



Diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020)

FALLO DE TUTELA

Acción de tutela, Rad. 44-001-31-03-002-2020-00039-00, Accionante: José Luis Pushaina
Accionados: Presidente De La Republica, Defensoría Nacional Del Pueblo, Ministerio Del Interior, Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de las Tecnologías la Información y las Comunicaciones, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, Corpoguajira y la empresa Movistar Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP
Derecho (s): a la vida digna, salud, medio ambiente sano, consulta previa, debido proceso, igualdad, integridad social, integridad cultural, propiedad colectiva, ocasionar perjuicios irremediables, y vías de hecho o error inducido contra los miembros del resguardo indígena wayuu.

ASUNTO A DECIDIR

En el término previsto en el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, procede este despacho a resolver la acción de tutela instaurada por el JOSE LUIS PUSHAINA Cabildo Gobernador y Representante Legal del Resguardo Indígena Wayuu de 4 de Noviembre Municipio de Albania La Guajira.

HECHOS RELEVANTES

1.- El Resguardo Indígena Wayuu 4 de Noviembre está ubicado en la Zona Rural del Municipio de Albania La Guajira, cuenta con más 400 familias que desde épocas ancestral, tiene posesión y dominio ancestral en su territorio de propiedad colectiva, donde desarrollan sus actividades ancestrales explotando económicamente las tierras, de acuerdo a sus usos y costumbres, cultivan maíz, guineos, plátano, yuca, auyama, frijol, patilla, papaya, crías de ovejos, chivos, ganado vacuno, gallinas, ganado porcino, pesca en el rio ranchería arroyo paladina, artesanía, elaboración de mantas, sombreros, guaireña, mochilas, chinchorros, baile de chicha, maya, elaboración de medicamentos de las plantas medicinales tradicionales que están a las orillas del rio ranchería y el arroyo bruno los cuales son sus fuentes hídricas desde épocas ancestrales, elaboración de queso, leche, suero, chicha, mazamorra, cuentan con más de 700 viviendas y enramadas ancestral, cementerio, corrales para las crías de chivos, ganados vacunos, gallina, ganados porcinos, todo lo anterior forma la seguridad alimentaria ancestral de los miembros del Resguardo Indina Wayuu 4 de Noviembre, efectúan sus rituales en los ríos, montañas y los cerros ubicados dentro de su territorio de propiedad colectiva del resguardo indígena wayuu 4 de noviembre, esto forma parte de su cosmovisión ancestral.

2- Señala que la Empresa Movistar Colombia Telecomunicaciones S.AEPS, instalo antena de estaciones bases de telefonía móvil para servicios de celular, internet y wifi dentro del territorio colectivo del resguardo indígena wayuu 4 de noviembre, sin efectuar proceso de consulta previa con los miembros del resguardo indígena wayuu 4 de noviembre, la instalación de esta antena móvil de servicios de celular, wifi e internet, está generando impactos negativos directos contra el tejido social, culturales, espirituales, territoriales y económicos de los miembros del resguardo indígena wayuu 4 noviembre, porque la antena móvil de servicios celular, internet y wifi, está instalada en el cerro donde los habitantes del resguardo indígena practican desde épocas ancestrales sus actividades espirituales y religiosas de acuerdo a sus usos y costumbres, también en ese cerro están plantadas, plantas medicinales ancestrales, pastos y pan para alimentarse, los chivos, ovejas y ganado vacuno y porcino, hoy en día ya no se pueden hacer esas actividades, los miembros del resguardo wayuu 4 de noviembre, en diversas oportunidades le manifestaron verbalmente a



la empresa movistar que desmontara esa antena de servicio celular móvil de su territorio porque nunca fue consultada su instalación, esa antena móvil celular, también está muy cerca de las viviendas, colegios y está afectando directamente a los niños, ancianos y adultos que viven cerca de donde está instalada la antena móvil de telefonía celular, está generando estado de nerviosismo y enfermedades cancerígenas, afectando a la salud de los animales, plantas, está secando las fuentes hídricas de las comunidades del resguardo indígena wayuu 4 de Noviembre, aleja las lluvias y está cerca del colegio de niños.

3.- Indica que de acuerdo a lo manifestado por la Organización Mundial de la Salud el cual profundiza en los efectos de los campos electromagnéticos en el ambiente, un tema que estudia desde el año 1996 con diversos científicos que han concluido que producen a corto y largo plazo calentamiento de los tejidos, siendo la piel el órgano que absorbe la mayor parte de la energía generada por la antena móvil, dolores de cabeza, ansiedad, suicidios, cáncer, cataratas, hipersensibilidad a campos electromagnéticos.

4 – La instalación de la antena móvil de telefonía celular de propiedad de la Empresa Movistar Colombia, obtuvo los permisos y licencias ambientales para efectuar esa obra en el resguardo indígena wayuu 4 de Noviembre por parte del Ministerio del Medio Ambiente, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, Corpoguajira, permiso de construcción expedido por la Secretaria de Planeación de la Alcaldía del Municipio de Albania La Guajira, permisos de instalación y funcionamientos expedido por el Ministerio de Tecnología de la Información y Comunicaciones sin efectuar proceso de consulta previa con los Miembros del Resguardo Indígena Wayuu 4 de Noviembre y cada día la antena móvil genera mayores afectaciones directas contra el tejido social.

PRETENSIONES

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado se solicita:

- Tutelar los derechos fundamentales a la vida digna, salud, consulta previa, igualdad, medio ambiente sano, debido proceso, integridad cultural, propiedad colectiva, hechos y perjuicios irremediables de los miembros del resguardo indígena wayuu 4 de Noviembre del Municipio de Albania La Guajira vulnerados por PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, DEFENSORIA NACIONAL DEL PUEBLO, MINISTERIO DEL INTERIOR, MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES, AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES, CORPOGUAJIRA Y LA EMPRESA MOVISTAR COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.AESP, y ocasionar perjuicios irremediables contra los miembros del Resguardo Indígena Wayuu 4 de Noviembre.

Suspender de manera provisional los actos administrativos por medio de los cuales le otorgaron a la Empresa Movistar Colombia Telecomunicaciones los permisos de construcción de la antena móvil, licencias ambientales de la antena móvil, permisos de funcionamientos de la antena móvil, expedidos por el Ministerio del Medio Ambiente, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, Corpoguajira y el Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones, hasta que se efectuó proceso de consulta previa entre los miembros del Resguardo Indígena Wayuu 4 de Noviembre Municipio de Albania La Guajira y la Empresa Movistar Colombia Telecomunicaciones.

Ordenar al Ministerio del Interior convocar proceso de consulta previa entre los miembros del resguardo indígena wayuu 4 de Noviembre Municipio de Albania La Guajira y la Empresa Movistar Colombia Telecomunicaciones, por las afectaciones directas contra el tejido social, cultural, espiritual, vida, salud de los niños, tercera edad, medio ambiente, ocasionado por la



instalación y funcionamiento de la antena móvil dentro del territorio de propiedad colectiva sin consultar.

Ordenar al presidente de la Republica de Colombia y Defensoría Nacional del Pueblo, proteger y defender los Derechos Fundamentales de los miembros del Resguardo Indígena Wayuu 4 de Noviembre Municipio de Albania La Guajira, vulnerado por la Empresa Movistar Colombia.

ACTUACIÓN PROCESAL

Presentada la tutela por el accionante, le correspondió a este Juzgado su trámite, la cual fue admitida por ser competentes para conocer de dicha acción, en razón de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, disponiéndose en consecuencia su admisión y traslado correspondiente.

En esa medida, la presente acción constitucional fue admitida mediante auto del seis (06) de julio de 2020, mediante la cual se ordenó vincular al presente trámite a la Alcaldía de Albania La Guajira - Secretaría de Planeación y del Medio Ambiente y/ o quien haga sus veces, y a la Agencia Nacional del Espectro, para que ejerza su derecho de defensa y contradicción, toda vez que sus intereses podrían verse afectados en este asunto.

De la misma forma, concedió al PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR, MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, MINISTERIO DE LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES, DEFENSORIA NACIONAL DEL PUEBLO, AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES, CORPOGUAJIRA Y LA EMPRESA MOVISTAR COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, y vinculados Alcaldía de Albania La Guajira – Secretaría de Planeación y del Medio Ambiente y la Agencia Nacional del Espectro , o quienes hagan sus veces, el término de (1) día para que rindieran un informe acerca de los hechos que dieron origen a la acción de tutela, la contestaran y presentaran y/o solicitaran las pruebas que pretendan hacer valer en el proceso; no sin antes advertirles que de no dar contestación se aplicará presunción de veracidad de los hechos consignados en el libelo.

