físicos del señor Angulo Rojas; así como respetar la servidumbre vehicular existente y las aguas termales que recorren el predio mencionado. Es decir, desde 2005 la comunidad indígena Kokonuko sabía de la explotación económica del predio en cuestión, que demanda el aprovechamiento de aguas termales.</p> <p>Por consiguiente, la Sala no 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 indígena Kokonuko. Si la magnitud de la</p>	
--	--	--	--	--

			<p>afección fuera tal no habría pasado desapercibida y tolerada durante los años en que se ha explotado el bien denominado Aguatibia 2.</p> <p><i>(iii) Servidumbre de tránsito</i></p> <p>Esta fue reconocida desde 1990, según la cláusula 4ta. de la escritura pública No. 1559 de 1990, documento en el que se entregó la propiedad del predio al señor Angulo Rojas, es decir, antes de que se reconociera la consulta previa como derecho de las comunidades étnicas y antes de que los predios colindantes fueran otorgados al Resguardo Kokonuko.</p> <p><i>(iv) Síntesis</i></p> <p>Explicó que la destinación turística del predio Aguatibia 2 y la utilización de la servidumbre de tránsito no representan una afectación para la comunidad indígena Kokonuko, que deba ser objeto de concertación.</p>	
CUADERNO 4				
Sede Revisión				
AUTO SELECCIÓN 6-18	Sala de selección No. 5 21 de mayo de 2018			
CONSTANCIA 21	12 de junio de 2018	Que mediante Resolución 139 del 6 de abril de 2018, se concedió una comisión de servicios entre el 26 de mayo y el 10 de junio de 2018 al Magistrado Sustanciador		

AUTO DE PRUEBAS Y SUSPENSIÓN 22	28 de agosto de 2018			
AUTO DE REQUERIMIENTO 415	30 de octubre de 2018	Requerimiento efectuado a la Alcaldía del Municipio de Puracé (Cauca)		
AUTO MANTIENE SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS 422	13 de diciembre de 2018	Se reiteró a la Corporación Autónoma Regional del Cauca que debía remitir un informe sobre el seguimiento que se hace de la concesión de aguas de uso público otorgada al señor Diego Angulo Rojas a través de la Resolución No. 2219 del 9 de mayo de 2012, incluido el manejo de las aguas residuales que emanan del Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia, de acuerdo con la regulación sobre conservación, preservación y uso y manejo del medio ambiente.		
PRUEBAS ALLEGADAS				
Entidad	Fecha	Documentos anexos	Folios	Observaciones
Ministerio del Interior Remitir: (i) Certificación de cuáles son las autoridades tradicionales y representantes legales del pueblo indígena Kokonuko, registrados para los periodos 2017 y 2018; (ii) Informe detallado respecto del cumplimiento de los acuerdos suscritos en el marco de la minga indígena nacional llevada a cabo en 2013, en torno a la adquisición del predio <i>Aguatibia 2</i> . En caso de advertir	06 de septiembre de 2018	Revisar hasta folio 102	44-47	

<p>incumplimiento, precisar cuáles son los obstáculos que se han identificado al efecto;</p> <p>(iii) A través de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rrom y Minorías, emita un concepto en torno a la relación territorial del pueblo indígena Kokonuko con el predio <i>Aguatibia 2</i>, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 2164 de 1995.⁹¹</p>				
<p><i>Cabildo Indígena Kokonuko</i></p> <p>Remitir:</p> <p>i) Copia legible: del título colonial de 1736, de la escritura pública 394 de 1912 y de la escritura pública 538 de 1937;</p> <p>ii) Informe de cumplimiento de los acuerdos suscritos en el marco de la minga indígena nacional, llevada a cabo en 2013, en torno a la adquisición del predio <i>Aguatibia 2</i>. En caso de advertir incumplimiento, precisar cuáles son los obstáculos que se han identificado al efecto;</p> <p>iii) Material probatorio actualizado, frente a la utilización de la cosmogonía, usos, costumbres e historias de la comunidad indígena para hacer publicidad al <i>Centro de Turismo y Salud Termales de Aguatibia 2</i>;</p> <p>iv) Material probatorio de la exención del pago del impuesto de industria y comercio del predio <i>Aguatibia 2</i>;</p>	<p>(i) 4 de septiembre de 2018</p> <p>(ii) 5 de octubre de 2018</p> <p>(iii) 11 de enero de 2019</p> <p>(iv) 25 de enero de 2019</p> <p>(v) 20 de junio de 2019</p>	<p>Revisar hasta folio 179</p>	<p>103-126</p> <p>397 a 407</p> <p>430</p> <p>432-440</p> <p>442-446</p>	

⁹¹ Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

<p>v) Informe a través del cual exponga qué elementos de su cosmogonía se encuentran presentes en el predio <i>Aguatibia 2</i>.</p> <p>Adjunte los demás elementos de prueba que considere pertinentes en relación con los hechos, las pretensiones y el problema jurídico que plantea la acción de tutela bajo estudio.</p>				
<p><i>Diego Angulo Rojas</i></p> <p>Presentar un informe detallado respecto de los siguientes interrogantes:</p> <p>i) ¿Construyó un puente sobre el río Calera, que comunica el predio <i>Aguatibia 2</i> con la vía principal de acceso al mismo? Si la respuesta es afirmativa, precise si al efecto se produjo algún acercamiento con el pueblo indígena Kokonuko? y, de haberlo hecho, indique ¿cuál fue el procedimiento que se agotó?;</p> <p>(ii) ¿Cuál es el plan de manejo de las aguas negras o residuales que emanan del <i>Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia</i>, con base en la guía de buenas prácticas para prestadores de turismo de naturaleza desarrollada por el Ministerio de Industria y Comercio y las normas técnicas colombianas sectoriales? Anexar copia del documento pertinente;</p> <p>iii) ¿Utiliza la cosmogonía, usos, costumbres e historias de la comunidad indígena para hacer publicidad al <i>Centro de Turismo y Salud Termales de Agua</i></p>	<p>(i) 5 de septiembre de 2018</p> <p>(ii) 5 de julio de 2019</p>	<p>Revisar hasta el folio 198 199 a 211 originales</p>	<p>180-186</p> <p>448-463</p>	