Notificado en debida forma el proveído admisorio se procede a fallar dentro del término legal, sin que se observen vicios capaces de invalidar lo actuado.

Respuesta del Presidente de la Republica de Colombia

El artículo 86 de la Constitución y el Decreto Ley 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, establece que ésta es un mecanismo preferente y sumario destinado a garantizar los derechos fundamentales de las personas cuando quiera que estos estén siendo vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares en ciertos casos. Así mismo, el artículo 13 del referido Decreto Ley dispone que dentro de los requisitos de procedibilidad de la tutela se encuentra el que esté dirigida “contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental”. Este requisito es lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha denominado “legitimación por pasiva”, (...)

Teniendo en cuenta lo anterior, vale la pena hacer referencia de manera separada a las funciones del DAPRE y del señor Presidente de la República.



Precisado que el señor Presidente de la República y la Presidencia de la República no son la misma persona y cuáles son las funciones de cada uno, se solicita se sirva declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Presidencia de la República y del señor Presidente de la República dentro de la presente acción constitucional, toda vez que (i) no representan a la Nación para efectos de la acción de tutela de la referencia y (ii) no tienen funciones que se relacionen con la realización de la consulta previa con las comunidades indígenas, ni mucho menos con ordenar la suspensión de los actos administrativos por medio de los cuales presuntamente se otorgó a la Empresa Movistar Colombia Telecomunicaciones los permisos de construcciones de la Antena Movil, licencias ambientales de la antena móvil, permisos de funcionamiento de la antena, más aún cuando nada tiene que ver con la expedición de permisos de construcción y/o entrega de licencias ambientales.

Respuesta por parte de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

- Tal y como se describió pormenorizadamente en la contestación de los hechos de la presente acción de tutela, cabe resaltar que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- de conformidad con las competencias asignadas en el Decreto 3573 de 2011, es la Entidad encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos a licenciamiento, permiso o trámite ambiental, cumplan con la normativa vigente en la materia, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del País. En tal sentido, tiene entre sus funciones, otorgar o negar las licencias, permisos y trámites ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con la Ley y los reglamentos. Así mismo, el Decreto 1076, en el artículo 2.2.2.3.9.1 de la Sección 9 de 'Control y Seguimiento' de Capítulo 3 de 'Licencias Ambientales' del Título 2, Parte 2 del Libro 2, establece que es deber de la Autoridad Ambiental realizar el control y seguimiento a los proyectos, obras o actividades sujetos a Licencia Ambiental, o al establecimiento de un Plan de Manejo Ambiental, durante su construcción, operación, desmantelamiento o abandono. Así pues, la ANLA no es la Autoridad Ambiental competente para otorgar la licencia ambiental para el proyecto objeto de discusión, ni para realizar el seguimiento del instrumento de manejo del mismo. De conformidad con lo establecido en artículo 2.2.2.5.12 del Decreto 1370 de 2018, el trámite para la instalación de estaciones radioeléctricas en telecomunicaciones debe adelantarse ante las autoridades territoriales

Ausencia de perjuicio irremediable. En adición a lo expuesto, téngase en cuenta que a pesar de concurrir en este asunto la falta de legitimación en la causa, como ya se demostró en el transcurso de esta contestación, la tutela presentada es igualmente improcedente porque el extremo accionante no expresó perjuicio irremediable para que la acción proceda como mecanismo excepcional que según la Honorable Corte Constitucional, (T-368/08; T373/08) ha precisado tres requisitos para que se configure (T-719/03 T-404/08; SU-484/08; T-856/08).

Respuesta por parte del Ministerio del Interior

Se resalta que dentro de las competencias de esta Autoridad Administrativa no se encuentra la de iniciar de oficio los trámites de determinación de procedencia de la consulta previa, motivo por el cual, para poder desarrollar dicho análisis para un proyecto, obra o actividad en concreto, el ejecutor de dicha iniciativa deberá presentar oficialmente el inicio del mencionado trámite. Teniendo en cuenta lo anterior, informamos que a la fecha la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior no ha recibido a la fecha solicitud alguna para el estudio de procedencia o no de la consulta previa para la instalación de una antena de telefonía móvil en el municipio de Albania departamento de la Guajira, motivo por el cual no se puede determinar la existencia o no



de una afectación directa que conduzca en una vulneración al derecho a la consulta previa. Teniendo en cuenta el análisis desarrollado no es de recibo atribuir una supuesta vulneración al derecho a la consulta previa a esta Autoridad Administrativa. No obstante lo anterior, se reitera que el precedente jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional ha establecido que para poder desarrollar un proceso de consulta previa con comunidades étnicas, la Dirección de la Autoridad de Consulta Previa del Ministerio del Interior deberá determinar su procedencia y oportunidad, a través de un estudio particular y concreto de afectación directa, el cual será solicitado por el ejecutor del proyecto, obra o actividad.

En el presente caso la parte accionante no demuestra ni siquiera de forma sumaria las posibles afectaciones directas a la integridad cultural de la Comunidad Étnica del Resguardo Indígena Wayuu 4 de noviembre, motivo por el cual no es dable de conformidad con el precedente jurisprudencial esbozado, conceder una acción de tutela sin pruebas que sustenten las presuntas vulneraciones de derechos fundamentales incoadas. Por las consideraciones expuestas, solicito comedidamente deprecar las pretensiones incoadas en el escrito de tutela de la referencia.

Respuesta de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

La referida entidad no es la legitimada por pasiva para responder por los reproches del actor, debido a que, en primer lugar, no es responsable ni por acción ni por omisión de los hechos relativos al control y manejo de aves o de cualquier tipo de animales como las que aduce, le están generando a su juicio, algún tipo de afectación, pues en lo que tiene que ver con funcionamiento de la infraestructura aludida en la demanda, no existe argumentos debidamente soportados probatoriamente de responsabilidad por acción o por omisión. Y adicionalmente, prueba la presente excepción de Falta de Legitimación por Pasiva, se fundamenta en que respecto de la torre objeto de la presente acción, mediante el contrato No. 71.1-0804.2018 de 27 de septiembre de 2018, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP., le Vendió a la empresa PHOENIX TOWER INTERNACIONAL COLOMBIA LTDA, sociedad identificada con el Nit. 900 711 448-1, No obstante cabe mencionar que existen equipos para la continuidad en la presentación del servicio de Telefonía móvil que, si son de propiedad de Colombia Telecomunicaciones SA ESP., otra cosa es la TORRE que como se explicó pertenece a PHOENIX TOWER INTERNACIONAL. Así las cosas, es la empresa PHOENIX TOWER INTERNACIONAL COLOMBIA LTDA, la responsable de la mencionada infraestructura objeto de la presente acción. La sociedad PHOENIX TOWER INTERNACIONAL

Con relación al servicio de telefonía celular -como servicio público que es y del que se predica el principio de progresividad, universalización, acceso e igualdad- se confió a cada Estado, que a partir de los análisis técnicos y científicos de orden mundial en la materia, fijara límites en la exposición de ondas electromagnéticas compatibles con la población, con el objeto de garantizar la sostenibilidad en la prestación del servicio frente al medio ambiente y puntualmente frente a los seres humanos. El Gobierno Nacional incorporó al ordenamiento jurídico colombiano los estándares internacionales establecidos por la Comisión Internacional sobre Protección contra Radiaciones no Ionizantes² y la Unión Internacional de Telecomunicaciones, con el fin de establecer límites de exposición de las personas a campos electromagnéticos. Ahora bien, desde ahora advertimos al Despacho que las ondas electromagnéticas emitidas por las antenas celulares están 1.000 veces por debajo de los límites establecidos por la ICNIRP, y que hay otros objetos cotidianos que, aunque también se encuentran por debajo de los límites recomendados por esa Comisión, generan mayor emisión electromagnética que las antenas, tales como el Wifi, los hornos microondas, monitores de bebés, entre otros.



Desconoce el accionante que ya hubo previsión y precaución como quiera que existe reglamentación del Gobierno Nacional sobre límites de exposición de las personas a campos electromagnéticos, así como la creación de una entidad especializada encargada de la medición constante de estos campos y socialización de sus resultados. Es pertinente mencionar, que las antenas de telefonía móvil celular no generan ondas electromagnéticas capaces de generar un riesgo de afectación a la salud de los seres humanos y que, por ende, no se le puede dar un alcance nocivo a la salud, mayor del que efectivamente, en un momento dado se pueda producir. recalcando una vez más que estas ondas electromagnéticas están 1.000 veces por debajo de los límites establecidos por la ICNIRP.

Este sitio objeto de este proceso, identificado para nosotros como (Q472) se presentó agrupado en abril de este año, con el consecutivo 223 "Formato Tipificación Móvil". De acuerdo con la información de operación de los equipos, el sitio cumple con los límites máximos de exposición de las personas a los campos electromagnéticos porque la distancia a la que se encuentran los elementos radiantes es mucho mayor a la distancia del público en general. Esto demuestra que no existe ningún riesgo para la salud de las personas. Actualmente, la disposición vigente sobre la materia es el DECRETO N° 1370 DE 2018.

En principio, la legitimidad de mi defendida para ser demandada, deviene de la suscripción de un contrato de arrendamiento entre ésta y el "Resguardo indígena 4 de Noviembre", fechado el 15 de septiembre de 2009, es decir hace mas de 10 años, contrato vigente, cuya copia se adjunta para efectos probatorios, y que fue cedido al nuevo propietario de la infraestructura, es decir, a la empresa PHOENIX TOWER INTERNATIONAL COLOMBIA. En la suscripción del mencionado contrato participó el Resguardo indígena 4 de noviembre representado por el Sr. NESTOR VANEGAS IPUANA identificado con la CC 17 867 040 de Uribia en la Guajira, en su calidad de representante legal de dicho resguardo mediante resolución No. 0006 de 24 de enero de 2007 expedida por el Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, por lo que no es admisible, afirmaciones contenidas en el escrito de tutela según las cuales a la comunidad indígena no se les tuvo en cuenta para la instalación de esta infraestructura dado que, como se explicará posteriormente, siempre se contó con su anuencia para la permanencia en ese sitio. No existe inmediatez, dado que el supuesto perjuicio alegado por la instalación de una antena de telefonía, dada de hace más de 10 años, con lo que se descarta de plano la procedencia de la acción.

Lo anterior se concluye de la revisión de los antecedentes del caso según el cual, esta comunidad resguardo 4 de noviembre, fue consultada sobre la posibilidad de permitir el ingreso a su territorio, para utilizar a título de arrendamiento, una parte del mismo, sin que ello implicara ninguna limitación o incompatibilidad con el desarrollo normal de sus costumbres ancestrales, al punto que esta relación se ha mantenido por más de 10 años sin ningún tipo de inconvenientes o problemas derivados del ejercicio de tales obligaciones contractuales.

Respuesta por parte del Municipio de Albania

Se solicita que la entidad sea desvinculada de la actual tutela por lo motivado anteriormente; y, en tanto la entidad no ha tenido injerencia en los hechos narrados y no existir prueba para comprometer a esta entidad, por lo cual se alega falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que la entidad no es causante del daño o perjuicio de los derechos fundamentales invocados por el accionante



Respuesta por parte de Corpoguajira

Teniendo en cuenta lo antes expuesto y de acuerdo con el análisis de los hechos expuestos por el accionante y contrastados los mismos con las facultades otorgadas por el citado decreto 1076 de 2015, se puede establecer que la instalación de una antena de telecomunicaciones como la del caso que nos ocupa, no es un proyecto que requiera licenciamiento ambiental, pues la misma no se ajusta a ningunos de los supuestos descritos en el ARTÍCULO 2.2.2.3.2.3, por lo tanto, es claro para nosotros que esta Corporación Autónoma Regional, NO ha expedido licencia ambiental alguna para dicho proyecto. Lo mismo pasa con los otros servicios ambientales que puede prestar esta corporación, para el caso concreto, no se requiere la tramitación o expedición de permisos, concesiones o autorizaciones ambientales.

Respuesta por parte de Phoenix Tower International Colombia S.A.S. (“Phoenix”)

PHOENIX TOWER INTERNATIONAL COLOMBIA LTDA por su naturaleza jurídica es un proveedor de infraestructura y no un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones lo cual constituye una gran diferencia en el sector de las telecomunicaciones. El objeto social de PHOENIX TOWER INTERNATIONAL COLOMBIA LTDA radica en la administración de la torre con el propósito de apoyar la red inalámbrica de telecomunicaciones existente en el país siendo propietaria, administradora o comodataria de los sitios de transmisión y comunicaciones inalámbricas, consistentes en torres metálicas. Dichas estructuras tienen como propósito soportar la instalación de antenas y equipos de sus clientes. En este sentido, la irradiación y transmisión de información la realizan los equipos de las empresas propietarias de los mismos, quienes son las prestadoras de los servicios públicos, y no PHOENIX TOWER INTERNATIONAL COLOMBIA LTDA. 7 de 10 La vinculación de PHOENIX TOWER INTERNATIONAL COLOMBIA LTDA resulta inocua, pues carece de interés para ser citada a esta acción de tutela, en virtud de que no se le atribuye la consumación de algún hecho violatorio de derechos fundamentales y como persona jurídica de derecho privado no reúne ninguna de las condiciones normativas (artículos 86 inciso 5° CN y 1, 5, 13 y 42 del decreto 2591 de 1991), ni jurisprudenciales⁵ para que haya lugar al amparo de los derechos fundamentales: PHOENIX TOWER INTERNATIONAL COLOMBIA LTDA no es una persona jurídica prestadora de servicios públicos, no se ha acreditado subordinación o indefensión del Accionante respecto de la accionada y tampoco se trata de un particular en ejercicio de funciones públicas.

(...) antes de la instalación de la torre y los equipos de telecomunicaciones, TELEFONICA por supuesto tuvo en cuenta a la comunidad indígena de la zona y contó con su anuencia para la permanencia en el sitio 9 de 10 donde se ubica la torre. Prueba de ello es el Contrato de Arrendamiento que ha estado en ejecución por más de diez (10) años consecutivos y que para la época fue firmado por una autoridad de la comunidad indígena Wayuu según Resolución 0096 del 24 de enero de 2007. Por la utilización del espacio TELEFONICA paga una renta mensual que, según los acuerdos hechos para la época, sería destinada en beneficio del mismo resguardo indígena denominado 4 de Noviembre, y hasta la fecha actual TELEFONICA ha cumplido integralmente con las obligaciones derivadas del Contrato, sin reclamación alguna por parte del Resguardo a la consignación de cánones de arrendamiento acordados y pagos en la cuenta bancaria que consta en el respectivo contrato de arrendamiento. No le asiste la razón al Accionante al afirmar que no se tuvo en cuenta a la comunidad para la ocupación del espacio. En conclusión, solicitamos a la señora Juez tener en cuenta que sobre este mismo tema se ha creado un precedente jurisprudencial, en virtud de que se ha declarado la improcedencia del mecanismo de la acción de tutela teniendo en cuenta que las afecciones de salud no se derivan en ningún



caso de la instalación de las Estaciones de Telecomunicaciones; sin presentar un sustento probatorio, y realizando meras conjeturas sobre los “problemas de salud”, y la relación de estos con la instalación de dichas Estaciones. Finalmente, respetuosamente debo manifestar a su Honorable Despacho que son abundantes los fundamentos de derecho que rezan que (i) NO SE ESTÁN VULNERANDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD, MUCHO MENOS AL MEDIO AMBIENTE SANO, NI AL DEBIDO PROCESO de la accionante o algún residente de la zona y (ii) Se sugiere respetuosamente exhortar al accionante a agotar el mecanismo que corresponda de acuerdo con los parámetros fijados por el Resguardo indígena a fin de conocer y acceder a los términos pactados en el correspondiente Contrato de Arrendamiento y sus requisitos en el evento que la jurisdicción especial al que pertenece lo considere necesario, atendiendo al principio nacional de legalidad al ser suscrito por quien en su momento gozaba de las calidades necesarias para suscribirlo.

Respuesta por parte del Ministerio de Medio Ambiente

Respecto a los hechos expuestos, no se entrará a afirmar ni a negar ninguno, ya que al MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE no le constan, toda vez que, éstos se refieren concretamente a actuaciones que deben ser adelantadas por otras entidades. En cuanto a las pretensiones ME OPONGO a las mismas, frente al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, toda vez que esta entidad NO tiene injerencia alguna en los hechos que indica la accionante. Reitero, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, no le corresponde las funciones relacionadas con la realización de la Consulta Previa, toda vez que su competencia se encuentra en cabeza del Ministerio del Interior; ahora bien, en lo que respecta con el otorgamiento de LICENCIAS AMBIENTALES, estas se encuentran a cargo de la autoridad ambiental que según el caso, será la Autoridad Nacional de Licencias Ambiental o la Corporación Autónoma Regional, a quienes les corresponderá ejercer el control y seguimiento sobre el instrumento ambiental otorgado, tal y como se explicará más adelante, razón por la cual solicito se desvincule totalmente de esta acción de Tutela por cuanto se encuentra materializada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

PRUEBAS

1.- El material probatorio está constituido por cada uno de los anexos allegados con la tutela y las respuestas de las entidades accionadas y vinculadas.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

En concordancia con el factor territorial descrito en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, este despacho es competente para conocer y decidir de fondo el presente asunto.