<p><i>Tibia 2?</i>; ¿hubo espacios de diálogo frente este aspecto en particular con el pueblo indígena Kokonuko? y, de haberlo hecho, indique ¿cuál fue el procedimiento que se agotó para tal fin?;</p> <p>iv) Informe si se encuentra exento del pago del impuesto de industria y comercio del <i>Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia</i>. En caso que la respuesta sea afirmativa indique la razón. Anexar copia del documento pertinente.</p> <p>Por otra parte, deberá allegar:</p> <p>v) Certificado de matrícula mercantil ante la Cámara de Comercio del Cauca del <i>Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia</i>, con fecha de expedición menor a tres meses;</p> <p>vi) Copia del certificado de libertad y tradición del predio <i>Aguatibia 2</i>, con matrícula inmobiliaria 120-86016 y código catastral 19585000100030101000, con fecha de expedición menor a tres meses.</p> <p>Adjunte los demás elementos de prueba que considere pertinentes en relación con los hechos, las pretensiones y el problema jurídico que plantea la acción de tutela bajo estudio.</p>				
<p>Cámara de Comercio del Cauca</p> <p>Remitir copia de los documentos que sirvieron de soporte para la matrícula y registro mercantiles del <i>Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia</i> en el Registro Nacional de Turismo; así como para la concesión de</p>	<p>4 de septiembre de 2018</p>	<p>Revisar hasta folio 248 249 a 250 originales a 278 copias 279 a 295 originales</p>	<p>212 - 213</p>	

servicios turísticos en parque. En caso de no ser de su competencia, remitir la solicitud a la autoridad pertinente.				
Alcaldía del Municipio de Puracé (Cauca) Informe cuál es el manejo que se hace de las aguas residuales que emanan del <i>Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia</i> , de acuerdo con los lineamientos del Esquema de Ordenamiento Territorial del municipio, frente a la regulación sobre conservación, preservación y uso y manejo del medio ambiente.	15 noviembre de 2018		420	Documento enviado después de requerimiento
Corporación Autónoma Regional del Cauca Remitir: (i) Copia de los documentos que sirvieron de sustento a la Resolución No. 2219 del 9 de mayo de 2012, por medio de la cual se otorga una concesión de aguas de uso público; (ii) Un informe sobre el seguimiento que se hace de la concesión aludida, incluido el manejo de las aguas residuales que emanan del <i>Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia</i> , de acuerdo con la regulación sobre conservación, preservación y uso y manejo del medio ambiente.	(i) 3 de septiembre de 2018 (ii) 11 de enero de 2019		298 a 302 427	
Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán (Cauca) Practica de inspección judicial al predio <i>Aguatibia 2</i> y la respectiva servidumbre de tránsito, que permita verificar: i) La construcción del puente sobre el río Calera, que comunica el predio <i>Aguatibia 2</i> con la vía principal de acceso al mismo, así como su ubicación exacta, el tiempo de su construcción, los materiales con los	25 de octubre de 2018		Despacho Comisorio 64 folios, cuaderno aparte	

<p>que se construyó, longitud, funcionamiento, y dentro de tal diligencia reciba las declaraciones del Cabildo Indígena Kokonuko, frente a las afectaciones de orden cultural, social o económico, entre otras, que dicha obra de infraestructura causa al pueblo indígena;</p> <p>ii) El manejo de las aguas negras o residuales por parte del <i>Centro de Turismo y Salud Termales de Agua Tibia</i>, que funciona en dicho predio.</p> <p>Al efecto, deberá remitirse copia de la demanda de tutela.</p>				
<p>Procuraduría Regional del Cauca</p> <p>Defensoría del Pueblo Regional Cauca</p> <p>Dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales realicen el acompañamiento en la inspección judicial de que trata el numeral octavo, y que, en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la práctica de dicha diligencia, si lo consideran conveniente, intervengan dentro del proceso de tutela que se adelanta con el propósito de rendir conceptos técnicos sobre la solicitud de amparo que se estudia.</p>	<p>25 de septiembre de 2018</p> <p>25 septiembre de 2018</p>	<p>382 a 384 originales</p>	<p>388</p> <p>380 a 381</p>	
OTROS DOCUMENTOS QUE SE ALLEGARON				
<p>Ministerio de Comercio, Industria y Turismo</p>	<p>14 de septiembre de 2018</p>	<p>Revisar folios 345 a 350</p>	<p>338 a 341</p>	
<p>Fondo Nacional de Turismo-FONTUR</p>	<p>13 de septiembre de 2018</p>	<p>Revisar folios 352 a 356</p>	<p>351</p>	
<p>Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA</p>	<p>18 de septiembre de 2018</p>	<p>368 a 371 copias</p>	<p>363 a 366</p>	
<p>Organización Nacional Indígena de Colombia-ONIC</p>	<p>27 de septiembre de 2018</p>		<p>392 a 395</p>	