En el mismo sentido, este despacho adquiere competencia en virtud del artículo 15 del Decreto 2591 de 1991 en la medida que establece que *“La tramitación de la tutela estará a cargo del juez, del presidente de la Sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso, (...)”*.

2. Problemas Jurídicos

En concordancia con los hechos y pretensiones esgrimidos por el accionante y las partes demandadas y vinculadas, además, del material probatorio que conforma el expediente en cuestión, corresponde a este despacho resolver los siguientes problemas jurídicos:



¿Cumple la presente acción de tutela instaurada a través de apoderado por el señor JOSE LUIS PUSHAINA, en su condición de Cabildo Gobernador y representante legal del Resguardo Indígena Wayú 4 de Noviembre del municipio de Albania-La Guajira, con los requisitos de procedibilidad previstos en el Decreto 2591 de 1991? De ser así, corresponde a este Despacho determinar si:

¿Vulneran la PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR, MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, MINISTERIO DE LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES, DEFENSORIA NACIONAL DEL PUEBLO, AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES, CORPOGUAJIRA Y LA EMPRESA MOVISTAR COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP los derechos fundamentales a la vida digna, salud, consulta previa, igualdad, medio ambiente sano, debido proceso, integridad social, integridad cultural, propiedad colectiva, cometer vías de hechos y perjuicios irremediables, invocados por el señor JOSE LUIS PUSHAINA en su condición de Cabildo Gobernador y representante legal del Resguardo Indígena Wayú 4 de noviembre del municipio de Albania-La Guajira, al conceder permiso y licencias ambiental, así como permiso para la construcción, instalación y funcionamiento de una antena de estaciones base de telefonía móvil dentro del territorio colectivo de los miembros de este Resguardo, sin convocarlos a consulta previa?

3. Requisitos de procedibilidad

Legitimación por activa: El inciso primero del artículo 86 Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante un procedimiento preferente y sumario. Igualmente, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita por sí mismo por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa. Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona. Lo anterior no se opone a que la defensa de los derechos fundamentales no pueda lograrse a través de representante legal, apoderado judicial o aun de agente oficioso. Sentencia T-086 de 2010.

En reconocimiento de la diversidad étnica y cultural (artículo 7º Constitución Política) las comunidades indígenas son consideradas jurisprudencialmente como un sujeto colectivo dotado de singularidad. Bajo ese entendido, existen garantías constitucionales especiales en su favor que pueden ampararse mediante acción de tutela¹. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional "*En estos pueblos, el poder comunitario es apropiado por las autoridades tradicionales como el Gobernador y los Cabildos indígenas que llevan el mando de acuerdo a la tradición. El Gobernador preside el Cabildo, los cuales son entidades públicas elegidas y reconocidas por los miembros de la colectividad; estos representan a su grupo étnico con funciones atribuidas por la ley, sus usos y costumbres*"²

En este caso, la acción de tutela fue presentada en favor de los miembros del Resguardo Indígena Wayuu 4 de Noviembre, ubicado en jurisdicción del municipio de Albania-La Guajira, por el señor JOSE LUIS PUSHAINA en su condición de Cabildo Gobernador y representante legal de este resguardo; calidad que el Juzgado encuentra acreditada con los siguientes documentos allegados al expediente: el Acta de posesión del 27 de febrero de 2020, anexa al escrito de tutela, y la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

² Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.



de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, donde hace constar que *“consultadas las bases de datos institucionales de registro de Autoridades y/o Cabildos indígenas de esta Dirección, se encuentra registrado el señor JOSE LUIS PUSHAINA identificado con cédula de ciudadanía número 1.121.300.824 expedida en Hatonuevo, en el cargo GOBERNADOR del cabildo del Resguardo Indígena Cuatro de Noviembre, según Acta de Asamblea General N° 001 de fecha 11 de agosto de 2019, en la cual participan las Autoridades de las comunidades de Rio de Janeiro Clan Pushaina, Rio de Janeiro Clan Epiayu y Cerrejon Clan Guouriyu, y Acta de posesión de fecha 27 de febrero de 2020, suscrita por la Alcaldía Municipal de Albania para el periodo comprendido del 27 de febrero de 2020 y el 27 de febrero de 2022”*

Así, en el presente caso el requerimiento de la legitimación por activa se cumple toda vez que el señor JOSE LUIS PUSHAINA ostenta el cargo de Gobernador del Cabildo del Resguardo Indígena 4 de Noviembre, y se encuentra facultado para en representación de los miembros de este resguardo invocar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales mediante esta acción constitucional.

Igualmente se encuentra acreditado el otorgamiento de poder especial por parte del accionante para la presentación y trámite del presente asunto por medio de apoderado.

Legitimación por pasiva: hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

Según los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares. Al respecto, cabe indicar que el amparo procede contra personas naturales o jurídicas de naturaleza privada en varios casos, entre los cuales se encuentran las situaciones de subordinación o de indefensión, los agentes encargados de la prestación de servicios públicos, los medios de comunicación, entre otros.

La legitimación por pasiva se refiere entonces a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción para responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-416 de 1997 señaló que *“(..)La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material(..) La identificación cabal del demandado es una exigencia que tanto la Constitución como del decreto 2591 de 1991 avalan. Según aquélla, la acción de tutela se promueve contra autoridad pública y, en ciertos casos, contra los particulares por la acción u omisión que provoque la violación de los derechos fundamentales de las personas, y lo mismo señala el segundo estatuto.”*

En este orden de ideas, para el Juzgado no resulta jurídicamente procedente predicar dicha calidad frente a hechos y omisiones que originan la presente acción de tutela respecto de la Presidencia de la República y la Defensoría del Pueblo, por cuanto sus funciones no se relacionan con las imputaciones de responsabilidad que se reclaman en la demanda ni tampoco con la adopción de medidas ambientales de carácter administrativo.

En tanto, que los accionados Ministerio del Interior, Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, Corpoguajira, Empresa Movistar Colombia Telecomunicaciones SA ESP, así como las vinculadas Alcaldía de Albania- Secretaría de Planeación y/o haga sus veces, Agencia Nacional del Espectro, Phoenix Tower International Colombia LTDA, el Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, se



encuentran legitimadas por pasiva en la medida que le es atribuible la supuesta vulneración de los derechos fundamentales invocados, habida cuenta que las funciones de las entidades públicas guardan relación con la consulta previa, otorgamiento de licencias ambientales y permisos de construcción e instalación de antenas de telefonía celular; y tanto la empresa de derecho privado demandada como la vinculada prestan un servicio público.

Subsidiariedad.

El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política establece el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que *“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

Del texto de la norma se evidencia que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la tutela. Sobre el particular, en la sentencia T-373 de 2016, la Corte Constitucional reiteró que, cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos fundamentales, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia.

Reiteradamente se ha dicho por la jurisprudencia constitucional que la tutela no es un mecanismo alternativo de los trámites consagrados en los códigos y demás leyes procedimentales, pues, la acción fue instituida para la protección de los derechos constitucional fundamentales cuando el ataque contra ellos no sea susceptible de repelerse mediante otro mecanismo jurisdiccional legalmente consagrado con tal propósito. Vale decir, en presencia de un medio judicial, llámese acción, excepción, incidente o recurso, cualquiera sea el funcionario y los términos dispuestos por el legislador, la protección o existencia del derecho debe encaminarse mediante esa vía procesal existente y no por la excepcional del artículo 86 de la Constitución Nacional, salvo, claro está, que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela viene concebida, entonces, como un medio de defensa constitucional de carácter subsidiario o residual que procede luego de agotados los medios ordinarios de defensa o cuando éstos no resulten idóneos y eficaces para lograr la protección especial, inmediata y efectiva que se reclama. Siendo así, el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela exige al juez la verificación de las siguientes reglas jurisprudenciales: procede el amparo como i) *mecanismo definitivo*, cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección o el dispuesto por la ley para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia³; ii) Procede la tutela como *mecanismo transitorio*: ante la existencia de un medio judicial que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario⁴. Además, iii) Cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional como los niños, mujeres cabeza de familia, personas de la tercera edad, personas en situación de discapacidad, entre otros el examen de procedencia de la acción de tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos⁵.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-800 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-859 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-471 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



La jurisprudencia constitucional ha establecido que un evento o situación puede ser considerado como perjuicio irremediable si convergen estos tres elementos⁶: i) debe ser cierto e inminente, esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos verídicos, ii) debe ser grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y iii) debe requerir atención urgente, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable.

La Corte Constitucional ha insistido en que la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo para reclamar la efectividad del derecho fundamental colectivo de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa⁷. Esa posibilidad, busca facilitar el acceso a la justicia de poblaciones tradicionalmente alejadas del aparato judicial por razones de aislamiento geográfico, postración económica o por su diversidad cultural, tiene plena justificación en el marco de un Estado comprensivo de la diversidad étnica y de las especificidades que caracterizan a aquellos grupos que se identifican como culturalmente distintos de la sociedad dominante. Con este propósito, la Corte Constitucional ha flexibilizado las condiciones de procedibilidad de las tutelas promovidas para salvaguardar derechos fundamentales de las colectividades étnicamente diferenciadas, hecho que responde también a la necesidad de asegurar que las autoridades cumplan con sus compromisos frente a la protección de las poblaciones indígenas y tribales⁸.

En relación con el requisito de subsidiariedad ante acciones de tutela promovidas por comunidades indígenas, la Sentencia SU217 de 2017 precisó que éste se flexibiliza de manera intensa gracias a que, tanto ellas como sus miembros, son *“sujetos de especial protección constitucional, que han enfrentado patrones históricos de discriminación –aún no superados– y cuyos derechos inciden en la satisfacción de los fines esenciales del Estado”*, entre los cuales se encuentra el desarrollo de su carácter pluralista y multicultural.

En esa decisión, el Pleno de la Corte Constitucional concluyó que, pese a que el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011 prevé el desconocimiento de la consulta previa como una de las causales de nulidad de los actos administrativos, la acción de tutela es, por excelencia, el medio judicial con el que cuentan estos grupos étnicos para contener las afectaciones que surjan como consecuencia de la interacción de su cosmovisión, con la sociedad mayoritaria, la sentencia SU097 de 2017 precisó que *“la acción de tutela es, por regla general, el medio judicial adecuado y preferente para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y, en especial, del derecho a la consulta previa.”*

En el mismo sentido, recientemente, la Sentencia SU123 de 2018 destacó que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe otro mecanismo judicial de protección efectiva del derecho a la consulta previa, más que la acción de tutela, única vía judicial que permite dar *“una respuesta clara, omnicomprendiva y definitiva a la vulneración de derechos”* de los conglomerados indígenas, en tanto *“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”*.

Con base en lo anterior, estima el Juzgado que en este caso la defensa del derecho fundamental a la consulta previa solo puede brindarse de modo efectivo y completo a través de la acción de tutela, toda vez que la comunidad accionante no cuenta con una

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-699 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-693 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-576 de 2014 y T-766 de 2015



acción judicial eficaz para reclamar lo aquí pretendido, pues recuérdese que, en línea de principio, el accionante no está solicitando que se anulen o modifiquen los actos administrativos a través de los cuales se le otorgó licencia de construcción a MOVISTAR COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP para la instalación y funcionamiento de la estación base de telefonía celular en el Resguardo Indígena Wayuu 4 de Noviembre, sino que exigen se les permita conocer y participar en la decisión que suponen afecta su territorio y forma de vida. Esa es, pues, una pretensión que no posibilita propiamente ninguna actuación judicial administrativa, pues la norma instrumental contencioso administrativa que hace relación a la consulta previa, castiga directamente con nulidad la actuación administrativa que incumpla este requisito como forma de control posterior⁹.

Además de lo anterior, si en el más amplio de los criterios se considerara posible demandar estos actos ante la justicia contencioso administrativa, lo cierto es que, en criterio del Despacho de la forma que está planteada la petición de amparo podría constituirse un perjuicio irremediable, que convertiría a esos hipotéticos medios de control ordinarios, en ineficaces, abriendo así el paso a la procedencia de la acción de tutela.

De otra parte, frente a la procedibilidad de la tutela para obtener el amparo de los derechos a la vida, salud, debido proceso, propiedad colectiva, también invocados por el accionante, la jurisprudencia constitucional ha establecido la procedencia de esta acción constitucional para amparar estos derechos de los miembros de las comunidades indígenas, en atención que si bien su titularidad es grupal, sin embargo no son derechos colectivos del resorte de la acción popular. Al respecto, en la sentencia T-462A de 2014, efectuó el siguiente análisis:

“En tercer lugar, podría considerarse la eventual procedencia de una acción popular frente a las pretensiones relacionadas con derechos colectivos; sin embargo, la discusión que presenta la acción de tutela se enfoca en derechos que no son de esta naturaleza... Además, debe recordarse que los derechos de los pueblos indígenas y tribales a la protección de su identidad étnica y cultural, al territorio y a la consulta previa, entre otros, aunque se caracterizan por su titularidad grupal, no son derechos colectivos y en todo caso son derechos fundamentales A diferencia de lo sostenido por varias de las entidades demandadas y vinculadas, e incluso los jueces de instancia, la Sala considera entonces que la acción popular tiene un alcance insuficiente para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados”.

Finalmente, pero no menos importante, para la valoración de la procedencia de la acción de tutela no puede perderse de vista que la comunidad accionante, por su carácter de pueblo indígena, son considerados sujetos de especial protección constitucional, precisamente por el carácter histórico del sometimiento a las condiciones que les impone el pueblo occidental mayoritario.

En conclusión de lo anterior, el Despacho considera procedente la presente acción por cuanto se plantea la existencia de un perjuicio irremediable ante la supuesta afectación de los derechos fundamentales de la comunidad indígena que figura como accionante; y no discutirse la legalidad o constitucionalidad de las licencias de construcción y funcionamiento de la antena de estación de telefonía celular, sino que se pretende únicamente que en su implementación se respete el alegado derecho a la consulta previa de la comunidad indígena demandante.

Atendiendo al criterio expuesto y en consideración a la condición especial que ostenta el Resguardo Indígena Wayuu 4 de Noviembre de Albania -La Guajira, el Juzgado encuentra satisfecho este requisito de procedibilidad.

⁹ Artículo 46 C.P.A.C.A.



Inmediatez: El requisito de inmediatez hace referencia a que la acción de tutela se debe interponer dentro de un plazo razonable y proporcional al hecho o acto que generó la presunta violación de los derechos fundamentales invocados, ello con el objetivo de evitar que se desvirtúe la naturaleza célere y urgente de la acción de tutela, o se promueva la negligencia de los actores y que la misma se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

Al respecto, la Sentencia SU-961 de 1999¹⁰ mediante la cual se dio origen al principio de la inmediatez, indicó como regla general, que la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que esta no tiene un término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo.

Asunto diferente es que, teniendo en cuenta el sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable, sino, que la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto de acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.

Al respecto, la Corte Constitucional infirió tres reglas centrales en el análisis de la inmediatez: (i) la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. (ii) la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto y, (iii) esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental. En consecuencia, si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción.

Ahora bien, ha resaltado la Corte Constitucional que la razonabilidad del plazo no puede determinarse *a priori*, lo que se traduciría en la imposición de un término de caducidad o prescripción prohibido por el artículo 86 de la Constitución, sino de conformidad con los hechos de cada caso concreto. Es por ello que *“En algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”*¹¹.

Sin embargo, 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 circunstancias¹²: (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”*

¹⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-961 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-172 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio



En consecuencia, para que, a pesar de haber transcurrido un tiempo prolongado desde la ocurrencia del hecho lesivo, pueda resultar procedente la acción de tutela, uno de los escenarios que se debe verificar es que la afectación de derechos fundamentales que se busca subsanar sea actual. De esa manera, la jurisprudencia constitucional ha señalado que para que se mantenga la actualidad del daño, es preciso acudir de manera oportuna a la acción de tutela, porque lo contrario podría dar lugar a un hecho consumado no susceptible de amparo constitucional, o a que se desvirtúe la afectación de derechos fundamentales¹³.

En este caso, la empresa accionada COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P afirma que la presente acción de tutela no cumple con el requisito de la inmediatez, porque desde que se instaló la antena de telefonía en el área que hace parte del predio de mayor extensión, denominado Resguardo Indígena Wayuu 4 de Noviembre, han transcurrido aproximadamente 10 años, sin que los afectados hubieren acudido al mecanismo constitucional de protección. La anterior afirmación tiene respaldo probatorio en los siguientes documentos anexos al informe: i) contrato de arrendamiento respecto del área en mención que se destinaría para la instalación de una estación base de telefonía celular móvil, celebrado entre dicho Resguardo en calidad de arrendador, a través del Representante Legal de la Asociación de Autoridades Tradicionales y/o Cabildos Indígenas Wayuu, y de otra parte TELEFONICA MOVILES DE COLOMBIA S.A en calidad de arrendataria, donde las partes estipularon un término de duración de diez (10) años contados a partir del 15 de septiembre de 2009 y; ii) copia del Auto No. 680 del 21 de diciembre de 2009 por medio del cual CORPOGUAJIRA autorizó a la sociedad arrendataria para realizar el aprovechamiento y/o poda forestal en el Resguardo Indígena 4 de noviembre, ubicado en el kilómetro 64 de la vía Maicao-Cuestecita jurisdicción del municipio de Albania-La Guajira, con el fin de instalar una estación base de telefonía celular.

Con base en lo anterior, podría afirmarse que en efecto ha transcurrido un lapso más que razonable desde la construcción y funcionamiento de la antena de estaciones base de telefonía móvil dentro del territorio ancestral, y la radicación en la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Riohacha, que lo remitió a este despacho por competencia mediante providencia de fecha 1° de julio de 2020, siendo repartido el día 6 julio de 2020, perspectiva desde la cual podría predicarse que no hay inmediatez en el ejercicio de la acción. Empero, la situación planteada por el accionante permite inferir que la supuesta vulneración o amenaza de los derechos de la comunidad indígena permanece en el tiempo, al afirmar en el escrito tutelar que la instalación de la antena móvil está generando impactos negativos directos contra el tejido social, cultural, espiritual, territorial y económico de los miembros del Resguardo Indígena Wayuu 4 de noviembre del municipio de Albania-La Guajira; de donde se sigue que como la alegada vulneración subsiste en el tiempo, y ello configura una de las circunstancias que, según el precedente jurisprudencial citado, puede dar lugar a la admisibilidad de la tutela a pesar de haber transcurrido un extenso espacio de tiempo entre el hecho vulnerador y la presentación de la tutela, el Juzgado encuentra superado este requisito de procedibilidad.

Del derecho a la consulta previa

Como una expresión concreta del Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos, se traduce la obligación que recae sobre los entes del estado Colombiano, de efectuar una consulta previa a los grupos indígenas, tribales y afrodescendientes cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, precisamente por la calidad de Grupo Especialmente Diferenciados que los caracteriza, que trae consigo ese derecho directamente correlativo otorgado a las mismas y relacionado con la posibilidad de

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-055 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



que puedan decidir sobre las prioridades que influyen en sus procesos de desarrollo, de acuerdo con lo señalado por el Convenio 169 de la OIT y las normas de la Constitución Política que estructuran el bloque de constitucionalidad.

De conformidad a lo anterior, este derecho de participación sobre cualquier decisión que pueda afectarles directamente, no halla sus fuentes de origen únicamente en nuestra Carta Política, sino que también está previsto expresamente en disposiciones del Convenio 169 de la OIT, que hace referencia al derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que les afecten. En concordancia con lo indicado, en innumerables de sentencias, la Corte Constitucional Colombiana en ejercicio de sus funciones, ha sido enfática en expresar que del tenor literal del texto constitucional, incluso por vía de interpretación, se desprenden mandatos orientados a preservar la identidad de las comunidades indígenas, tribales y afrodescendientes, con objetos fundamentales como el de asegurar la supervivencia de dichas comunidades y su autonomía en los ámbitos que les competen así como el de garantizar que cualquier actividad adelantada por el Estado que pueda afectarlas directamente les sea consultada y no vaya en desmedro de su integridad social, cultural y económica.

En este sentido la Corte mediante sentencia C-030 de 2008, expresó: *“el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado.”*

Según lo ha definido la Corte Constitucional, *“La consulta previa es una garantía de reconocimiento de los pueblos indígenas o tribales como sujetos de derecho susceptibles de protección del Estado, siendo imprescindible asegurar su participación libre e informada en la adopción de las decisiones que afecten directamente su subsistencia, integridad y cultura. De ello deriva su carácter ius fundamental, al ser el mecanismo por medio del cual se asegura la protección y preservación de la integridad étnica y cultural de las comunidades como grupo diferenciado”*¹⁴.

El reconocimiento a la diversidad étnica y cultural implica la protección de la pervivencia identidad, cultura, cosmovisión y valores como grupo diferenciado, a través del ejercicio a la libre autodeterminación, en virtud del cual pueden establecer sus instituciones y autoridades, darse sus propias normas, tomar decisiones y optar por formas de desarrollo o proyectos de vida¹⁵, sin que ello implique que se trate de una garantía absoluta, ya que dicha prerrogativa debe ejercerse *“de conformidad con sus referentes propios y conforme con los límites que señalen la Constitución y la ley pues el pluralismo y la diversidad no son ajenos a la unidad nacional, ni a los valores constitucionales superiores”*¹⁶.

A propósito del tema, la Corte dedujo que existían diversos escenarios ante los cuales existe el deber de consulta y los cuales enumeró de la siguiente manera en la sentencia C-882 de 2011: *“(i) Decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros. (ii) Presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional. (iii) Decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades (iv) Medidas legislativas”*; indicando que: *“(…) con la consulta previa se debe buscar el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas frente a las medidas que*

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-857 de 2014 y T-479 de 2018.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-005 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencias T-811 de 2004, T-601 de 2011 y T-005 de 2016.



puedan afectar directamente sus intereses. Tal consentimiento es además indispensable cuando las medidas, entre otros casos extremos, (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”.

Al respecto, es preciso advertir que la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos a la participación y a la consulta, no pierda vigencia aun cuando la obra que afecta a la comunidad étnica ya se ha ejecutado o cuando las decisiones que perjudican a una comunidad están implementándose¹⁷. En lo que se refiere a la primera, la jurisprudencia constitucional ha admitido la procedencia del amparo cuando las afectaciones aun producen efectos, haciendo necesaria la intervención del juez constitucional para proteger los derechos fundamentales y adoptar medidas de reparación en el contexto de un proceso postconsultivo.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha decantado el tema de la afectación directa como presupuesto para la consulta previa, entendida como todo *“impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”*¹⁸. Al respecto, Corte ha comprendido que la afectación directa no ocurre únicamente por proyectos o gestiones en el suelo titulado a favor de la comunidad, sino que trasciende el plano geográfico y registral del territorio, para proteger el ámbito cultural en que se desenvuelven los grupos étnicos¹⁹. Para hacerlo ha recordado en varias oportunidades que *“el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto más amplio de ámbito cultural de la comunidad”*²⁰.

En la Sentencia T-475 de 2016, la Corte Constitucional consideró que *“es necesario probar que la acción presuntamente vulneradora esté efectivamente poniendo en peligro la preservación e identidad del pueblo o de la comunidad en cuestión. En esa medida señaló en la Sentencia SU 123 de 2018 que “(..)La afectación directa se presenta si existe evidencia razonable de que, con la medida, se perjudique i) la salud, así como el ambiente, representado en la inequidad frente a la distribución de cargas y beneficios ambientales; y ii) las estructuras sociales, espirituales, culturales y ocupacionales en un colectivo”;* indicando al respecto que para determinar las posibles afectaciones directas que impactan los derechos de una comunidad indígena o tribal se pueden utilizar dos estándares probatorios: los primeros se caracterizan por ser eminentemente materiales o tangibles, mientras que los segundos pueden ser catalogados como espirituales o sagrados.²¹

Afectación directa basada en perturbación al ambiente, a la salud o a la estructura social, espiritual, cultural o económica de la colectividad

Como se explicó en precedencia la afectación directa es determinante para establecer si procede o no la consulta previa. Además de la perturbación al territorio, se ha establecido que también se concreta si existe evidencia razonable de que, con la medida, se perjudique i) la salud, así como el ambiente, representado en la inequidad frente a la distribución de cargas y beneficios ambientales; y ii) las estructuras sociales, espirituales,

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencias T-479 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-282 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-197 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



culturales y ocupacionales en un colectivo, que no pueden ser percibidos por estudios técnicos ambientales²².

Entre otras, en las Sentencias T-129 de 2011, T-693 de 2011, T-359 de 2015, T-704 de 2016, T-730 de 2016, T-272 de 2017 y T-733 de 2017, la Corte ha considerado que ocurre afectación directa de una comunidad indígena en el evento en que la explotación del proyecto apareja un impacto negativo ambiental, el cual causa un reparto inequitativo de los bienes y cargas de los nichos ecológicos. Esto por cuanto se produce un desconocimiento de los artículos 13 y 79 de la Constitución, al lesionar los derechos a la salud, al goce del ambiente sano y a la igualdad, puesto que impide el *“acceso equitativo a los bienes ambientales y un reparto igualmente equitativo de las cargas contaminantes, al igual que un mandato de especial protección para los grupos sociales discriminados o marginados”*²³. Esa ruptura es la que obliga a que se produzca una retribución y compensación como resultado de los daños originados en las actividades lícitas que se desarrollan en ejercicio del interés general.

4. Caso Concreto

En el caso sub examine, la discusión que se propone gira en torno a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, salud, consulta previa, igualdad, medio ambiente sano, debido proceso, integridad social, integridad cultural, propiedad colectiva, cometer vías de hechos y perjuicios irremediables, invocados a través de apoderado judicial por el señor JOSE LUIS PUSHAINA, en su condición de Cabildo Gobernador y representante legal del Resguardo Indígena Wayú 4 de noviembre del municipio de Albania-La Guajira, en contra de la PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR, MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, MINISTERIO DE LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES, DEFENSORIA NACIONAL DEL PUEBLO, AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES, CORPOGUAJIRA Y LA EMPRESA MOVISTAR COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP al conceder permisos y licencias ambiental, así como permiso para la construcción, instalación y funcionamiento de una antena de estaciones base de telefonía móvil dentro del territorio colectivo de los miembros de este Resguardo, sin convocarlos a consulta previa.

Revisada la solicitud de amparo y las contestaciones e informes rendidos por las entidades accionadas, se aprecia, que en el presente caso no se discute la existencia de la Asociación de Autoridades Tradicionales de la Comunidad Indígena Wayuu del Resguardo 4 de Noviembre, con jurisdicción en el municipio de Albania-La Guajira, y conformada por las Comunidades de Rio de Janeiro y Cerrejón Uno, tal y como lo acredita la copia de la Resolución No. 0006 del 24 de enero de 2007 expedida por el Ministerio de Interior y de Justicia, anexa por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, mediante la cual se ordenó la inscripción de este resguardo en el registro de Asociaciones de Autoridades Tradicionales, así como el reconocimiento e inscripción de las Autoridades Tradicionales de las comunidades que la conforman, y del representante legal de la Asociación.

Tampoco se discute que esta comunidad se encuentra ubicada en el kilómetro 64 de la vía Maicao-Cuestecita, jurisdicción del municipio de Albania-La Guajira, como se hace constar en el Auto No. 680 del 21 de diciembre de 2009, allegado al expediente por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, y mediante el cual CORPOGUAJIRA autorizó a TELEFONICA MOVILES DE COLOMBIA SA para realizar el aprovechamiento y/o poda forestal en el Resguardo Indígena Wayuu 4 de noviembre.

²² Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-294 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.



La discusión sustancial se centra entonces en que, mientras el accionante alega que se vulneraron los derechos fundamentales invocados a los miembros del Resguardo Indígena Wayuu 4 de Noviembre, por no haberse convocado a consulta previa respecto de la construcción de la estación de telefonía móvil celular dentro del territorio colectivo del Resguardo; las entidades accionadas por su parte alegan la improcedencia de la consulta previa en este caso, por carencia probatoria respecto de actividades generadora de afectación directa de la salud y vida de los miembros de la comunidad accionante, así como del ambiente sano y estructuras sociales, culturales, espirituales por campos electromagnéticos en el servicio de telecomunicaciones. Así las cosas, la solución del problema jurídico exige dilucidar, si se configura en este caso la hipótesis de afectación directa que ha exigido la jurisprudencia como requisito para amparar el derecho a la consulta previa.

El accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales invocados, pretendiendo se ordene de manera provisional la suspensión de los actos administrativos mediante los cuales le otorgaron a la empresa MOVISTAR COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, permiso de construcción de la antena de telefonía móvil, así como licencias ambientales y permiso de funcionamiento otorgados por las autoridades accionadas, hasta tanto se efectúe el proceso de consulta previa entre los miembros del Resguardo Indígena 4 de noviembre de Albania-La Guajira y la mencionada empresa de telefonía.

Al rendir el informe, el Representante Legal para Asuntos Judiciales de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, con respecto a la improcedencia de la acción, advierte que las ondas electromagnéticas emitidas por las antenas celulares están 1.000 veces por debajo de los límites establecidos por la ICNIRP, que hay otros objetos cotidianos que generan mayor emisión electromagnética que las antenas, indicando en la regulación sobre límites a la exposición a campos electromagnéticos, que las emisiones de ondas electromagnéticas del sector objeto de la acción de tutela, cumplen con los límites permitidos legalmente, conforme la información suministrada por la ANE, autoridad competente para ello. En sustento de sus afirmaciones, anexa Correos enviados a la ANI asunto: entrega de cálculos abril de 2020, donde según el accionado está relacionada la Torre objeto de esta tutela, certifican que la emisión de ondas de la Torre objeto de este proceso no son nocivas ni constituyen riesgo alguno para la salud.

El artículo 3° de la Resolución 1645 de 2005, expedida por el Ministerio de Comunicaciones (hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones), clasifica la telefonía móvil celular como fuente inherentemente conforme; en tanto que el literal 3.11 del artículo 3° del Decreto 195 de 2005 define las fuentes inherentes conformes como *“aquellas que producen campos que cumplen con los límites de exposición pertinentes a pocos centímetros de la fuente. No son necesarias precauciones particulares. El criterio para la fuente inherentemente conforme es una PIRE de 2W o menos, salvo para antenas de microondas de apertura pequeña y baja ganancia o antenas de ondas milimétricas cuando la potencia de radiación total de 100 mW o menos podrá ser considerada como inherentemente conforme”*.

Esto quiere decir, como lo considera la Sentencia T-1077 de 2012, que esta norma legal presume que la telefonía móvil celular es una fuente inherente conforme, existiendo una omisión en la regulación de orden nacional, ya que no se han establecido los límites de ubicación (en términos de distancia) de las antenas de telefonía móvil celular respecto a las viviendas, instituciones educativas, hospitales y hogares geriátricos, para evitar los posibles efectos perjudiciales que puedan causar a la salud la exposición a esta clase de radiación electromagnética.

En resumen, frente a situaciones como las planteadas en este caso, la Corte Constitucional ha optado por proteger el derecho a la salud dando aplicación al principio de precaución en



casos en que se prueba una posible relación de causalidad entre la afectación de la salud del accionante y la exposición a campos electromagnéticos, debido a la instalación cercana de una base de telefonía celular²⁴. Por el contrario, ha optado por negar la acción de amparo en casos en que no es posible establecer la causalidad entre el funcionamiento de las estaciones base de telecomunicaciones y el derecho a la salud (T-360 de 2010, T-332 de 2011, T-517 de 2011, T-701 de 2014 y T-149 de 2015).

Como fue advertido en líneas anteriores, la exigibilidad del derecho a la consulta previa está supeditada entonces a la *afectación directa* de la comunidad con la realización de la obra respectiva lo que depende, en últimas, del grado de incidencia que la misma tenga en el ejercicio libre y autónomo, por parte del sujeto colectivo, del modelo de desarrollo económico, social y cultural que le es propio.

En el caso concreto, se afirma en el escrito tutelar que la instalación y funcionamiento de la antena base de telefonía celular en el Resguardo Indígena Wayuu 4 de noviembre está generando impacto negativo en la comunidad, porque al estar construida cerca de vivienda y colegios afecta a los niños, adultos y ancianos, generándoles estados de nerviosismo y enfermedades cancerígenas. Al respecto, el Juzgado no encontró en el expediente ningún elemento probatorio que demuestre la afectación de la salud y vida de los miembros de la comunidad que habitan en zonas aledañas al lugar donde se encuentra instalada la antena, como consecuencia de las ondas de radiofrecuencia que llegare a emitir la estación base de telefonía móvil celular instalada en su territorio ancestral, pues el accionante solo anexó pruebas fotográficas que indican la instalación de la antena en lo alto de un cerro, observándose árboles y una densa vegetación alrededor de la construcción, así como construcciones distantes, documentos que no logran probar la real afectación de los derechos a la salud y a la vida digna de la comunidad.

Ante situaciones similares, la Corte ha concluido que: *“no se vulnera el derecho fundamental a la salud por la instalación de una estación base o antena de telecomunicaciones cuando no hay demostración alguna de la existencia de un peligro, amenaza o afectación del estado de salud del accionante como consecuencia de las radiaciones electromagnéticas que ella emita. La aplicación del principio de precaución requiere que exista peligro de daño, que este sea grave e irreversible y que exista un principio de certeza científica, así no sea absoluta”*²⁵.

De otra parte, en relación con los derechos a la igualdad, medio ambiente sano, integridad social, integridad cultural y propiedad colectiva, además, existencia de vías de hecho y perjuicios irremediabiles, el Despacho no vislumbra alteración de los mismos, toda vez que el accionante no aportó prueba alguna que evidencie la real afectación, perspectiva desde la cual es evidente que la alegada vulneración en este caso es hipotética, ya que no aparece probado de ninguna forma en el expediente el impacto negativo directo que ha generado la construcción de la estación base de telefonía móvil en el tejido social, cultural y económico del Resguardo Indígena Wayuu 4 de noviembre que alega el accionante, pues no obra medio probatorio alguno que demuestre la incidencia del funcionamiento de la antena sobre el entorno territorial y sobre los lugares en los que la comunidad realiza prácticas religiosas, teniendo en cuenta que en la sentencia T-475 de 2016 la Corte Constitucional consideró que *“es necesario probar que la acción presuntamente vulneradora esté efectivamente poniendo en peligro la preservación e identidad del pueblo o de la comunidad en cuestión”*.

Así las cosas, considera el Juzgado que en este caso carece de respaldo probatorio los argumentos para predicar la necesidad de consulta previa, por cuanto no se probó que la instalación de una antena de telefonía móvil en tierras del Resguardo Indígena Wayuu 4 de

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-1062 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-713 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.



noviembre, jurisdicción de Albania-La Guajira, vulnera los derechos fundamentales invocados en favor de la comunidad accionante, ya que tampoco hay certeza de los perjuicios que estaría ocasionando la colocación de la misma, que permita validar el ejercicio de la acción de tutela en los términos reseñados, por lo que habrá de negar la solicitud de su amparo del derecho a la consulta previa y los demás derechos fundamentales que se pretenden garantizar a raves de proceso consultivo. Aunado a lo anterior, tampoco se vislumbra la vulneración del derecho fundamental al debido proceso invocado al no darse los presupuestos para la consulta previa, al interior de la cual se verificaría el cumplimiento de esta garantía.

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que la accionada Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP alegó que a la comunidad indígena se le tuvo en cuenta para la instalación de esta infraestructura, al igual que la empresa se encontraba legitimada para ubicar y mantener infraestructura en el sitio alegado por el accionante, dado que su derecho deviene legítimamente de un contrato de arrendamiento suscrito el día 15 de septiembre de 2009, el que a su vez fue cedido al nuevo propietario de la infraestructura, es decir, a la empresa PHOENIX TOWER INTERNATIONAL COLOMBIA, como lo acredita el contrato de compraventa de Torres No. 71.1.804.2018 allegado por esta empresa vinculada, mediante el cual esta última adquirió la propiedad de la torre/infraestructura ubicada en la Carretera Nacional que conduce entre Maicao y Cuestecitas a la altura del Kilómetro 64, entre los municipios de Albania y Maicao, Departamento de la Guajira.

En respaldo de las argumentaciones Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, anexó a su repuesta su certificado de existencia de representación legal en donde se acredita, en el acápite de reformas especiales, que en calidad de absorbente se fusiono con TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A (absorbida), y un contrato de arrendamiento suscrito con el Resguardo Indígena Wayuu 4 de noviembre, Asociación de Autoridades Tradicionales y/o Cabildos Indígenas Wayuu, representada para este acto por el señor Néstor Vanegas Ipuana, en calidad de arrendador, y TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A en calidad de arrendataria; respecto de un lote de terreno de 225 metros cuadrados, el cual hace parte de un predio de mayor extensión de aproximadamente 505 hectáreas denominado Resguardo Indígena Wayuu 4 de Noviembre, ubicado en la carretera nacional que conduce entre Maicao y Cuestecitas a la altura del kilómetro 64, entre los municipios de Albania y Maicao, Departamento de la Guajira, advirtiéndose que el predio objeto del presente contrato fue adquirido por el arrendador mediante Resolución No. 022 del 16 de mayo de 1995 emitido por el entonces Instituto Colombiano de la Reforma Agraria-INCODER (cláusula primera).

Se aprecia que las partes acordaron que el contrato tendría un término diez (10) años contados a partir del 15 de septiembre de 2009 (clausula segunda), y un canon mensual de arrendamiento por la suma de \$800.000, que debía cancelar el arrendatario en la cuenta del arrendador dentro de los primeros diez (10) primeros días de cada mes (cláusula tercera), además, autoriza al arrendatario para que con anterioridad a la fecha del inicio del término contractual, inicie las obras requeridas para la adecuación del inmueble para el funcionamiento de la estación base de telefonía móvil celular, sin que esto le represente el pago de cánones de arrendamiento adicionales o contraprestación alguna (parágrafo de la cláusula tercera), el inmueble arrendado sería destinado para la instalación de una estación base de telefonía móvil celular (cláusula cuarta); permitiéndole el arrendador a la arrendataria el uso de una vía de penetración hasta el inmueble objeto de este contrato, así como el acceso de los funcionarios de la arrendataria y los equipos requeridos para la obra (cláusula séptima) al igual que autoriza a la arrendataria para que efectué dentro del predio objeto del contrato el tendido del cableado y la colocación de postes necesarios para llevar la red de energía eléctrica para alimentar la estación base de telefonía celular, así como para la instalación base del sistema de tierras (parágrafo de la cláusula



séptima). Finalmente, acordaron que todas las diferencias que surjan entre las partes en la interpretación del presente contrato, su ejecución, cumplimiento y terminación, no pudiendo arreglarse amigablemente entre ellas, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que funcionará en la ciudad de Bogotá (cláusula vigésima tercera).

En las anteriores condiciones, es preciso establecer los efectos del contrato de arrendamiento sobre el lote de terreno donde se encuentra construida la estación base de telefonía celular, frente al reclamo del accionante en torno a no haberse realizado la consulta previa para la instalación y funcionamiento de la antena. Al efecto, conviene tener en cuenta que los contratos son acuerdos de voluntades, tal cual lo define el artículo 1495 del Código Civil: *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”*

Según lo anterior, el acuerdo de consulta previa no se enmarca en un contrato *sui géneris* e innominado de derecho civil, en tanto en aquel interviene una entidad estatal. Además, según la jurisprudencia constitucional *“su naturaleza jurídica implica un ejercicio dialógico, de participación plural y democrática con rango constitucional fundamentada en el carácter iusfundamental de la consulta previa, el Convenio 169 de la OIT y la trascendencia constitucional que aparece proteger el principio de diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana y los sujetos de especial protección constitucional.”*²⁶

Bajo la anterior perspectiva, si bien el contrato de arrendamiento suscrito entre el entonces dueño de la infraestructura y el representante legal del Resguardo Indígena Wayuu 4 de noviembre no puede asimilarse a la consulta previa, por cuanto ésta se materializa en un acuerdo final suscrito entre el Estado (Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa), el Ejecutor del proyecto, obra o actividad y las comunidades étnicas minoritarias, con el acompañamiento del Ministerio Público; sin embargo, los términos del acuerdo de voluntad evidencian que la instalación de la infraestructura (estación base de telefonía móvil celular) no fue arbitraria, toda vez que en virtud del referido contrato de arrendamiento, y por intermedio de quien tenía su representación legal (Resolución No. 0006 del 24 de enero de 2007 del Ministerio del Interior y de Justicia), la comunidad indígena autorizó la construcción y funcionamiento de la misma mediante el pago de un canon mensual de arrendamiento, dejando los contratantes expresa constancia de que el contrato se resolvería en el evento de que la empresa arrendataria no obtuviera el permiso o licencia ambiental y/o se llegare a ser revocados por la autoridad competente.

De esta manera, evidencia el Despacho que la instalación y funcionamiento de la antena fue concertada con los miembros de la comunidad accionante, de suerte que ante cualquier diferencia que surja por un eventual perjuicio ocasionado por el ejercicio de la actividad a la cual fue destinado el predio arrendado, ello se convierte en un asunto contractual para el cual las partes acordaron acudir a un Tribunal de Arbitramento en la ciudad de Bogotá.

En ese orden de ideas, sin que sean necesarias más consideraciones sobre el caso, el Despacho negara el amparo constitucional promovido por el accionante con el fin de proteger los derechos fundamentales invocados. Finalmente, se desvincularan del presente trámite a la Alcaldía de Albania-Secretaría de Planeación y/o haga sus veces, Agencia Nacional del Espectro, Phoenix Tower International Colombia LTDA, el Ministerio de Salud y Protección Social y a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, Presidencia de la República y la Defensoría del Pueblo.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.



RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional promovido a través de apoderado por el señor JOSE LUIS PUSHAINA, en su condición de Cabildo Gobernador y representante legal del Resguardo Indígena Wayuu 4 de Noviembre del municipio de Albania-La Guajira, con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la vida digna, salud, consulta previa, igualdad, medio ambiente sano, debido proceso, integridad social, integridad cultural, propiedad colectiva, cometer vías de hechos y perjuicios irremediables, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR del presente trámite a la Alcaldía de Albania- Secretaría de Planeación y/o haga sus veces, Agencia Nacional del Espectro, Phoenix Tower International Colombia LTDA, el Ministerio de Salud y Protección Social y a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, Presidencia de la República y la Defensoría del Pueblo.

TERCERO: Por el medio más expedito notifíquese a los interesados de esta acción, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: En caso de no ser apelado, envíese esta actuación en su oportunidad a la Corte Constitucional, para una eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

YEIDY ELIANA BUSTAMANTE MESA
Jueza